

## O CONTROLE INCIDENTAL DE NORMAS NO DIREITO BRASILEIRO

GILMAR FERREIRA MENDES

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Pressupostos de admissibilidade do controle concreto: 2.1 Requisitos subjetivos; 2.2 Requisitos objetivos - 3. O controle incidental de normas no Supremo Tribunal Federal: 3.1 Considerações preliminares; 3.2 O papel do Senador Federal; 3.3 A suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988 - 4. Notas peculiares sobre o controle incidental na Constituição de 1988: 4.1 Considerações preliminares; 4.2 A ação Civil Pública como instrumento de controle de constitucionalidade; 4.3 Incidente de inconstitucionalidade - 5. Conclusões.

### 1. Introdução

Consagrou-se, nos albores do regime republicano, o modelo difuso do controle de constitucionalidade. Em 1934, procedeu-se à introdução da ação direta, como procedimento preliminar do processo interventivo. E, somente em 1965, com a adoção da representação de inconstitucionalidade, passa a integrar o nosso sistema a modalidade de controle abstrato de normas (Emenda 16/65 à Constituição de 1946). No âmbito da unidade federada, a Constituição de 1967/1969 estabeleceu a representação de lei municipal, pelo chefe do Ministério Público local, tendo em vista a intervenção estadual (art. 15, § 3.º, d). Finalmente, a Emenda 7, de 1977, outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, completando, assim, o *instrumentarium* do controle de constitucionalidade no Direito pátrio.

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, satisfiz-se 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 inconstitucionalidade.<sup>1</sup>

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-se reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar *instrumento de correção* do sistema geral incidente.

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 controvérsias.<sup>2</sup>

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.

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 subjetivas.<sup>3</sup>

A Emenda Constitucional 03, de 17.03.1993, 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 possui-

<sup>(1)</sup> 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.

<sup>(2)</sup> ANSCHÜTZ, Gerhard. *Verhandlungen des 34. Juristentags*. Berlin e Leipzig, 1927, Vol. II, p. 208.

<sup>(3)</sup> HÄBERLE, Peter. *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, In: HÄBERLE, Peter. *Verfassungsgerichtsbarkeit Darmstadt*, 1976, p. 1 (14).

rá 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.

Assim, ao lado do amplo sistema difuso, que outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei *in concreto* (CF 1988, art. 97, art. 102, III, *a a c*, art. 105, II *a a b*) e dos novos institutos do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do *habeas data* e da ação civil pública, consagra-se, no sistema constitucional brasileiro:

a) a ação direta de inconstitucionalidade do direito federal e do direito estadual em face da Constituição, mediante provocação dos entes e órgão referidos no art. 103 da Constituição;

b) a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição Federal, mediante provocação do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República;

c) a representação interventiva, formulada pelo Procurador-Geral da República, contra norma constante do direito estadual considerada afrontosa dos chamados princípios sensíveis.

É portanto, nesse novo contexto, que se há de apreciar o controle incidental ou concreto de normas.

Como se sabe, adotou-se, entre nós, de início, o modelo difuso de declaração de inconstitucionalidade.<sup>4</sup> O Decreto 848,

<sup>(4)</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 99; BARBI, Celso Agrif-

de 11.10.1890, consagrava que "na guarda e aplicação de Constituição e das leis nacionais, a magistratura só intervirá em espécie e por provocação da parte". o desenvolvimento posterior veio a consolidar essa tendência, como se depreende do disposto nos arts. 59, § 1.º, *a e b*, e 60 da Constituição de 1891, o no art. 13, § 10, da Lei de Organização da Justiça Federal (Lei 221, de 20.11.1894). A reforma de 1926 não introduziu modificação significativa nesse âmbito, limitando-se a restringir o acesso ao Judiciário nas questões políticas.<sup>5</sup>

A matéria não sofreu alterações profundas nos textos subsequentes.

A declaração de inconstitucionalidade por via de exceção se erigiu, inicialmente, em dogma do regime republicano. A "inconstitucionalidade - ensinava Rui - não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute",<sup>6</sup> uma vez que "o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política não se deve pleitear

cola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. in *RDP*, 1(4):37; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das constituições rígidas*. 2. ed., São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 156.

