

fls. 2), que impende ressaltar às expressas, para fiel observância dos princípios da legalidade estrita e da anterioridade, imprescindíveis à responsabilização efetiva por comissão de infrações disciplinares em circunstâncias sobre as quais pairava dúvida, a necessidade de prévia expedição de ato regulamentar publicizando o entendimento assim fixado, providência a partir da qual se afigurará juridicamente irreprochável e indene a alegações de qualquer eiva de virtual ilegalidade a promoção da responsabilidade, sob viés ético ou disciplinar, de servidor que, violando o dever funcional de sigilo, nela vier a incorrer.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA ATUALIDADE*

Gilmar Ferreira Mendes

I. Introdução. II. O Controle abstrato de constitucionalidade na Constituição de 1988: novas perspectivas. III. Algumas deficiências do sistema de controle abstrato de normas. IV. O Controle incidental de Constitucionalidade: Novas Perspectivas. V. O Controle da omissão do Direito brasileiro. VI. Conclusões. Anexo I. Anexo II. Anexo III.

I. Introdução

O controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do Direito Constitucional e da Ciência Política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.

* Agradeço a Lúcia Fernandes Martins pela cuidadosa revisão e coleta de dados. Registro, igualmente, meus agradecimentos a André Serrão Borges de Sampaio, que procedeu à tradução dos Anexos I e II.

É interessante observar que o sistema de controle de constitucionalidade sofreu uma incrível expansão na ordem jurídica moderna (Cf. Quadro Sinótico sobre a Jurisdição Constitucional — Anexo I).

Afigura-se inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo de controle concentrado. Cuida-se mesmo de uma nova divisão de poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade.

Deve assinalar-se que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil sofreu uma substancial reforma com o advento da Constituição de 1988. A ruptura do chamado “monopólio da ação direta” outorgado ao Procurador-Geral da República e a substituição daquele modelo exclusivista por um amplíssimo direito de propositura configuram fatores que sinalizam para a introdução de uma mudança radical em todo o sistema de controle de constitucionalidade.

Embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade “incidental” ou “difuso”, é certo que a adoção de novos instrumentos como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade.

II. O Controle abstrato de constitucionalidade na Constituição de 1988: novas perspectivas

1. Considerações Preliminares

Como é sabido, a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, introduziu o chamado “controle abstrato” de normas no sistema constitucional brasileiro, outorgando ao Procurador-Geral da República o monopólio da ação direta de inconstitucionalidade do direito estadual ou federal em face da Constituição.

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso. A ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal

como prevista na Constituição de 1946, com a Emenda nº 16, de 1965.

Ao final dos anos 80, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade, portanto, elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constitucionalidade, dando ensejo ao surgimento de um *modelo híbrido* ou *misto* de controle. Não obstante, o monopólio da ação direta exercido pelo Procurador-Geral da República, que, em grande medida, realizava a idéia de designação de um advogado da Constituição defendida por Kelsen desde 1928, não produziu uma alteração de monta em todo o sistema de controle. A ação direta subsistiu como um elemento acidental no âmbito de um sistema difuso predominante.

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil de constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

O constituinte assegurou o direito de o Procurador-Geral da República propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103).

Com isso, satisfaz o constituinte apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, v.g., dez mil cidadãos ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade¹.

Esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar *instrumento de correção* do sistema geral incidente.

¹ Cf., a propósito, as propostas de Wilson Souza e Vivaldo Barbosa à Comissão de Organização de Poderes e Sistema de Governo da Assembléia Constituinte, *In: Assembléia Nacional Constituinte, Emendas oferecidas à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo*, 1988, p. 214 e 342.

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial — ainda que não desejada — no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias².

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.

Ressalte-se que essa alteração não se operou de forma ainda profunda porque o Supremo Tribunal manteve a orientação anterior, que considerava inadmissível o ajuizamento de ação direta contra direito pré-constitucional em face da nova Constituição.

A particular conformação do processo de controle abstrato de normas confere-lhe, também, novo significado como instrumento federativo, permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais, mediante requerimento de um Governador de Estado e a aferição da constitucionalidade das leis estaduais, mediante requerimento do Presidente da República.

A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a idéia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade de lei.

2 ANSCHÜTZ, Gerhard. *Verhandlungen des 34. Juristentags*. Berlim e Leipzig, 1927, vol. II, p. 208.

A outorga do direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional realiza, de forma radical, a idéia, exposta inicialmente por Kelsen, da utilização da jurisdição constitucional, especialmente do controle abstrato de normas, para a defesa das minorias³.

A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal, mediante ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, o processo abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função, tanto quanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas⁴.

2. A Emenda Constitucional nº 03, de 1993: A Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, firmando a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República. Considerando a súbita repercussão da introdução do instituto, cumpre agora cogitar se representa ele um *novum* no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

Em verdade, o dispositivo não inova. A imprecisão da fórmula adotada na Emenda nº 16 — *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral* — não conseguia esconder o propósito ine-

3 KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Berlim. VVDStRL 5 (1929), p. 74.

4 HÄBERLE, Peter. *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, In: HÄBERLE, Peter. *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Darmstadt, 1976, p. 1 (14).

quívoco do legislador constituinte, que era o de permitir, “*desde logo, a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas*”.

Não se fazia mister, portanto, que o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma. Era suficiente o requisito objetivo relativo à existência de “*controvérsia constitucional*”. Daí ter o constituinte utilizado a fórmula equívoca — *representação contra a inconstitucionalidade da lei, encaminhada pelo Procurador-Geral da República* — que explicitava, pelo menos, que a dúvida ou a eventual convicção sobre a inconstitucionalidade não precisava ser por ele perfilhada.

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

A cláusula sofreu pequena alteração na Constituição de 1967 e de 1967/69 (*representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual* — CF 1967, art. 114, I, “1”; CF 1967/69, art. 119, I, “1”) e nas sucessivas alterações do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 174, § 1º, na versão de 1970⁵, e art. 169, § 1º).

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

Na Representação 1.092, relativa à constitucionalidade do instituto da reclamação, contido no Regimento Interno do antigo Tribunal Federal de Recursos, viu-se o Procurador-Geral da República, que instaurou o processo de controle abstrato de normas e

5 *DJ*, 04.09.70, p. 3971 s.

se manifestou, no mérito, pela improcedência do pedido, na contingência de ter de opor embargos infringentes da decisão proferida, que julgava procedente a ação proposta, declarando inconstitucional a norma impugnada⁶.

Portanto, já no modelo da Constituição de 1967/69 estava a ação declaratória de constitucionalidade implícita no controle abstrato de normas. Nesse sentido, a Emenda nº 3, de 1993, apenas veio explicitar aquilo que quedara parcialmente recôndito em face da introdução da ADIn — ação direta de inconstitucionalidade. Ressalvadas as peculiaridades introduzidas pela disciplina específica da Emenda nº 3, não há dúvida de que, tal como já tivemos oportunidade de afirmar⁷, a ação declaratória de constitucionalidade nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado.

É que, declarada a constitucionalidade de uma norma pela Corte Suprema⁸, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, não poderão juízes e tribunais dissentir dessa decisão, sob pena de restar completamente vulnerado o papel de Guardiã que a Constituição outorgou ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). Da mesma forma, não se pode ignorar que, julgada improcedente a ação declaratória de constitucionalidade, deverá o Tribunal reconhecer a inconstitucionalidade da lei objeto da controvérsia, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

3. A Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade

A Constituição de 1988 dispôs expressamente sobre a legitimidade de concessão de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade

6 Embargos na Representação n. 1.092, Relator: Ministro Néri da Silveira; *RTJ*, n. 117, p. 921 s.

7 Cf., MENDES, Gilmar. Ação Declaratória de Constitucionalidade: a inovação da Emenda nº 03, de 1993. In MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo, Sarai-va, 1994, p. 56 e s.

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

lidade. Não cuidou, todavia, de definir sequer um limite temporal para eficácia das cautelares. Da mesma forma, não cuidou o Constituinte de explicitar se a liminar poderia ser concedida em ato singular do Relator.

Na Revisão Constitucional de 1994, houve por bem o Relator acolher proposta que limitava em cento e oitenta dias a eficácia das liminares concedidas nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, exigindo-se que, salvo no período de recesso, as decisões concessivas de cautelar fossem tomadas pela maioria absoluta dos membros do Tribunal⁹.

Referida proposta tinha por escopo não apenas acelerar o julgamento das ações diretas nas quais viessem a ser concedidas medidas cautelares, mas também evitar que medidas cautelares, de extrema gravidade, fossem concedidas por decisão de uma maioria eventual. A modificação referida visava, portanto, à preservação da harmonia entre os Poderes, evitando decisões pessoais, voluntaristas ou precipitadas.

4. Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante das decisões proferidas na ação direta de inconstitucionalidade e de constitucionalidade

Desde 1977, assentou o Supremo Tribunal Federal orientação segundo a qual o seu pronunciamento no controle abstrato de normas haveria de ser dotado de eficácia *erga omnes*.

O § 2º do art. 102 da Lei Maior, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, trouxe duas inovações ao direito brasileiro: a criação da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a concessão de efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nessa ação.

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, não estendeu expressamente à ação direta de inconstitucionalidade o efeito conferido à recém-criada ação declaratória de constitucionalidade. Esse tratamento diferenciado não se justifica, porquanto as ações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade se prestam, em verdade, a um mesmo objetivo: a investigação da compatibilidade da norma infraconstitucional com o texto da Lei Maior.

9 *Histórico da Revisão Constitucional, Pareceres Produzidos*, Tomo I, Parecer n. 27.

Outrossim, na ausência de uma clara explicitação do direito positivo, deverá a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encaminhar-se para reconhecer que a decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade é também dotada de efeito vinculante¹⁰.

III. Algumas deficiências do sistema de controle abstrato de normas

1. Considerações Preliminares

O controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal não oferece garantia plena contra afronta à Constituição proveniente do direito pré-constitucional. Da mesma forma, entende-se que o ato tipicamente regulamentar não pode ser objeto de controle abstrato de normas. Outro problema igualmente sério diz respeito ao controle de constitucionalidade do direito municipal. Embora o texto constitucional de 1988 tenha permitido a instituição de ações especiais de controle do direito municipal em face da Constituição, remanesce uma forte demanda pela instituição de um instrumento ágil de controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal.

2. O Controle abstrato de normas e o direito pré-constitucional

As Constituições brasileiras de 1891 (art. 80) de 1934 (art. 187) e de 1937 (art. 183) estabeleceram *cláusulas de recepção*, que, tal como as cláusulas de recepção da Constituição de Weimar e da Constituição de Bonn (respectivamente, art. 178, II, e art. 123, I), continham duas disposições:

a) assegurava-se, de um lado, a vigência plena do direito pré-constitucional;

b) estabelecia-se, de outro, que o direito pré-constitucional incompatível com a nova ordem perdia a vigência desde a entrada em vigor da nova Constituição¹¹.

10 Reclamação 167, despacho, Ministro Sepúlveda Pertence, *RDA*, n. 206, p. 246.

11 BARBALHO, João. *Constituição Federal brasileira, Comentários*, p. 356; Cf.,

O Supremo Tribunal Federal admitiu, inicialmente, a possibilidade de examinar, no processo do controle abstrato de normas, a questão da derrogação do direito pré-constitucional, em virtude de colisão entre a Constituição superveniente e o direito pré-constitucional. Nesse caso, julgava-se im procedente a *representação*, mas reconhecia-se expressamente a existência da colisão e, portanto, a incompatibilidade entre o direito ordinário pré-constitucional e a nova Constituição¹². O Tribunal tratava esse tema como uma questão preliminar, que haveria de ser decidida no processo de controle abstrato de normas.

Essa posição foi abandonada, todavia, em favor de entendimento segundo o qual o processo do controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais¹³. Dessa forma, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deveria ser simplesmente resolvida segundo os princípios de direito intertemporal¹⁴. Assim, caberia à jurisdição ordinária, tanto quanto ao Supremo Tribunal Federal, examinar a vigência do direito pré-constitucional no âmbito do controle incidental de normas, uma vez que, nesse caso, cuidar-se-ia de simples aplicação do princípio do *lex posterior derogat priori* e não de um exame de constitucionalidade.

Esse problema, que já fora contemplado por Kelsen, no famoso *Referat* sobre a natureza e o desenvolvimento da jurisdição constitucional¹⁵, é tratado de forma diferenciada em cada sistema jurídico.

sobre o assunto no direito alemão: IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 161.

12 Rp n. 946, Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, *RTJ*, n. 82, p. 44; Rp n. 969, Relator: Ministro Antonio Neder, *RTJ*, n. 99, p. 544.

13 Rp n. 946, Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, *RTJ*, n. 82, p. 44; Rp n. 969, Relator: Ministro Antonio Neder, *RTJ*, n. 99, p. 544.

14 Rp. n. 1.012, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ*, n. 95, p. 990.

15 KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), p. 64, ressaltava então: "A cassação de uma norma inconstitucional pela Corte Constitucional — aqui são contempladas apenas as normas gerais — é apenas necessária, em sentido estrito, se a norma inconstitucional é posterior à Constituição. É que não é a lei nova — lei nova de conteúdo geral — que contraria a Constituição anterior, mas a nova Constituição é que se contrapõe a uma lei já em vigor e, por isso, a derroga com a aplicação do

É certo, pois, que, com a exceção da Corte Constitucional austríaca, procuram os modernos Tribunais Constitucionais assegurar sua competência para aferir a constitucionalidade das leis pré-constitucionais em face da Constituição vigente¹⁶.

A Constituição brasileira de 1988 não tratou expressamente da questão relativa à constitucionalidade do direito pré-constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se desenvolveu sob a vigência da Constituição de 1967/1969, tratava dessa colisão, tal como já mencionado, com base no princípio da *lex posterior derogat priori*.

Já sob o império da nova Constituição teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de discutir amplamente a questão na ADIn n.º 2, da relatoria do eminente Ministro Paulo Brossard. Embora o tema tenha suscitado controvérsia, provocada pela clara manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence, em favor da revisão da jurisprudência consolidada do Tribunal, prevaleceu a tese tradicional, esposada pelo Ministro Paulo Brossard¹⁷.

Não se deve olvidar, outrossim, tal como enfatizado pelo Ministro Sepúlveda Pertence¹⁸, que o debate sobre a *inconstitucionalidade* ou *revogação* do direito pré-constitucional em face do direito constitucional superveniente está imantado por uma opção político-constitucional e pragmática, que, diante da inequívoca razoabilidade das orientações, faz prevalecer uma das duas posições ou, ainda, permite desenvolver fórmulas de compromisso, com vistas

princípio da *lex posterior*. Uma cassação da lei parece, por isso, dispensável; até mesmo logicamente impossível".

16 Essa idéia não se aplica, de forma irrestrita, para a Corte Constitucional espanhola, uma vez que, após o decurso do prazo fixado, não dispõe mais de competência para conhecer da questão no juízo abstrato. No sistema italiano, que não conhece o controle abstrato de normas, impôs-se, desde o início, a idéia de uma inconstitucionalidade superveniente.

17 Cf. ADIn n. 2, Relator: Paulo Brossard, *DJ*, 12.02.92, ver, também, PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Ação direta de inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos. *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 180 (Julho/Dezembro de 1992), p. 148 (170).

18 Cf. PERTENCE, Ação direta de inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 180 (Julho/Dezembro de 1992), p. 148 (170).

à preservação de competência da jurisdição ordinária para conhecer de questões nos sistemas de controle concentrado.

É inegável, todavia, que a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori* na relação Lei-Constituição não é isenta de problemas, uma vez que esse postulado pressupõe idêntica *densidade normativa*.¹⁹ Até porque, como expressamente contemplado no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, a derrogação do direito antigo não se verifica se a nova lei contiver apenas disposições gerais ou especiais sobre o assunto (*lex generalis* ou *lex specialis*). Nessa hipótese, não se subsumiria a superveniência de disposições constitucionais, pois a Constituição não se destina, por evidente, a substituir normas do direito ordinário²⁰.

Assim, há de se partir do princípio de que, em caso de colisão de normas de diferentes hierarquias, o postulado da *lex superior* afasta outras regras de colisão²¹. Do contrário, chegar-se-ia ao absurdo, destacado por Ipsen, de que a lei ordinária, enquanto lei especial ou *lex posterior* pudesse afastar a norma constitucional enquanto *lex generalis* ou *lex prior*²².

Um último argumento estranhamente não trazido à baila pelos defensores da tese que equipara, do prisma conceitual, a incompatibilidade originária ou superveniente da lei com a Constituição extrai-se das regras disciplinadoras do recurso extraordinário no Direito brasileiro.

Embora a doutrina e a jurisprudência não tenham dúvida em afirmar o cabimento de recurso extraordinário, se se assevera a inconstitucionalidade da lei em face de Constituições anteriores, parece inequívoco que o constituinte concebeu esse instituto, fun-

19 Cf., a propósito, IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 163; Nunes, José de Castro, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1943 p. 603-4.

20 Cf., IPSEN, Jörn, *Richterrecht und Verfassung*. Berlim, 1975, p. 165. Vide, igualmente, as similitudes entre as lições de IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 162-4, e Nunes, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 602-3.

21 Cf. IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. p. 164.

22 Cf., a propósito, IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 164.

damentalmente, para a defesa da Constituição atual. Tanto é que, nos casos das alíneas "a" e "c" do art. 102, III, estabelece-se, expressamente, que o recurso será cabível quando a *decisão contrariar esta Constituição* ou quando *julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição*.

É fácil ver que o constituinte não concebeu a contrariedade a esta Constituição, em qualquer de suas formas, inclusive no que concerne à aplicação de leis pré-constitucionais, como simples questão de direito intertemporal, pois, do contrário, despidendo seria o recurso extraordinário. Da mesma forma, afirmar a validade de lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição não parece traduzir juízo de mera compatibilidade entre o direito ordinário e a Constituição, tendo em vista também o postulado da *lex posterior*.

Essa conclusão resulta ainda mais evidente da cláusula contida no art. 102, III, "b", que admite o recurso extraordinário contra decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal. Significa dizer que qualquer juízo sobre a incompatibilidade entre a lei federal ou o tratado pré-constitucional e a Constituição atual, levado a efeito pela instância *a quo*, é valorado pela Constituição como *declaração de inconstitucionalidade*, dando ensejo, por isso, ao recurso extraordinário.

Tais reflexões permitem afirmar que, para os fins do controle de constitucionalidade *incidenter tantum* no âmbito do recurso extraordinário, não assume qualquer relevância o momento da edição da lei, configurando eventual contrariedade à Constituição atual questão de constitucionalidade e não de mero conflito de normas a se resolver com aplicação do princípio da *lex posterior*.

Diante de todos esses argumentos e considerando a razoabilidade e o significado para a segurança jurídica da tese que recomenda a extensão do controle abstrato de normas também ao direito pré-constitucional, não se afigura despropositado recomendar a revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a matéria²³.

23 Na Revisão Constitucional, encetou-se a realização de uma solução de compromisso: mantinha-se o modelo do controle abstrato de normas, mas se admitia, expressamente, a possibilidade de se proceder ao controle de consti-

3. A aferição de constitucionalidade dos regulamentos no controle abstrato de normas

Há algum tempo, vem o Supremo Tribunal Federal recusando-se a examinar a constitucionalidade dos atos regulamentares editados para execução das leis, no juízo abstrato de constitucionalidade. Sustenta-se que, nesse caso, há uma colisão entre a lei e o regulamento, cuidando-se, pois, de *questão de legalidade* a ser aferida no controle incidental ou concreto²⁴. Segundo esse entendimento, a aferição da constitucionalidade de ato normativo pressupõe colisão direta com a Constituição, conflito esse que não se configura na relação lei — regulamento²⁵. O Tribunal admite a aferição de constitucionalidade do regulamento apenas na hipótese de manifesta ausência de fundamento legal para expedição do ato (Constituição, art. 84, IV)²⁶.

Com isso, exclui-se a possibilidade de configuração, no controle abstrato de normas, da ilegalidade do ato regulamentar editado ao arrepio do princípio da reserva legal ou que se revele incompatível com o princípio da supremacia da lei.

Kelsen já havia assinalado que qualquer ofensa contra o direito ordinário configuraria uma ofensa indireta contra a própria Constituição, desde que esta contivesse o princípio da legalidade da Administração²⁷. Não obstante, enquanto a ofensa *direta* à Constituição poderia ser aferida pela via direta, a *indireta* somente poderia ser examinada dentro de um sistema de controle da legalidade. Com a diferenciação entre a *inconstitucionalidade direta e indireta*,

tucionalidade do direito pré-constitucional no incidente de inconstitucionalidade (Cf. *Relatoria da Revisão Constitucional, Pareceres Produzidos (Histórico)*, Tomo I, Parecer n. 27, p. 312 e s.).

24 Rp. n. 1.266, Relator: Ministro Carlos Madeira, RTJ, n. 124, p. 18 (53); Rp. n. 1.492, Relator: Ministro Octavio Gallotti, RTJ, n. 127, p. 80 s.

25 Rp. n. 1.266, Relator: Ministro Carlos Madeira, RTJ, n. 124, p. 18 (53); Rp. n. 1.492, Relator: Ministro Octavio Gallotti, RTJ, n. 127, p. 80 s.

26 Rp. n. 1.133, Relator: Ministro Aldir Passarinho, RTJ, n. 113, p. 996; Cf., a propósito, Ministro Aldir Passarinho, Rp. n. 1.266, RTJ, n. 124, p. 18 (57).

27 KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. VVDStRL 5 (1929), p. 41.

esforçava-se Kelsen para superar as dificuldades práticas decorrentes da ampliação desse conceito de inconstitucionalidade²⁸. Como observado por Ipsen²⁹, o ponto central do problema residia, para Kelsen, na diferenciação entre a competência da jurisdição constitucional e da jurisdição administrativa. Como observado por Ipsen (*Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 147), o ponto central do problema residia, para Kelsen, na diferenciação entre a competência da jurisdição constitucional e da jurisdição administrativa. Reconhecia-se, porém, a dificuldade de se traçar uma linha precisa entre a inconstitucionalidade direta e indireta³⁰.

O Mestre de Viena logrou superar as dificuldades decorrentes da aferição da constitucionalidade dos regulamentos pela jurisdição constitucional, sustentando que o controle de normas configurava *jurisdição constitucional material* (*materielle Verfassungsgerichtsbarkeit*), que tinha como principal função o controle completo do sistema jurídico com eficácia *erga omnes*³¹. O constituinte austríaco achou, assim, de introduzir processo especial para aferição da legalidade dos regulamentos (Constituição austríaca, art. 139)³².

Embora a Lei Fundamental não contenha cláusula semelhante, o *Bundesverfassungsgericht* reconheceu, desde o começo de sua jurisdição, a admissibilidade do controle abstrato de ato regulamen-

28 KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. VVDStRL 5 (1929), p. 39.

29 IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 147.

30 KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. VVDStRL 5 (1929), p. 39.

31 KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. VVDStRL 5 (1929), p. 59-60; Ver, também, a propósito, IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 147-148; Papier, Hans-Jürgen. "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht" als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in: *Bundesverfassungsgesetz and Grundgesetz*, vol. I, p. 432 (441).

32 Cf., também, Adamovich e Spanner, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, 1971, p. 446 e s; Melichar, Erwin. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, in: Mosler, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*. Berlin, 1962, p. 439 (465).

tar. Nesse processo, constata o Tribunal que, como questão preliminar, deve-se examinar se a norma regulamentar dispõe de base legal³³. Apenas se a indagação puder ser respondida afirmativamente, passa-se à outra, relativa à incompatibilidade entre a norma regulamentar e qualquer princípio da Lei Fundamental³⁴. Portanto, na prática desenvolvida pelo *Bundesverfassungsgericht*, indaga-se sobre a existência de um fundamento legal para edição do ato regulamentar e se o ato questionado ateu-se aos limites estabelecidos no ato legislativo³⁵.

Sem fazer qualquer distinção entre inconstitucionalidade *direta* e *indireta*, a doutrina brasileira enfatiza que qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em lei é inconstitucional.