<sup>(5)</sup> O art. 60 da Constituição recebeu nova redação, estabelecendo, no seu § 5.º que "nenhum recurso judiciário é permitido para a justiça federal, ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração de estado de sítio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade, a perda de mandato aos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo".

<sup>(6)</sup> BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 82.

por ação de direta ou principal".<sup>7</sup> E, dentre os requisitos elementares ao exercício do controle de constitucionalidade, no Direito brasileiro, reputava imprescindível, "que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não alvo, do libelo."<sup>8</sup>

Essa concepção ortodoxa sofreu profunda modificação na sua própria matriz, conforme demonstra George Jaffin no artigo intitulado "Evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos."<sup>9</sup> A ampla utilização da *injunction* como técnica do controle de constitucionalidade permitiu que se atenuassem, significativamente, as exigências para obter "uma declaração judicial sobre a validade da lei", ensejando a propositura de ações visando a impedir que determinado agente oficial desse execução a uma lei inconstitucional.<sup>10</sup> Admitia-se, como observado por Benjamin Cardozo, "que o prejudicado chorasse antes de sentir dor".<sup>11</sup> O reconhecimento da legitimidade da ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade outorgou maior flexibilidade ao sistema,

superando a exigência de uma contro-  
vêrsia ou de um contraditório rígido e nem sempre autêntico.<sup>12</sup>

Entre nós, a instituição das garantias constitucionais, do *habeas corpus* e do mandado de segurança individual e coletivo ampliou, significativamente, a chamada via de defesa ou de exceção contra o ato ou omissão eivado de inconstitucionalidade, admitindo-se, inclusive, a utilização desses remédios em caráter preventivo.<sup>13</sup> Reconheceu-se, igualmente, a legitimidade da ação declaratória como instrumento processual hábil a obter a pronúncia de inconstitucionalidade de lei ou ato desconforme com a ordem constitucional.<sup>14</sup> A ação popular passa a constituir, também, forma judicial idônea para provocar o controle jurisdicional da constitucionalidade.<sup>15</sup>

Não se cuida mais, ou exclusivamente, de simples defesa contra a aplicação de um ato inconstitucional, tal como inicialmente definido por Lúcio Bittencourt,<sup>16</sup> ou de alegação de inconstitucio-

<sup>(12)</sup> Nashville C. and St. Louis Railway vs. Wallace 288 U.S. 249. Cf. Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 101. Alfredo Buzaid, *Da ação direta*, cit., p. 27-9; Jaffin. *Evolução*. *RF*, cit., p. 290-1; Eduardo Jiménez Arechaga. A ação declaratória de inconstitucionalidade na Constituição uruguaia de 1934. *RF*, 86:293-300.

<sup>(13)</sup> Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 101 e 105-10; Alfredo Buzaid, "Juicio de amparo" e mandado de segurança, *Revista de Direito Processual Civil*, 5:69; Celso Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 58-60.

<sup>(14)</sup> Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 102-5.

<sup>(15)</sup> Cf., a propósito, José Afonso da Silva, *Ação popular constitucional*; doutrina e processo, São Paulo: Ed. RT, 1968, p. 125-30.

<sup>(16)</sup> *O controle jurisdicional*, cit., p. 97; cf., a propósito, Celso Bastos, *Curso*, cit., p. 58.

<sup>(7)</sup> BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais...* In *Trabalhos jurídicos*, cit., p. 81.

<sup>(8)</sup> BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais...* In *Trabalhos jurídicos*, cit., p. 95, e *O Direito do Amazonas ao Acre septentrional*. Rio de Janeiro: *Jornal do Commercio*, 1910, v. 1, p. 103.

<sup>(9)</sup> *RF* 86:285 *et. seq.*

<sup>(10)</sup> Jaffin. *Evolução*. *RF*, cit., p. 287 e 281; Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 101; Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958, p. 24-6.