Não obstante, a fundamentação desenvolvida é bastante diferenciada. Entende-se que a não observância do fundamento legal configura uma ofensa contra o princípio da divisão dos poderes³⁶. Ressalta-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 individuais³⁷, de modo que a ruptura desse princípio por normas inferiores configura ofensa constitucional³⁸.

Independentemente da aceitação da tese sobre a *inconstitucionalidade indireta*, deve-se reconhecer que a orientação segundo a qual o confronto *lei-regulamento* configura *questão legal*, que não pode ser tratada no controle abstrato de normas, não há de ser aceita sem ressalvas.

33 BVerfGE 2, 307 (321); 8, 71 (75).

34 ULSAMER, Gerhard. In: Maunz entre outros, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar zu § 76 n. 41*.

35 ULSAMER, Gerhard. in: Maunz entre outros, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar zu § 76, n. 41*.

36 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967/69*, vol. 3, p. 316.

37 O princípio da supremacia da lei, anteriormente expresso no art. 153, § 2º, da Constituição de 1967-69, vem agora explicitado no art. 5º, II, da Constituição de 1988.

38 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo, 1982, p. 37; Ataliba, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo, 1985, p. 125.

A Constituição de 1988, tal como já fizera a Constituição de 1967/1969, (art. 153, § 2º, c/c 81, III), consagra no art. 5º, II, os princípios da supremacia da lei e da reserva legal como elementos fundamentais do Estado de Direito, exigindo que o poder regulamentar do Executivo seja exercido apenas para *fiel execução da lei* (CF, art. 84, IV). Nesse caso, tal como já ressaltado por Papier, *a legalidade da restrição configura condição de sua constitucionalidade*. A contrariedade à lei representa sempre um caso de ofensa a direito individual³⁹.

É certo que a inexistência de um sistema de controle judicial que permita aferir a legitimidade da atividade regulamentar pode levar a uma *desvalorização* do postulado da supremacia da lei e da reserva legal⁴⁰. Outrossim, a falta de controle judicial pode flexibilizar excessivamente o princípio da divisão dos poderes, afetando, assim, uma decisão fundamental do constituinte (Constituição, art. 2º).

Não se pode deixar de reconhecer, por outro lado, que, na prática, a submissão dos regulamentos ao juízo abstrato de constitucionalidade poderia ameaçar o próprio funcionamento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, dada a conformação conferida ao direito de propositura e a inexistência de requisitos de admissibilidade em processos dessa índole, um sem-número de causas acabaria por ser instaurado com objetivo de se aferir, simplesmente, a compatibilidade entre lei e regulamento.

Ademais, a proximidade às vezes, a quase confusão entre a questão constitucional e a questão legal na relação entre lei e regulamento não recomenda que a competência para conhecer dessa questão seja deferida a uma outra Corte de Justiça, como já se cogitou entre nós, uma vez que, muito possivelmente, surgiriam conflitos de interpretação praticamente insolúveis.

39 PAPIER, Hans-Jürgen. *Spezifisches Verfassungsrecht und einfaches Recht als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts*, In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Tübingen, 1976, vol. I, p. 432 (434)

40 Cf. MELLO, O.A. Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo, 1969, vol. I, p. 314-316; ATALIBA, Geraldo. *Poder Regulamentar do Executivo*. RDP n. 57-58, p. 196; Lima, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, p. 37; MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, vol. III, p. 312-314; Sobre a questão no direito tedesco, Cf. Stern, Klaus *Das Staatsrecht der Bundesrepublik*. Munique, 1984, v. 1, p. 85-87.

Assim, poder-se-ia cogitar da criação de instituto especial, nos moldes estabelecidos pelo art. 139 da Constituição austríaca, conferindo-se controle abstrato da legitimidade dos atos regulamentares ao Supremo Tribunal Federal, mediante iniciativa de órgãos do Poder Legislativo (eventualmente, as Mesas da Câmara e do Senado Federal) e do Procurador-Geral da República⁴¹.

4. O controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal

Tal como anotado, a Constituição de 1988 autorizou o constituinte estadual a instituir o controle abstrato de normas do direito estadual e municipal em face da Constituição estadual. Subsiste, porém, uma ampla insegurança em razão da falta de um mecanismo expedito de controle de constitucionalidade. Deve-se observar, outrossim, que, dada a estrutura diferenciada da federação brasileira, algumas entidades comunais têm uma importância idêntica, pelo menos do prisma econômico e social, à de muitas unidades federadas, o que confere gravidade à ausência de controle normativo eficaz.

No contexto da revisão constitucional de 1994, esforçou-se para superar, ainda que parcialmente, essa situação, adotando-se o chamado “*incidente de inconstitucionalidade*”, que haveria de ser suscitado perante o Supremo Tribunal Federal, em caso de dúvida ou controvérsia sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, estaduais e municipais⁴².

5. Declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*

A discussão sobre a atribuição de efeito retroativo ou não à decisão que declara a inconstitucionalidade de lei está indissocia-

41 Cf., sobre o assunto, Proposta de emenda Revisional do Deputado Adroaldo Streck (Proposta n. 3.342), que recomendava também a supressão do art. 49, X (competência do Congresso Nacional para sustar atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa).

42 Ver *Relatoria da Revisão Constitucional, Pareceres Produzidos (Histórico)*, Tomo I, Parecer n. 27, p. 312 e s.

velmente vinculada ao debate sobre o desenvolvimento da jurisdição constitucional iniciado no primeiro quartel deste século.

Na famosa conferência proferida perante a Associação Alemã de Professores de Direito Público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*), em 1928, sustentou Kelsen a necessidade de que se restringissem os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista sobretudo razões de segurança jurídica⁴³.

Advogava Kelsen, igualmente, a necessidade de que, em nome da segurança jurídica, se outorgasse competência à Corte Constitucional para dispor sobre a entrada em vigor da decisão declaratória da inconstitucionalidade.⁴⁴

As idéias básicas de Kelsen foram positivadas na Constituição austríaca de 1920-29, que, na sua versão de 1975, dispõe que a decisão declaratória da inconstitucionalidade de uma norma será eficaz após a sua publicação, salvo se a Corte Constitucional fixar prazo diverso para sua entrada em vigor, que, de qualquer forma, não poderá ser superior a um ano (art. 140).

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*”⁴⁵, passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade⁴⁶.

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

43 KELSEN, Hans. *La Garanzia Costituzionale*, In *La Giustizia Costituzionale*, coletânea organizada por Carmelo Geraci, Milão, 1981; Cf., também, o original alemão, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Berlim, 1929.

44 KELSEN, Hans. *La Garanzia Costituzionale*. cit., p.192.

45 Cf. Willoughby, W. W.. *The Constitutional law of the United States*, vol. I, p. 9-10; Cf., também, COOLEY, Thomas M. *Treatise on the Constitutional Limitations*, 1878, p. 227.

46 Cf. TRIBE, Laurence. *The American Constitutional Law*. 1988, p. 27.

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.

Genericamente, dois fatores condicionam a aplicação retroativa dos juízos de inconstitucionalidade na lição de Tribe: *é apenas o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade que pode vir a ser deferido e o resultado de um juízo de inconstitucionalidade não é a invalidação de um estatuto, mas a solução de um conflito particular entre duas partes específicas*⁴⁷.

A preocupação com as conseqüências jurídicas das decisões proferidas no juízo de constitucionalidade já se mostrava presente na literatura jurídica alemã da época de Weimar. Assim, sustentava Triepel, no conhecido *Referat* sobre “*a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional*”, que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários⁴⁸.

Quase simultaneamente esforçava-se Walter Jellinek para reduzir o conteúdo normativo do art. 13, § 2º, da Constituição de Weimar, afirmando que o *Reichsgericht* somente poderia conhecer de uma argüição de inconstitucionalidade, no processo de controle abstrato de normas estaduais, se a declaração de nulidade da lei estadual se mostrasse apta a resolver a controvérsia⁴⁹.

Esse seria o caso se, *v.g.*, a norma declarada inconstitucional pudesse ser substituída por outra norma de clareza inquestionável. Ao contrário, não deveria ser declarada a inconstitucionalidade se pudesse advir uma lacuna a ser colmatada pelo legislador estadual. Assim, o *Reichsgericht* estaria impedido de declarar, na sua opinião, a inconstitucionalidade de uma lei estadual disciplinadora do processo eleitoral que se afigurasse incompatível com o princípio da

47 TRIBE, op. cit., p. 28.

48 TRIEPEL, Heinrich. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. VVDSiRL, Vol. 5 (1929), p. 26 s..

49 JELLINEK, Walter. *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*. Leipzig e Berlim, 3a. ed., 1927, p. 27; Cf. também, Flad, Wolfgang. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution*. Heidelberg, 1929, p. 38.

proporcionalidade fixado no art. 17 da Constituição, pois “*teria como conseqüência o caos, o Estado não disporia de uma lei eleitoral*”⁵⁰.

Essas reflexões ganharam novo desenvolvimento sob o império da Lei Fundamental de Bonn. 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, a lei 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 uma situação ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade⁵¹.

Assim, de uma perspectiva formal, o *apelo ao legislador* nada mais expressaria do que a constatação desse incompleto *processo de inconstitucionalização*. A “*Appellentscheidung*” poderia ser vista, assim, tal como proposto por Ebsen, como técnica específica para atuar sobre essas “*situações imperfeitas*”, sem que se tenha de pronunciar a inconstitucionalidade ou a nulidade da lei. Se se analisarem, porém, os grupos singulares de *Appellentscheidungen*, pode-se duvidar da correção dessa tipificação processual. Em verdade, abstém-se o Tribunal, muitas vezes, de emitir um juízo de desvalor sobre a norma para evitar conseqüências práticas danosas⁵².

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.

50 JELLINEK, Walter. *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*. 1927, p. 27.

51 Cf. nosso *O Apelo ao Legislador — Appellentscheidung — na Práxis da Corte Constitucional Alemã*: RDP n. 99, p. 32 s.

52 RUPP-V, Brünneck. *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?*, in *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970, p. 355 (396).

Pode-se depreender das primeiras decisões que o Tribunal considerava admissível a aplicação provisória da lei que teve a sua inconstitucionalidade declarada⁵³. 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 1982, 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. 282º (4))⁵⁴.

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 nulidade⁵⁵.

No Brasil, se o Supremo Tribunal Federal chegar à conclusão, no processo de controle abstrato de normas, de que disposições do direito federal ou do direito estadual revelam-se incompatíveis com a Constituição, então ele as declara inconstitucionais.

53 BVerfGE 13, 248 (260); 18, 288 (301); 26, 100 (101); Cf. STERN, Klaus. *Bonner Kommentar*, Art. 93, n. 281; SÖHN, Hartmut. *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht, bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, Frankfurt em Main, 1974, p. 61.

54 Cf., a propósito, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 3ª edição, Coimbra, 1991, p. 500-502).

55 GARCIA DE ENTERRÍA, Justicia Constitucional, La Doctrina Prospectiva en la Declaración de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales, RDP, n. 92, out./dez. 1989, p. 5.

A lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula *ipso jure et ex tunc*⁵⁶.

A disposição declarada inconstitucional no controle abstrato de normas não mais pode 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 no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu, posteriormente, quase o significado de uma verdade axiomática⁵⁷.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se identificar, todavia, tentativa do Ministro Leitão de Abreu no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a *teoria da nulidade* em favor da chamada *teoria da anulabilidade*.

Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não pode ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade e sua aplicação continuada produziria conseqüências que não poderiam ser olvidadas⁵⁸. A lei inconstitucional seria, portanto, apenas *anulável*. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo. Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como *fato eficaz*, apto a produzir conseqüências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público. Esse seria também o caso se, com a cassação de um ato administrativo, se configurasse uma quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé⁵⁹.

Essa orientação não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à nulidade *ipso jure*, até porque, consoante orientação do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia

56 Rp. n. 971, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ, n. 87/758; Rp. n. 1.016, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ, n. 95/993; Rp. n. 1.077, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ, 101, 503.

57 Cf. Recurso de MS n. 17.076, Relator Ministro Amaral Santos, RTJ, 55/744; RE n. 103.619, Relator Ministro Oscar Corrêa, RDA 160/80.

58 RE n. 79.343, Relator Ministro Leitão de Abreu, RTJ, n. 82/792.

59 Cf. RE 79.343, Relator Ministro Leitão de Abreu, RTJ, 82/795.

cia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional⁶⁰.

Na Assembléia Constituinte de 1988, foi proposta a introdução de dispositivo que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei declarada inconstitucional no controle abstrato de normas perderia eficácia *ex tunc*, ou se a decisão passaria a ter eficácia a partir da data de sua publicação. Esse projeto, que observava, em linhas gerais, o modelo estabelecido no art. 282, § 4º, da Constituição Portuguesa, foi rejeitado⁶¹.

Nosso modelo de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e possibilidade de impugnação quase ilimitada do direito federal e estadual, recomenda a adoção de institutos que mitiguem os efeitos danosos para a segurança jurídica advinentes da declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*. Não só o desfazimento de situações jurídicas consolidadas, mas também a necessidade de desembolso de recursos para pagamento ou eventual repetição daquilo que se recebeu *indevidamente* ocasionam instabilidades sérias ou traumas de proporções incomensuráveis. Assim, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais⁶².

Todas essas razões recomendam que se introduza, entre nós, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, alternativa normativa que permita ao Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, profereindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*⁶³.

60 Rp. n. 971, Relator Ministro Djaci Falcão, *RTJ*, n. 87/758; Rp. n. 1.016, Relator Ministro Moreira Alves, *RTJ*, n. 95/993; RP. n. 1.077, Relator Ministro Moreira Alves, *RTJ*, n.101/503.

61 Cf., a propósito, Néri da Silveira, J., *A Dimensão Política do Judiciário: Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 173 (1988), p. 46 (55).

62 Cf. a respeito, GARCIA DE ENTERRÍA, *Justicia Constitucional*, cit., *RDP*, n. 92, p. 5 (14).

63 Na Revisão Constitucional, o Relator propôs o seguinte parágrafo ao art. 103 (Parecer n. 27, de 16.03.94, Pareceres, Tomo I, p. 313 s.):

IV. O Controle incidental de Constitucionalidade: Novas Perspectivas

1. Considerações Preliminares

A Constituição de 1988 preservou o sistema de controle de constitucionalidade difuso, mantendo a exigência de que, quando suscitada perante Tribunais, a declaração de inconstitucionalidade há de ser proferida pela maioria absoluta do Tribunal ou do órgão especial. A declaração de inconstitucionalidade que venha a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal terá eficácia apenas para o caso concreto, ressaltando-se a possibilidade de suspensão da execução da lei ou ato normativo pelo Senado.

Como já salientado, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente (vide Quadro Geral sobre os processos ajuizados no período situado entre outubro de 1988 e agosto de 1996 no Anexo III).

2. A Suspensão pelo Senado Federal da Execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência.

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de poderes hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada.

“Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços dos votos de seus membros, que estes deixarão de produzir efeito a partir do trânsito em julgado da decisão”.

Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?

A única resposta plausível indica que o instituto da suspensão pelo Senado de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isto se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos Tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de uma dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário. Aqui o Supremo Tribunal não afirma propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta — redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em uma interpretação conforme à Constituição não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

Finalmente, mencionem-se os casos de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, nos quais se explicitam que um dado significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração.

Também nessas hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado revela-se problemática, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão-somente de um de seus significados normativos.

Todas essas razões demonstram a inadequação, o caráter obsoleto mesmo, do instituto de suspensão de execução pelo Senado no atual estágio do nosso sistema de controle de constitucionalidade.

3. A Ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade

Como se sabe, no Brasil, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, consagrou a ação civil pública como instrumento de defesa dos chamados “interesses difusos e coletivos”. Nos termos da própria Lei Especial, a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer. É, portanto, amplíssimo o objeto da ação civil pública na ordem jurídica brasileira, estando a sua utilização condicionada, fundamentalmente, apenas à própria definição do conceito jurídico indeterminado relativo aos “interesses difusos e coletivos”.

Esse objeto extremamente amplo tem ensejado, não raras vezes, a utilização da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade. A despeito do embaraço que provoca, o tema não tem merecido, com uma ou outra exceção, reflexão mais acurada no âmbito da nossa Dogmática Constitucional.

A pergunta básica que se pretende introduzir é a seguinte: é legítima a utilização da ação civil pública na ordem jurídica brasileira para obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo? Evidentemente, essa questão sugere desdobramentos: em face das próprias especificidades processuais que caracterizam a ação civil pública, poder-se-ia ainda cogitar de um controle meramente incidental ou concreto de constitucionalidade, cuja eficácia restaria limitada às partes envolvidas na controvérsia? Ou, de fato, estamos diante de um processo especialíssimo, de característica notoriamente objetiva, isto é, sem partes, no qual o requerente atua na defesa genérica do interesse público?

Em face das características especiais que ornaram a ação civil pública, seria lícito indagar sobre a sua adequação para o controle

de constitucionalidade das leis na modalidade de controle incidental ou concreto. Em outros termos, seria possível que o juiz, ao apreciar pedido formulado em ação civil pública, afastasse topicamente a incidência ou a aplicação de uma dada norma federal ou estadual em face da Constituição Federal? Qual seria a eficácia dessa decisão?

É fácil ver, desde logo, que a ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com os processos cognominados de "*processos subjetivos*".

A parte ativa nesse processo não atua na defesa de interesses próprios, mas procura defender um interesse público devidamente caracterizado. Assim sendo, afigura-se difícil senão impossível sustentar-se que a decisão que, eventualmente, afastasse a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil pública, teria efeito limitado às partes processualmente legitimadas.

É que, como já enunciado, a ação civil pública aproxima-se muito de um típico *processo sem partes* ou de um *processo objetivo*, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público⁶⁴. Não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que "*a sentença civil fará coisa julgada erga omnes*".

Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que, em ação civil pública, afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.

Já o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que essa espécie de controle genérico da constitucionalidade das leis constituiria um afazer político de determinadas Cortes, realça a impossibilidade de utilização da ação civil pública com esse escopo. Em verdade, ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública, desti-

64 KOCH, Harald. *Prozessführung im öffentlichen Interesse*. Frankfurt am Main, 1983, p. 01 e s.

nada a afastar a incidência de dada norma infraconstitucional, é certo que o seu objetivo precípuo haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a *caso concreto*, porque de caso concreto não se cuida. Ao revés, a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da necessidade de proteção de um interesse específico, mas exatamente de um interesse genérico amplíssimo, de um interesse público. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma.

Deve-se acrescentar, ademais, que o julgamento desse tipo de questão pela jurisdição ordinária de primeiro grau suscita um outro problema, igualmente grave, no âmbito da sistemática de controle de constitucionalidade adotada no Brasil. Diferentemente da decisão *incidenter tantum* proferida nos casos concretos, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia fica adstrita às partes do processo, a decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pelo juiz de primeiro grau haveria de ser dotada de eficácia geral e abstrata. Nem poderia ser diferente: como as partes na ação civil pública atuam não na defesa de interesse jurídico específico, mas, propriamente, na proteção do interesse público, qualquer pretensão no sentido de limitar a eficácia das decisões proferidas nesses processos apenas às partes formais do processo redundaria na sua completa nulificação.

Em outros termos, admitida a utilização da ação civil pública como instrumento adequado de controle de constitucionalidade, tem-se *ipso jure* a outorga à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal. É que, como visto, a decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pela Excelsa Corte no caso concreto tem, necessária e inevitavelmente, eficácia *inter partes*, dependendo a sua extensão de atuação do Senado Federal.

É certo, ademais, que, ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que na ação civil pública ficar evidente que a *medida* ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo é de uma impugnação direta de lei.

Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil

pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

É verdade que o tema ora abordado ainda não foi objeto de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal. Afigura-se inequívoco, porém, que, tal como enunciado, essas conclusões parecem encontrar respaldo pleno na jurisprudência da Corte Suprema. A par de outras decisões já mencionadas, afigura-se digno de referência acórdão recém-publicado, no qual o Supremo Tribunal Federal acolheu Reclamação que lhe foi submetida pelo Procurador-Geral da República, determinando o arquivamento de ações ajuizadas na 2ª e 3ª Varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, por entender caracterizada a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a pretensão nelas veiculada não visava ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese⁶⁵.

Essa orientação da Suprema Corte reforça a idéia desenvolvida de que eventual esforço dissimulatório por parte do requerente da ação civil pública haverá de restar ainda mais evidente, porquanto, diversamente na situação aludida no precedente referido, o autor aqui pede tutela genérica do interesse público, devendo, por isso, a decisão proferida ter eficácia *erga omnes*. Assim, eventual pronúncia de inconstitucionalidade da lei levada a efeito pelo juízo monocrático terá força idêntica à da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle direto de inconstitucionalidade.

As especificidades desse modelo de controle, o seu caráter excepcional, o restrito deferimento dessa prerrogativa, no que se refere à aferição de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal, apenas ao Supremo, a legitimação restrita para provocação do Supremo somente os órgãos e entes referidos no art. 103 da Constituição estão autorizados a instaurar o processo de controle, a dimensão política inegável dessa modalidade, tudo leva a infirmar a possibilidade de que se proceda ao controle de legitimidade de lei ou ato normativo

65 Reclamação n. 434, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ, 09.12.94.

federal ou estadual em face da Constituição no âmbito da ação civil pública.

Assevere-se que a medida não se compadece com qualquer intenção de restrição do modelo difuso de controle de constitucionalidade.

Cogita-se, ao contrário, da possibilidade de fazê-lo com consequência, sem impugnar a higidez do complexo sistema de controle de constitucionalidade instaurado entre nós. Proposta neste sentido chegou a ser veiculada quando da Revisão Constitucional (1993-1994) pelo Deputado Adroaldo Streck, havendo o Relator-Geral, Deputado Nelson Jobim, contudo, optado por fórmula diversa, em que se conferia competência para tais processos aos Tribunais (vide Parecer nº 29, Relatoria da Revisão Constitucional, Pareceres Produzidos (Histórico), Tomo II, p. 29).

Deferindo-se a competência aos Tribunais, haveria de cogitar-se ainda de incidente de inconstitucionalidade que permitisse ao Supremo Tribunal Federal, provocado pela Corte inferior, decidir tão-somente acerca da questão constitucional em exame (vide Parecer nº 27, Relatoria da Revisão Constitucional, Pareceres Produzidos (Histórico), Tomo I, p. 317-8)⁶⁶. Com isto, restariam preservadas não só a competência da Corte Constitucional, como também a possibilidade de tutela daqueles interesses.

4. Incidente de inconstitucionalidade

Na Revisão Constitucional de 1994, afigurou-se acertado introduzir-se o chamado "*incidente de inconstitucionalidade*", que permi-

66 Propôs-se então a adoção de dispositivo com a seguinte redação:

"Art. 104. O Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, de Procurador-Geral de Justiça ou de Procurador-Geral ou Advogado-Geral de Estado, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, nestes incluídos os atos anteriores à Constituição, e houver perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional suscitada.

Parágrafo único. À decisão prevista no *caput* deste artigo aplica-se o disposto no § 2º do art. 102 e no § 1º do art. 103, da Constituição".

tiria fosse apreciada *diretamente* pelo Supremo Tribunal Federal *controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal*, inclusive os atos anteriores à Constituição, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral de Justiça e do Procurador-Geral do Estado, sempre que houvesse perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas. A Suprema Corte poderia, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão federal suscitada⁶⁷.

Referido instituto destinava-se a completar o complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, permitindo que o Supremo Tribunal Federal pudesse dirimir, *desde logo*, controvérsia que, do contrário, daria ensejo certamente a um sem-número de demandas, com prejuízos para as partes e para a própria segurança jurídica.

No substitutivo apresentado pelo Deputado Jairo Carneiro ao Projeto de Emenda Constitucional nº 96/92 ("Emenda do Judiciário"), propõe-se seja adotado o incidente de inconstitucionalidade, nos termos seguintes:

"Art. 107

§ 5º *Suscitada, em determinado processo, questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, e concorrendo os pressupostos do art. 98, § 1º, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no caput deste artigo, poderá processar o incidente e determinar a suspensão do processo a fim de proferir decisão com efeito vinculante exclusivamente sobre a matéria constitucional*".

Assim, mediante provocação de qualificados atores do processo judicial, a Corte Suprema ficaria autorizada a *suspender os processos em curso e proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional*.

Ressalte-se de imediato que, a despeito da aparente novidade, técnica semelhante já se adota entre nós desde 1934, com a chamada *cisão funcional* da competência, que permite que, no julgamento da inconstitucionalidade de norma perante Tribunais, o Plenário ou o Órgão Especial julgue a inconstitucionalidade ou a

67 Cf. Relatoria da Revisão Constitucional, 1994, tomo I, p. 317

constitucionalidade da norma, cabendo ao órgão *fracionário* decidir a espécie à vista do que restar *assentado* no julgamento da questão constitucional.

Sem dúvida, o incidente poderá ensejar a separação da questão constitucional para o seu julgamento, não pelo Pleno do Tribunal ou por seu Órgão Especial, mas, diretamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Daí o inevitável símile com a técnica consagrada nos modelos de *controle concentrado de normas*, que determina seja a questão submetida diretamente à Corte Constitucional toda vez que a norma for relevante para o julgamento do caso concreto e o juiz ou tribunal considerá-la inconstitucional (Cf., v.g., Constituição austríaca, art. 140, (1); Lei Fundamental de Bonn, art. 100, I, e Lei orgânica da Corte Constitucional, §§ 13, nº 11, e 80 s.).

Todavia, as diferenças são evidentes.

Ao contrário do que ocorre nos modelos concentrados de controle de constitucionalidade, nos quais a Corte Constitucional detém o *monopólio da decisão* sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei, o incidente de inconstitucionalidade não altera, em seus fundamentos, o *sistema difuso* de controle de constitucionalidade, introduzido entre nós pela Constituição de 1891. Juízes e tribunais continuam a decidir também a questão constitucional, tal como faziam anteriormente, cumprindo ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, a uniformização da interpretação do Texto Magno, mediante o julgamento de recursos extraordinários contra decisões judiciais de única ou última instância.

Convém assinalar que somente em casos excepcionais, de relevante interesse social, poderia a Corte Suprema acolher o incidente de inconstitucionalidade, para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional.

O novo instituto serviria para antecipar as decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da *interpretação autêntica* do Supremo Tribunal Federal.

A experiência histórica recente demonstra que, muitas vezes, temas polêmicos acabam sendo decididos de maneira açodada por juízes e tribunais ordinários, que optam por declarar a inconstitu-

cionalidade de normas, reconhecidas, posteriormente, como legítimas pelo Supremo Tribunal Federal.

A adoção do incidente de inconstitucionalidade poderá propiciar ao Supremo Tribunal Federal a oportunidade de conhecer das questões antes mesmo que se consolidem orientações ou interpretações outras, de difícil superação ou desfazimento. Trata-se, pois, de um instrumento que prestigia o princípio da segurança jurídica como base do Estado de Direito.

O incidente de inconstitucionalidade proposto oferece ainda solução adequada para a difícil questão do controle de constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Federal. Os embaraços que se colocam à utilização da ação direta de inconstitucionalidade contra a lei municipal perante o Supremo Tribunal Federal, até mesmo pela impossibilidade de se apreciar o grande número de atos normativos comunais, poderão ser afastados com a introdução desse instituto, que permitirá ao Supremo Tribunal Federal conhecer das questões constitucionais mais relevantes provocadas por atos normativos municipais.

A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos hão de fornecer a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades comunais.

Essa solução é superior, sem dúvida, 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.

Outra virtude inegável do instituto reside na possibilidade de sua utilização para solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição. Aprovado o referido instituto, passará o ordenamento jurídico a dispor também de um instrumento ágil e célere para dirimir, de forma definitiva e com eficácia geral, as controvérsias relacionadas com o direito anterior à Constituição que, por ora, somente podem ser veiculadas mediante a utilização do recurso

extraordinário, cuja decisão tem eficácia limitada às partes envolvidas no processo.

Portanto, afigura-se recomendável que se discuta com seriedade e espírito de isenção a proposta constante do “*Substitutivo Jairo Carneiro*”, que, como demonstrado, poderá conferir nova e construtiva conformação ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

V. O Controle da omissão do Direito brasileiro

I. Considerações preliminares

A adoção do mandado de injunção e do processo de controle abstrato da omissão tem dado ensejo a intensas controvérsias na doutrina. O conteúdo, o significado e a amplitude das decisões proferidas nesses processos vêm sendo analisados de forma diferenciada pela doutrina e jurisprudência.

a) As decisões proferidas no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Alguns nomes da literatura jurídica sustentam que, como as regras constantes do preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção não se afiguravam suficientes para possibilitar a sua aplicação, ficava sua utilização condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras⁶⁸. Outros doutrinadores afirmam que, sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra omissão impeditiva do exercício de direitos constitucionalmente assegurados, competiria ao juiz proferir decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão⁶⁹. Uma variante dessa corrente acentua que a decisão judicial há de conter uma regra geral, aplicável não apenas à questão submetida ao Tribunal, mas também aos demais casos semelhantes⁷⁰.

68 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Mandado de injunção e direitos sociais*. LTr n. 53, 1989, p.323; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 1978, p. 277.

69 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 389-389.

70 PASSOS, J.J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo*. Rio de Janeiro, 1989, p. 124.

Segundo essa concepção, o constituinte teria dotado o Tribunal, excepcionalmente, do poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa⁷¹. Para superar as dificuldades que decorrem dessa concepção, procura-se restringi-la, afirmando-se que se o direito subjetivo depender da organização de determinada atividade ou de determinado serviço público ou, ainda, da disposição de recursos públicos, então há de ser reconhecida a inadmissibilidade do mandado de injunção⁷². Assim, não poderia o mandado de injunção ser proposto com vistas a garantir, v.g., o pagamento do seguro-desemprego⁷³.

Uma segunda corrente entende que o mandado de injunção destina-se, tão-somente, a aferir a existência de omissão que impede o exercício de um direito constitucionalmente assegurado. A pronúncia de sentença de conteúdo normativo revelar-se-ia, por isso, inadmissível⁷⁴. Segundo esse entendimento, as decisões que o Supremo Tribunal Federal profere na ação de mandado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão têm caráter obrigatório ou mandamental⁷⁵.

A expectativa criada com a adoção desse instituto no ordenamento constitucional brasileiro levou à propositura de inúmeras ações de mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal, o que acabou por obrigá-lo, num curto espaço de tempo, a apreciar, não só a questão relativa à imediata aplicação desse instituto, independentemente da promulgação de regras processuais próprias, como também a decidir sobre o significado e a natureza desse instituto na ordem constitucional brasileira.

b) O caráter obrigatório ou mandamental da decisão proferida no mandado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão

71 Op. cit., p. 124.

72 Op. cit., p. 112-113.

73 Op. cit., p. 112-113.

74 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, habeas data*. São Paulo, 1989, p. 57; Bastos, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, 1989, v. 2, p. 359.

75 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, habeas data*, p. 141.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de apreciar, pela primeira vez, as questões suscitadas pelo controle de constitucionalidade da omissão na decisão de 23 de novembro de 1989.

O mandado de injunção havia sido proposto por Oficial do Exército contra o Presidente da República que, segundo se alegava, não teria encaminhado, tempestivamente, ao Congresso Nacional, projeto de lei disciplinando a duração dos serviços temporários, tal como expressamente exigido pela Constituição (art. 42, § 9º). O impetrante havia prestado serviço por nove anos e seria compelido a passar para a reserva ao implementar o décimo ano, se fosse aplicada a legislação pré-constitucional. Daí ter requerido a promulgação da norma prevista constitucionalmente. Ao lado desse pleito principal, requereu ele, igualmente, a concessão de liminar que garantisse o seu *status* funcional até a pronúncia da decisão definitiva.

A inexistência de regras processuais específicas exigia, tal como já enunciado, que o Tribunal examinasse, como questão preliminar, a possibilidade de se aplicar esse instituto com base, tão-somente, nas disposições constitucionais. A resposta a essa questão dependia, porém, da definição da natureza e do significado desse novo instituto.

A Corte partiu do princípio de que a solução que recomendava a expedição da norma geral ou concreta haveria de ser desde logo afastada. A regra concreta deveria ser excluída em determinados casos, como decorrência da natureza especial de determinadas pretensões, v.g., daquelas eventualmente derivadas dos postulados de direito eleitoral⁷⁶. Tanto em relação a uma norma concreta, quanto em relação a normas gerais proíbe-se que a coisa julgada possa vir a ser afetada mediante lei posterior (art. 5º, XXXVI). Como essas decisões judiciais haveriam de transitar em julgado, não poderia a lei, posteriormente editada, contemplar questões que foram objeto 'do pronunciamento transitado em julgado'⁷⁷.

A opinião que sustentava a possibilidade de o Tribunal editar uma regra geral, ao proferir a decisão sobre mandado de injunção, encontraria insuperáveis obstáculos constitucionais. Tal prática não

76 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ*, n. 133, p. 11 s.

77 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ*, n. 133, p. 11 (33).

se deixaria compatibilizar com o princípio da divisão de poderes e com o princípio da democracia⁷⁸. Como o modelo constitucional não continha norma autorizativa para o desempenho de uma atividade substitutiva do legislador, por meio da edição de regras autônomas (ainda que com vigência provisória) pelo juizado, tal resultado revelava-se incompatível com a Constituição⁷⁹.

Contra esse entendimento colocar-se-ia, igualmente, o princípio da reserva legal, constante do art. 5º, II, da Constituição, uma vez que essas regras gerais, que deveriam ser editadas pelos Tribunais, haveriam de impor obrigações a terceiros, que, nos termos da Constituição, somente podem ser criadas por lei ou com fundamento em uma lei. Por outro lado, a opinião dos representantes dessa corrente, que sustentavam a inadmissibilidade do mandado de injunção, nos casos em que o exercício do direito subjetivo exigisse a organização de determinada atividade, instituição técnica ou em que fosse imprescindível a disposição de recursos públicos, acabaria por tornar quase dispensável⁸⁰ a garantia constitucional do mandado de injunção.

Após essas considerações, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, consoante a sua própria natureza, o mandado de injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular (art. 14, I, III), bem como os chamados direitos sociais (Constituição, art. 6º), desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-los em virtude da omissão do órgão legiferante.

Como "omissão" deveria ser entendida não só a chamada *omissão absoluta* do legislador, isto é, a total ausência de normas, como também a *omissão parcial*, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar⁸¹.

Ao contrário da orientação sustentada por uma das correntes doutrinárias, o mandado de injunção afigurava-se adequado à realização de direitos constitucionais que dependiam da edição de

78 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ, n. 133, p. 11 (34).

79 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ, n. 133, p. 11 (34-35).

80 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ, n. 133, p. 11 (32-33).

81 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ, n. 133, p. 11 (31).

normas de organização, pois, do contrário, esses direitos não ganhariam qualquer significado⁸².

Todavia, o Tribunal deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas. Tanto quanto a decisão a ser proferida no processo de controle abstrato da omissão, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da omissão no mandado de injunção tem caráter *obrigatório* ou *mandamental*. As duas ações são destinadas a obter uma ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado. Ter-se-ia aqui um exemplo daquela ação que Goldschmidt⁸³ houve por bem denominar "*Anordnungsklagenrecht*" (*ação mandamental*)⁸⁴.

Essa *ação mandamental* exige a edição de ato normativo por parte do Poder Público. O processo de controle da omissão, previsto no art. 103, § 2º, da Constituição, é abstrato, e, consoante a sua própria natureza, deve a decisão nele proferida ser dotada de eficácia erga omnes⁸⁵. Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, o constituinte pretendeu conferir aos dois institutos significado processual semelhante, assegurando, às decisões proferidas nesses processos, idênticas conseqüências jurídicas. A garantia do exercício de direitos prevista no art. 5º, LXXVI, da Constituição, pertinente ao mandado de injunção, não se diferencia, fundamentalmente, da garantia destinada a tornar efetiva uma norma constitucional referida no art. 103, § 2º, da Constituição, concernente ao controle abstrato da omissão⁸⁶.

As decisões proferidas nesses processos declaram a mora do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Dessarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e, pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle

82 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ, n. 133, p. 33.

83 GOLDSCHMIDT, James., *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Berlin, 1932, § 15º, p. 61.

84 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ, n. 133, p. 11 (35).

85 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ, n. 133, p. 11 (38-9).

86 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ, n. 133, p. 11 (38-9).

abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico⁸⁷.

O Tribunal deixou assente que de sua competência para apreciar a omissão do legislador, no mandado de injunção, decorria, igualmente, a faculdade de determinar a suspensão dos processos administrativos ou judiciais e de suspender determinadas medidas ou atos administrativos. Poder-se-ia assegurar, assim, ao impetrante a possibilidade de ser beneficiado pela norma que viesse a ser editada.

A equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão configura um elemento essencial da construção desenvolvida pelo Tribunal. Até porque a simples constatação de que a decisão proferida nesse processo tem caráter obrigatório para os órgãos legiferantes não legitima, necessariamente, outras conseqüências jurídicas consideradas pelo acórdão como simples consectário desse caráter obrigatório, tais como a obrigação de suspender os processos que tramitam perante autoridades administrativas ou Tribunais. Esses efeitos somente se mostram compreensíveis em face da suposição de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão, por se tratar de um processo objetivo, deve ser dotada de eficácia *erga omnes*.

O Tribunal parte da idéia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas conseqüências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*. Dessa forma, pôde o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção.

2. Reflexões conceptuais

a) Considerações preliminares

A adoção pela Constituição brasileira de instituto especial destinado à defesa de direitos subjetivos constitucionalmente assegura-

87 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ, n. 133, p. 11 (38-9)

rados contra a omissão do legislador, não dá ensejo a qualquer dúvida quanto à configuração de *direito subjetivo público a uma ação positiva de índole normativa por parte do legislador*.

Indubitavelmente, a aplicação imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), mormente daqueles que implicam a concessão de competências a particulares⁸⁸, constituem para os indivíduos pretensões em face do legislador. Nessa medida, uma vez reconhecida a omissão inconstitucional, a recalcitrância do legislador em adimplir o dever de legislar representa clara ofensa à necessária lealdade constitucional e à vinculação aos direitos fundamentais.

É de assinalar-se, porém, que tanto a introdução de processo especial destinado a garantir direitos subjetivos quanto a adoção de um processo de controle abstrato da omissão estão a demonstrar que o constituinte brasileiro partiu de uma precisa distinção entre a ofensa constitucional através de atividade positiva do legislador e a afronta constitucional resultante da omissão.

É fácil ver que a tentativa de proceder-se a essa rigorosa diferenciação esbarra em obstáculos sérios⁸⁹.

Se se considerar que, após algum tempo, o legislador terá editado as leis mais relevantes exigidas expressamente no texto constitucional, não há como deixar de reconhecer que os casos significativos de omissão passarão a ser aqueles referentes à execução insatisfatória ou imperfeita de dever constitucional de legislar (*omissão parcial*), seja porque o legislador editou norma que não atende plenamente às exigências constitucionais, seja porque as mudanças nas situações fáticas ou jurídicas estão a exigir uma ação corretiva do legislador⁹⁰. É certo, pois, que, com a ressalva de alguns casos especiais, não mais se encontrará uma *omissão pura* do legislador.⁹¹ Não há como negar que o cumprimento imperfeito

88 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 227 e s.

89 ERICHSEN, Hans-Uwe. *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, vol. II, p. 169-70.

90 Cf., a propósito, Jülicher, Friedrich. *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen*. Berlim, 1972, p. 33;

91 LERCHE, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven*, Zu den "nicht erfüllten Gesetzaufträgen". AöR 90 (1965), p. 341 (352).

ou insatisfatório de uma determinada exigência constitucional configura ofensa ao dever que o constituinte impôs ao legislador⁹².

A afirmação de que o legislador não satisfaz determinada exigência constitucional contém, normalmente, censura ou crítica ao direito positivado⁹³. Vê-se, pois, que a declaração da inconstitucionalidade de uma omissão parcial do legislador mesmo nesses processos especiais de controle da omissão, como o mandado de injunção e o controle abstrato da omissão, contém, implicitamente, uma afirmação sobre a inconstitucionalidade da lei⁹⁴. Portanto, a distinção imprecisa entre a ofensa constitucional praticada através de uma atividade do legislador ou mediante eventual omissão⁹⁵ leva, necessariamente, a uma *relativização* do significado processual-constitucional desses instrumentos, concebidos especialmente para defesa da ordem constitucional e de direitos subjetivos contra eventual inércia do legislador.

Assim, pode-se afirmar que, de uma perspectiva estritamente processual, situa-se a problemática principal da omissão legislativa menos na necessidade de instituição de processos para o controle dessa modalidade de ofensa constitucional, do que no desenvolvimento de formas adequadas de decisão para superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa, mesmo nos processos tradicionais de controle de normas.

Como a ofensa inconstitucional resulta aqui da ausência de normas, não se pode eliminar a inconstitucionalidade, salvo em casos excepcionais, através da declaração de nulidade. Essa técnica

92 SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Rechtsschutz bei normativem Unrecht*, Berlim, 1979, p. 169; Gusy, Christoph. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlim, 1985, p. 152; SCHNEIDER, Bernd Jürgen. *Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze*. Frankfurt am Main, 1988, p. 148.

93 LERCHE, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, Zu den "nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen"*, AÖR 90 (1965), p. 341 (352); Ulsamer, in: Maunz, dentre outros, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 78, n. 3, e 22; Cf., a propósito, BVerfGE 1, 101; 6, 257 (264), 8, 1 (10).

94 Cf. BVerfGE 8, 1 (10);

95 ERICHSEN, Hans-Uwe. *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Munique, 1979, vol. II, p. 129-170; Pestalozza, Christian. "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, p. 519 (526, 530).

jurídico-processual foi concebida, fundamentalmente, para superar a ilegitimidade de atos restritivos de direitos individuais⁹⁶.

Nesse sentido, teve o *Bundesverfassungsgericht* oportunidade de constatar, já no começo de sua judicatura, que não estava autorizado a editar norma para o caso concreto ou a substituir-se ao legislador, determinando qual disposição ele deveria editar⁹⁷. Também o Supremo Tribunal Federal vem de afirmar a inadmissibilidade da edição de normas concretas ou de normas gerais por parte do Tribunal, uma vez que tal prática não se revelaria compatível com os princípios constitucionais da democracia e da divisão dos poderes⁹⁸.

Se não se colocam, em princípio, razões jurídicas contra eventual aferição de ofensa à Constituição decorrente de omissão parcial do legislador, no processo de controle de normas incidental ou principal, seria lícito imaginar que esse tipo de ofensa poderia ser impugnado inclusive no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade. A aceitação desse entendimento levaria a admitir que a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* poderia constituir nova modalidade de decisão no processo de controle de normas.⁹⁹

b) A decisão do Supremo Tribunal Federal que dá pela procedência da ação no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão ajuizada em caso de omissão parcial do legislador

Abstraídos os casos de omissão absoluta do legislador, que devem tornar-se cada vez mais raros, trata-se, na maioria das hipóteses, de omissão parcial do legislador, isto é, de uma *lacuna da lei* ou, especialmente, de uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade¹⁰⁰. *Como a doutrina vem ressaltando, há*

96 MAURER, Hartmut. *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen Festschrift für Werner Weber*. Berlim, 1974, p. 345 (354).

97 BVerfGE 6, 257 (264), 8, 1 (19); a propósito, ver, também, Herzog, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 20, III, n. 13.

98 MI n. 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ, n. 133, p. 11 s.

99 Cf. Gusy, Christoph. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 152, nota 34.

100 Embora na doutrina os casos de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade sejam considerados exemplos típicos de lacuna da lei (Larenz, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 359; Canaris, die

algum tempo, que tem-se nessas hipóteses uma relação normativa inconstitucional (*verfassungswidrige Normrelation*)¹⁰¹. Entre nós, examine-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Procurador-Geral da República relativa à Lei nº 7.719, de 6 de janeiro de 1989, na qual se afirma possível afronta ao art. 39, § 1º, da Constituição¹⁰².

É de indagar-se, ainda, se a regra, que, por incompleta, é considerada inconstitucional, deve continuar a ser aplicada. Essa questão não foi contemplada na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no MI nº 107. Como ressaltado, o Tribunal limitou-se a constatar que de sua competência para julgar o mandado de injunção derivava também a faculdade para suspender os processos judiciais ou administrativos que, de alguma forma, afetassem a posição do impetrante. O dever das autoridades administrativas ou dos tribunais, cujos atos não foram diretamente impugnados pelo mandado de injunção, de suspender os processos de sua competência foi fundamentado pelo Tribunal, tanto quanto é possível inferir das considerações constantes do acórdão, com base na eficácia *erga omnes* de sua decisão¹⁰³.

Embora o Tribunal tenha reconhecido expressamente que o conceito de omissão envolvia não só a omissão total do legislador, mas também a omissão parcial, não se posicionou sobre a situação jurídica que haveria de subsistir após a declaração da inconstitucionalidade. É provável mesmo que tenha deixado essa questão em aberto de forma consciente, porque, do contrário, teria dificuldades para sustentar a tese da aplicabilidade do mandado de injunção independentemente da edição de regras processuais adequadas.

Como não se cogita da cassação da lei defeituosa ou imperfeita, nos casos de omissão parcial, poder-se-ia afirmar que a situação anterior deveria subsistir até a edição das novas regras. Em favor dessa tese militaria o fato de que, tanto no mandado de injunção, quanto no processo do controle abstrato da omissão, limita-se o

Feststellung von Lücken im Gesetz, p. 81; JÜLICHER, Verfassungsbeschwerde, p. 29; MAURER, Hartmut. Zur Verfassungswidrigerklärung, p. 345 (352))

101 IPSEN, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, p. 214

102 ADIn n. 799, Relator: Ministro Néri da Silveira.

103 MI 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n. 133, p. 11 e s.

Tribunal a declarar a inconstitucionalidade de determinada situação jurídica. Poder-se-ia, portanto, sustentar que as normas antigas preservariam a sua força até a promulgação das novas disposições requeridas expressamente pelo acórdão que deu pela procedência da ação.

A concepção que advoga a tese segundo a qual, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, a lei haveria de preservar a sua validade até a promulgação das novas regras, porque o Supremo Tribunal Federal, nos processos de controle de omissão, há de se restringir a declaração de inconstitucionalidade de determinadas situações jurídicas, não se compatibiliza com a idéia assente no direito brasileiro que considera nula a lei inconstitucional¹⁰⁴. A Constituição de 1988 não parece fornecer qualquer fundamento para a aplicação indiscriminada da lei inconstitucional. O princípio do Estado de Direito e a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais, estabelecida no art. 5º, § 1º, da Constituição, estão a indicar que não basta a promulgação de uma lei. A lei exigida pela Constituição, tal como ocorre no direito alemão¹⁰⁵, não pode ser qualquer lei, mas *lei compatível com a Constituição*.

O princípio do Estado de Direito (art. 1º), a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), a proteção dos direitos fundamentais contra eventual mudança da Constituição (art. 60, § 4º), bem como o processo especial para a revisão constitucional (art. 60) não só ressaltam a diferença entre *lei* e *Constituição* e estabelecem a supremacia desta sobre aquela, como também fixam as condições que devem ser observadas na promulgação das leis ordinárias¹⁰⁶.

Atribui-se, portanto, *hierarquia de norma constitucional*, também no direito brasileiro, ao postulado da nulidade das leis inconstitucionais.

A aplicação continuada da lei declarada inconstitucional somente poderia justificar-se com fundamento em uma *alternativa*

104 Rp 971, Relator: Ministro Djaci Falcão RTJ n. 87, p. 758; Rp. 1.016, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n. 95, p. 998.

105 IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 216.

106 BUZUID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, 1958, p. 131; Campos, Francisco. *Direito Constitucional*, 1956, v. 1, p. 430-1.

normativa de hierarquia constitucional¹⁰⁷; cláusula inexistente no direito brasileiro. Não se pode fundamentar a aplicação indiscriminada da lei apenas com a afirmação de que, na sistemática do controle da omissão, o Tribunal limita-se a declarar a inconstitucionalidade de uma dada situação jurídica e a simples constatação da inconstitucionalidade, nos casos de omissão legislativa, resulta, como se pode depreender da firme jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*¹⁰⁸, das peculiaridades inerentes às formas de superação da situação inconstitucional¹⁰⁹, independentemente da modalidade de processo no qual se afere a ofensa à Constituição¹¹⁰. Assim, a ausência de uma declaração de nulidade, no controle da omissão, não autoriza a continuada aplicação da norma defeituosa.

A única concepção que parece coadunar-se com a Constituição, no caso de simples declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial, na via do mandado de injunção ou do controle abstrato da omissão, é aquela que defende a imediata suspensão da aplicação do complexo normativo defeituoso ou ilegítimo. A aplicação geral e continuada da lei considerada inconstitucional representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição.

Contra a suspensão geral da aplicação da norma considerada inconstitucional, poder-se-ia argumentar que o Tribunal somente está autorizado a aferir, no mandado de injunção, a inconstitucionalidade da omissão parcial que, de alguma forma, revelar-se afrontosa a um direito subjetivo constitucionalmente assegurado. Poder-se-ia dizer, ademais, que dessa decisão, que produz efeitos apenas entre as partes, não se pode extrair ou derivar uma suspensão geral da norma.

O Supremo Tribunal Federal, ao equiparar os efeitos da decisão proferida no controle abstrato da omissão e no processo de mandado de injunção, esforçou-se para fundamentar efeito vinculante que transcendesse as partes propriamente envolvidas.

107 Exemplo de *alternativa normativa* de índole constitucional consta do art. 140, parágrafos 5 e 7, da Constituição austríaca.

108 BVerfGE 6, 257 (264); 8, 1 (19); 30, 292.

109 Cf., a propósito, Maurer, Hartmut. *Zur Verfassungswidrigkeitserklärung*, in: *Festschrift für Werner Weber*, p. 345 (353, 360, 368).

110 Cf., na jurisprudência da Corte Constitucional alemã sobre controle de normas: BVerfGE 17, 210 (215); 44, 70 (88); 45, 376 (384); 47, 55; 48, 281; 63, 152 (166); 64, 158 (168), 64, 243 (247); BVerfGE 43, 154 (167).

A decisão proferida no processo de controle abstrato da omissão, típico *processo objetivo*, destinado, precipuamente, à preservação da Constituição, deveria ter, por sua própria natureza, eficácia *erga omnes*.

A posição do Supremo Tribunal Federal, que reconhece ter a decisão proferida no controle abstrato da omissão eficácia *erga omnes*, merece ser acolhida. É de excluir-se, de plano, a idéia de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão deva ter eficácia vinculante *inter partes*, porque tais processos de garantia da Constituição, enquanto *processos objetivos*, não conhecem partes. As decisões proferidas nesses processos, tal como admitido pelo Tribunal¹¹¹, devem ser dotadas, necessariamente, de eficácia geral¹¹². Se o Tribunal constata, nesse processo, a *omissão parcial* do legislador em virtude da satisfação defeituosa ou incompleta de dever constitucional de legislar, reconhece ele também a inconstitucionalidade de todo o complexo normativo impugnado com eficácia *erga omnes*. Definida a inconstitucionalidade, estão todos os órgãos estatais impedidos de praticar atos com base na regra considerada inconstitucional (CF, arts. 1º e 5º, § 1º).

Verifica-se, assim, que a constatação da inconstitucionalidade parcial, no processo de controle abstrato da omissão, deve ter como consequência, também no direito brasileiro, a *suspensão da aplicação* de todo o complexo normativo questionado.

Se se constata, com eficácia *erga omnes*, a omissão parcial, seja mediante a declaração de inconstitucionalidade, no controle abstrato da omissão, seja porque se empresta *força normativa* à decisão proferida no processo de mandado de injunção, fica o cidadão desobrigado de prestar obediência à norma, estando, por outro lado, impedido de reivindicar a sua aplicação em proveito próprio. Os órgãos estatais e a administração estão, igualmente, impedidos de aplicar a disposição, uma vez vinculados ao princípio do Estado

111 Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin de 19.6.1974; in: *DJ* de 16.05.1977; p. 3.124; Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, *DJ*, 16.05.1977, p. 3.124; MI n. 107, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ*, n. 133, p. 11 (38-39).

112 Sobre a problemática no Direito alemão, Cf. Goessl, Manfred. *Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes*, Berlim, 1961, p. 45; Friesenhahn, Ernst. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*. Colônia-Berlim, 1963, p. 105.

de Direito (CF, arts. 1º e 5º, § 1º) e, por isso, obrigados a agir de forma legítima.

c) Aplicação da lei inconstitucional

Aceita a idéia geral de que a declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial exige a *suspensão de aplicação* dos dispositivos impugnados, não se deve perder de vista que, em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional.

Isto poderia ser demonstrado com base no exame de algumas normas constitucionais que requerem, expressamente, a promulgação de leis. Um único exemplo, consubstanciado na norma inscrita no art. 7º, IV, da Constituição, há de explicitar esse entendimento. Essa norma contém expresse dever constitucional de legislar, obrigando o legislador a fixar salário mínimo que corresponda às necessidades básicas dos trabalhadores.

Se o Supremo Tribunal Federal chegasse à conclusão, em processo de controle abstrato da omissão ou mesmo em processo de controle abstrato de normas¹¹³ tal como ocorreu com o *Bundesverfassungsgericht*, a propósito da lei de retribuição dos funcionários públicos, em processo de *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*)¹¹⁴, de que a lei que fixa o salário mínimo não corresponde às exigências estabelecidas pelo constituinte, configurando-se, assim, típica inconstitucionalidade em virtude de omissão parcial, a *suspensão de aplicação* da lei inconstitucional assim como sua eventual cassação acabaria por agravar o estado de inconstitucionalidade. É que, nesse caso, não haveria lei aplicável à espécie.

Portanto, a *suspensão de aplicação* da norma constitui consequência fundamental da decisão que, em processo de controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção, reconhece a existência de omissão parcial. Todavia, ter-se-á de reconhecer, inevitavelmente, que a *aplicação da lei*, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela

113 A questão deixou de ser meramente acadêmica, uma vez que o PDT formulou ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei n. 8.419, de 7 de maio de 1992, que fixava o salário mínimo em Cr\$ 230.000,00 (ADIn n. 737, Relator: Ministro Moreira Alves).

114 BVerfGE 8, 1 (19).

própria Constituição. Trata-se daqueles casos em que, do prisma constitucional, a aplicação da lei mostra-se, indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei.

Como a Constituição não contém qualquer decisão a respeito, devem ser regulamentadas por lei as importantes questões relacionadas com a superação desse estado de inconstitucionalidade. No interesse da segurança, da clareza e determinação jurídicas, deveria o legislador editar uma regra sobre suspensão de aplicação e legitimar o Supremo Tribunal Federal a, sob determinadas condições, autorizar a aplicação do direito inconstitucional, nos casos constitucionalmente exigidos. *De lege ferenda*, poder-se-ia cogitar do estabelecimento de prazos dentro dos quais seria admissível a aplicação da lei inconstitucional.

Deve-se admitir, assim, que, com a adoção desses peculiares mecanismos de controle da omissão do legislador, criou-se a possibilidade de se desenvolver nova modalidade de decisão no processo constitucional brasileiro. Se se partir do princípio de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no processo de mandado de injunção e no controle abstrato da omissão, tem conteúdo obrigatório ou mandamental para o legislador e que a decisão que reconhece a subsistência de uma omissão parcial contém, ainda que implicitamente, a declaração de inconstitucionalidade da regra defeituosa, há de se concluir, inevitavelmente, que a superação da situação inconstitucional deve ocorrer em duas etapas (*Zweiaktverfahren*)¹¹⁵.

d) Omissão legislativa e o controle abstrato de normas

Como amplamente enfatizado, configura-se omissão legislativa não apenas quando o órgão legislativo não cumpre o seu dever, mas, também, quando o satisfaz de forma incompleta. Nesses casos, que configuram, em termos numéricos, a mais significativa categoria de omissão na jurisprudência da Corte Constitucional alemã¹¹⁶, é de se admitir tanto um controle principal ou direto, como

115 Sobre esse conceito, cf. Hoffmann-Riem, Wolfgang. *Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweiaktverfahren*, DVBl. 1971, p. 842.

116 BVerfGE 15, 46 (76); 22, 329 (362); 23, 1 (10); 25, 101 (110); 32, 365 (372); 47, 1 (83); 52, 369 (379).

um controle incidental, uma vez que existe aqui norma que pode ser objeto de exame judicial¹¹⁷.

Embora a omissão do legislador não possa ser, enquanto tal, objeto do controle abstrato de normas¹¹⁸, não se deve excluir a possibilidade de que, como já mencionado, essa omissão venha a ser examinada no controle de normas.

Dado que no caso de uma omissão parcial há uma conduta positiva, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato¹¹⁹.

Tem-se, pois, aqui uma *relativa*, mas inequívoca *fungibilidade* entre a ação direta de inconstitucionalidade e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos o de controle de normas e o de controle da omissão acabam por ter formal e substancialmente o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.

Essa peculiaridade restou evidenciada na ADIn n.º 526, oferecida contra a Medida Provisória n.º 296, de 1991, que concedia aumento de remuneração a segmento expressivo do funcionalismo público, em alegado desrespeito ao disposto no art. 37, X, da Constituição¹²⁰.

É certo que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão inconstitucional. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, tal como já admitido pelo *Bundesverfassungsgericht* em algumas decisões.

Portanto, a principal problemática da omissão do legislador situa-se menos na necessidade da instituição de determinados processos para o controle da omissão legislativa do que no desenvolvimento de fórmulas que permitam superar, de modo satisfatório, o estado de inconstitucionalidade.

117 Cf., a propósito, Gusy, Cristoph. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 152, nota 34.

118 FRIESENHAHN, Ernst. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 65.

119 GUSY, Cristoph. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 152.

120 ADIn n. 526, Relator: Ministro Sepúlveda PERTENCE, RTJ n.145, p. 101 (112-113).

Em julgado mais moderno, também relativo à suposta exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, o Supremo Tribunal Federal vem de afirmar que não caberia à Corte converter a ação direta de inconstitucionalidade em ação de inconstitucionalidade por omissão. Tratava-se de arguição na qual se sustentava que o ato da Receita Federal, ao não reconhecer a não incidência do imposto (IPMF) apenas quanto a movimentação bancária ocorrida nas aquisições de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos promovidas pelas empresas jornalísticas, estaria impondo a exigência do imposto relativamente às demais operações financeiras de movimentação e transferência praticadas por essas empresas, em operações vinculadas à feitura do jornal, livros e periódicos, tais como pagamentos a fornecedores de outros insumos, pagamentos de mão-de-obra e serviços necessários à confecção do jornal (...) ¹²¹.

“Configurada hipótese de ação de inconstitucionalidade por omissão, em face dos termos do pedido, com base no § 2º do art. 103 da Lei Magna, o que incumbe ao Tribunal afirma o Relator, Ministro Néri da Silveira é negar curso à ação direta de inconstitucionalidade ut art. 102, I, letra “a”, do Estatuto Supremo”. Na mesma linha de argumentação, concluiu o Ministro Sepúlveda Pertence que “o pedido da ação direta de inconstitucionalidade de norma é de todo diverso do pedido da ação de inconstitucionalidade por omissão o que tornaria inadmissível a conversão da ação de inconstitucionalidade positiva, que se propôs, em ação de inconstitucionalidade por omissão de normas” ¹²².

Ao contrário do afirmado na referida decisão, o problema, tal como já amplamente enfatizado, não decorre propriamente do pedido, até porque, em um ou em outro caso, tem-se sempre um pedido de declaração de inconstitucionalidade. Em se tratando de omissão, a própria norma incompleta ou defeituosa há de ser suscetível de impugnação na ação direta de inconstitucionalidade, porque é de uma norma alegadamente inconstitucional que se cuida, ainda que a causa da inconstitucionalidade possa residir na sua incompletude.

121 ADIn n. 986, Relator: Ministro Néri da Silveira, DJ, 08.04.94.

122 ADIn n. 986, Relator: Ministro Néri da Silveira, DJ, 08.04.94.

Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (*declaração de nulidade*) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio licitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados.

A técnica da declaração de nulidade, concebida para eliminar a inconstitucionalidade causada pela intervenção indevida no âmbito de proteção dos direitos individuais, mostra-se insuficiente como meio de superação da inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa.

Portanto, a questão fundamental reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de uma técnica de decisão apropriada para superar as situações inconstitucionais propiciadas pela chamada omissão legislativa.

É fácil ver, assim, que a introdução de um sistema peculiar para o controle da omissão e o entendimento de que, em caso de constatação de uma ofensa constitucional em virtude da omissão do legislador, independentemente do processo em que for verificada, a falha deve ser superada, mediante ação do órgão legiferante, colocaram os pressupostos para o desenvolvimento de uma declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, também no Direito brasileiro.

VI. Conclusões

I — Com a ampliação do rol de entes legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a adoção da ação declaratória de constitucionalidade, cuja decisão possui os atributos da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, embora misto, possui assento predominante no modelo concentrado.

II — A prática de concessão de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade haveria de ver-se temporalmente limitada com o escopo de impor a decisão definitiva de mérito requerida pelo interesse público no controle de constitucionalidade, sob pena de consolidar-se faticamente o juízo liminar.

III — O controle de constitucionalidade dos regulamentos haveria de exigir a elaboração de processo constitucional específico. O controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal poderia vir a encontrar instrumento eficaz no incidente de inconstitucionalidade. No mesmo passo, emanações do princípio da segurança jurídica estariam a determinar mitigação dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade.

IV — Nosso modelo de controle abstrato de normas com ampla legitimação e possibilidade de impugnação quase ilimitada do direito federal e estadual, recomenda a adoção de institutos que mitiguem os efeitos danosos para a segurança jurídica advenientes da declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*. Não só o desfazimento de situações jurídicas consolidadas, mas também a necessidade de desembolso de recursos para pagamento ou eventual repetição daquilo que se recebeu *indevidamente* ocasionam instabilidades sérias ou traumas de proporções incomensuráveis. Assim, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

V — No controle incidental, afigura-se obsoleto o instituto da suspensão da execução da lei ou ato normativo inconstitucional pelo Senado Federal. No mesmo passo, tem-se como heterodoxa a utilização da ação civil pública como instrumento de controle de normas. Não obstante, o incidente de inconstitucionalidade poderia vir a permitir a imediata e definitiva solução da controvérsia constitucional agitada em sede de ação civil pública.

VI — Admitida a utilização da ação civil pública, como instrumento adequado de controle de constitucionalidade, tem-se *ipso jure* a outorga à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal. É que, como visto, a decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pela Excelsa Corte no caso concreto tem, necessária e inevitavelmente, eficácia *inter partes*, dependendo a sua extensão de atuação do Senado Federal. As especificidades do modelo brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade, o seu caráter excepcional, o restrito deferimento dessa prerrogativa, no que se

refere à aferição de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal apenas ao Supremo, a legitimação restrita para provocação do Supremo somente os órgãos e entes referidos no art. 103 da Constituição estão autorizados a instaurar o processo de controle, a dimensão política inegável dessa modalidade, tudo leva a infirmar a possibilidade de que se proceda ao controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição no âmbito da ação civil pública.

VII — O incidente de inconstitucionalidade serviria para antecipar as decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da *interpretação autêntica* do Supremo Tribunal Federal. A experiência histórica recente demonstra que, muitas vezes, temas polêmicos acabam sendo decididos de maneira açodada por juízes e tribunais ordinários, que optam por declarar a inconstitucionalidade de normas, reconhecidas, posteriormente, como legítimas pelo Supremo Tribunal Federal. O instituto proposto oferece ainda solução adequada para a difícil questão do controle de constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Federal. Os embaraços que se colocam à utilização da ação direta de inconstitucionalidade contra a lei municipal perante o Supremo Tribunal Federal, até mesmo pela impossibilidade de se apreciar o grande número de atos normativos comunais, poderão ser afastados com a introdução desse instituto, que permitirá ao Supremo Tribunal Federal conhecer das questões constitucionais mais relevantes provocadas por atos normativos municipais.

VIII — Por fim, o controle da omissão estaria a exigir da dogmática constitucional pátria o desenvolvimento de técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, de modo a assegurar maior força normativa à Constituição e, particularmente, às exigências dos direitos individuais. A cassação da norma inconstitucional (*declaração de nulidade*) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio lícitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados. A técnica da declaração

de nulidade, concebida para eliminar a inconstitucionalidade causada pela intervenção indevida no âmbito de proteção dos direitos individuais, mostra-se insuficiente como meio de superação da inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa. É fácil ver, assim, que a introdução de um sistema peculiar para o controle da omissão e o entendimento de que, em caso de constatação de uma ofensa constitucional em virtude da omissão do legislador, independentemente do processo em que for verificada, a falha deve ser superada, mediante ação do órgão legiferante, colocaram os pressupostos para o desenvolvimento de uma declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, também no Direito brasileiro.

ANEXO I

QUADRO SINÓTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL*
(Situação em 30.8.1991)

PAÍS	INSTITUIÇÃO	INÍCIO DA ATIVIDADE	PROVOCAÇÃO POR PARTICULARES
EUA	US Supreme Court, Washington	1803	sim (<i>processo inter-partes</i>)
Alemanha	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), Karlsruhe	1951	sim
Áustria	Verfassungsgerichtshoff (Tribunal Constitucional), Viena	1920	sim
Itália	Corte Costituzionale, Roma	1956	não
Suíça	Schweizerisches Bundesgericht (Tribunal Federal Suíço), Lausanne	1874	sim
Espanha	Tribunal Constitucional, Madrid	1980	sim
Portugal	Tribunal Constitucional, Lisboa	1983	sim (<i>interpartes</i>)
França	Conseil Constitutionnel, Paris	1958	não
Bélgica	Cour d'arbitrage, Bruxelas	1984	sim
Turquia	Anayasa Mahkemesi (Tribunal Constitucional), Ankara	1962	não
Grécia	Anotaton Eidikon dikasterion (Supremo Tribunal Especial), Atenas	1975	não
Irlanda	Supreme Court, Dublin	1961	sim (<i>interpartes</i>)
Iugoslávia	Ustavni sud Jugoslavije (Tribunal Constitucional), Belgrado	1963	não
Polónia	Tribunal Konstytucyjony, Varsóvia	1986	não
Hungria	Magyar Köztársaság Alkotmánybíróság (Tribunal Constitucional), Budapeste	1990	sim
União Soviética	Komitet konstitucionnogo nadzora SSSR (Comité Constitucional), Moscou	1990	não
República Tcheca e Eslovaca	Ustavni soud CSFR (Tribunal Constitucional), Brunn	1991	sim
Bulgária	Konstitucionnijats'd (Tribunal Constitucional), sede ainda não determinada	1991	não

CEDH	Comissão Europeia para os Direitos Humanos, Strassburg	1954	sim
TEDH	Tribunal Europeu para os Direitos Humanos, Strassburg	1959	não
CIDH	Comissão Interamericana para os Direitos Humanos, Washington	1960	sim
TIDH	Tribunal Interamericano para os Direitos Humanos, San José	1979	não
CADHP	Comissão Africana de Direitos dos Homens e dos Povos, Banjul	1987	sim
UN-CDH	UN-Comissão para os Direitos Humanos, Genf/New York	1977	sim

* Extraído de Zierlein, *Verfassungsgerichtsbarkeit im Überblick*, Eu GRZ 1991, Seite 341.

ANEXO II

QUADRO SINÓTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
(situação em 30.8.91)

(continuação)

País	Processo de Controle de Normas	Atuação de Ofício	Número de Membros	Tempo de Permanência	Limite de Idade	Recondução	Voto em Separado
EUA	não	não	9	Vitalício	Vitalício	Vitalício	sim
Alemanha	sim	não	16	12 anos	68 anos	não	sim
Áustria	sim	sim	14 + 6 supl.	Vitalício	70 anos	Vitalício	não
Itália	não	não	15	9 anos	não	não	não
Suíça	sim	não	30 + 3 supl.	6 anos	não (70)	sim	não
Espanha	sim	não	12	9 anos	não	sim, embora não imediata	sim
Portugal	sim	não	13	6 anos	não	sim	sim
França	sim	sim	9 nomeados (+ ex-PR)	9 anos	não	não	não
Bélgica	sim	não	12	Vitalício	Vitalício	Vitalício	não
Turquia	sim	não	11 + 4 supl.	Vitalício	65 anos	Vitalício	sim
Grécia	sim	não	13	Vitalício	67 anos	Vitalício	não
Irlanda	sim	não	5	Vitalício	72 anos	Vitalício	sim
Iugoslávia	sim	sim	13	8 anos	não	não	não
Polônia	sim	não	12	8 anos	não	não	sim
Hungria	sim	sim	15	9 anos	70 anos	sim	sim
União Soviética	sim	sim	27	10 anos	não regulado	não regulado	sim
República Tcheca e Eslovaca	sim	não	12	7 anos	não regulado	não regulado	não regulado
Bulgária	sim	não	12	9 anos	não regulado	não	não regulado
CEDH	não	não	23	6 anos	não	sim	sim
TEDH	não	não	25	9 anos	não	sim	sim
CIDH	não	sim	7	4 anos	não	sim (1x)	sim
TIDH	não	não	7	6 anos	não	sim (1x)	sim
CADHP	não	sim	11	6 anos	não	sim	não
UN-CDH	não	não	18	4 anos	não	sim	sim

ANEXO III

Período: outubro/88 — agosto/96
Universo da pesquisa: 1507 ADIN

	NÚMERO DE ADINs
PEDIDO LIMINAR	975
NÃO CONHECIDA / SEM PEDIDO LIMINAR	532
NÚMERO TOTAL	1507

	DEFERIDOS	INDEFERIDOS	NÃO APRECIADOS
PEDIDO LIMINAR	594	355	26

ADINs COM LIMINAR DEFERIDA		
JULGADAS DEFINITIVAMENTE*	COM CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR	63
	COM REVOGAÇÃO PARCIAL OU TOTAL	20
PENDENTES DE JULGAMENTO		508
TOTAL		591

* Após a concessão da liminar, 3 (três) ADINs não foram conhecidas

ANEXO IV

REQUERENTES	1988*	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996*	total parcial
PRESIDENTE DA REPÚBLICA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
MESA DO SENADO FEDERAL	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
GOVERNADOR DE ESTADO	2	60	102	56	49	45	32	62	18	496
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA	191	22	62	67	64	46	68	49	7	576
CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL	1	4	9	3	3	6	3	6	7	42
PARTIDO POLÍTICO	2	12	30	37	25	13	29	44	33	225
CONFEDERAÇÃO SIND. OU ENT. DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL	6	54	50	64	23	50	66	47	43	403
MESA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA	-	3	1	7	4	1	1	3	22	42
OUTROS	-	5	-	2	1	1	1	4	18	32
TOTAL GERAL	202	160	254	236	169	162	200	215	148	1.746

* a estatística considera as Rps e as ADIms
 ** até agosto de 1996.

CONTORNOS CONSTITUCIONAIS DA PROPRIEDADE PRIVADA*

Gustavo Tepedino

1. Notas introdutivas. 2. A disciplina da propriedade entre o Código Civil e a Constituição. Multiplicidade de estatutos e programação. 3. Técnica constitucional e tutela da pessoa na disciplina da propriedade. 4. Incerteza da doutrina e eficácia do projeto constitucional. Em busca de uma hermenêutica civil — constitucional em tema de propriedade. 5. Variedade e relatividade da noção de propriedade. O significado constitucional da função social. 6. Função social da propriedade e interesses não proprietários. A propriedade como relação jurídica complexa. A questão do conteúdo mínimo. Os chamados contra-direitos ou situações reflexas: crítica. Conclusão.

I. A Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 introduziu profundas transformações na disciplina da propriedade, no âmbito

* O texto, publicado originariamente sob o título *Contorni della proprietà nella Costituzione brasiliana del 1988*, in *Rassegna del diritto civile*, 1991, n. 1, p. 96 a 119, foi traduzido para o português com a colaboração do Dr. César Gonçalves da Silva, a quem o autor agradece.