<sup>(11)</sup> Apud Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 101.

nalidade emanada de pessoa cujos direitos tenham sido ofendidos pela lei, como preconizado por Buzaid.<sup>17</sup>

As revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário. “É mister – diz Lúcio Bittencourt – que se trate de uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva”.<sup>18</sup>

Anote-se que não se faz imprescindível a alegação dos litigantes, podendo o juiz do tribunal recusar-lhe aplicação, a despeito do silêncio das partes.<sup>19</sup>

Convém ressaltar que a distinção consagrada na doutrina entre os controles “abstrato” e “concreto”, ou entre controle por via de ação e controle por via de exceção, não tem a relevância teórica que, normalmente, se lhe atribui.

Nos modelos concentrados, a diferenciação entre controle concreto e abstrato assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade (*Zulässigkeitsvoraussetzungen*). O controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta, constituindo a relevância da decisão (*Entscheidungserheblichkeit*) pressuposto de admissibilidade.<sup>20</sup> O chamado controle abstrato, por

(17) *Da ação direta*, cit., p. 24.

(18) Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 111-12; cf., sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 1986, p. 975.

(19) Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 113.

(20) Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*; Stellung Verfahren, Entscheidungen, 3. ed., München, C. H. Beck, 1994, p. 92;

seu turno, não está vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer outro evento do cotidiano (*Lebensvorgang*).<sup>21</sup> Schlaich ressalta a equivocidade desses conceitos, porquanto o controle realizado, a decisão proferida e as conseqüências jurídicas são verdadeiramente abstratas, na medida em que se processam independentemente do feito originário. Em outros termos, o controle e o julgamento levados a efeito pelo tribunal estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo, por isso, conseqüências jurídicas idênticas.<sup>22</sup>

Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura “antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre

Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht, die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, 3. ed., München, C. H. Beck, 1991, p. 202; cf., também, Mauro Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, 2. ed., Milano, Giuffrè, 1972, p. 4-10; Piero Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, in *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1968, v. 3, p. 373 e *et seq.*; Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Mulino, 1979, p. 84 *et seq.*

(21) Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 92; Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 202; Hartmut, Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in Christian Starck (org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1. Aufl., Tübingen, Mohr, 1970, v. 1, p. 296; Theodor Maunz et al., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*; Kommentar, München, C. H. Beck, Okt. 1985, § 13, 58.

(22) Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 91-92; cf. Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 31. (1) e (2) (efeito vinculante e geral), e 78 (nulidade).

a existência ou inexistência de relação jurídica”.<sup>23</sup>

Como observado, a Constituição de 1934 consagrou a competência do Senado Federal para suspender a execução de qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 91, IV, c/c o art. 96). E, no art. 179, condicionou a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais ao sufrágio da maioria absoluta.

Tais modificações são reveladoras de uma nítida diferenciação no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

Embora preservasse a competência do juiz singular para apreciar a questão constitucional, o constituinte estabelecia pressupostos para a declaração de inconstitucionalidade das leis pelos tribunais. Em verdade, o anteprojeto da comissão constitucional atenuava ou até retirava o caráter difuso da declaração de inconstitucionalidade da lei federal concentrando no Supremo Tribunal a decisão final.

A proposta foi rejeitada, introduzindo-se, em seu lugar, a exigência do *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade.

Subordinou-se a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal que declarasse a inconstitucionalidade da lei ou ato, à resolução do Senado Federal (art. 91, IV).

Essa atribuição reconhecida ao Senado mereceu crítica de Araújo Castro, que entendia indevido o deslocamento da matéria da esfera judiciária.<sup>24</sup> Ressalte-

(23) BUZAIID, Alfredo. “Juicio de amparo” ..., *Revista de Direito Processual Civil*, cit., p. 69. Cf., também, Zagrebelsky, *La giustizia*, cit., p. 84; Mauro Cappelletti, *La pregiudizialità*, cit., p. 4-10.

(24) CASTRO, Araújo. *A nova Constituição brasileira*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p. 247.

se que, na Assembléia Constituinte, o deputado Godofredo Vianna apresentou emenda do seguinte teor: “Sempre que o Supremo Tribunal declarar, em mais de um aresto, a inconstitucionalidade de uma lei, está será considerada como inexistente. O Procurador-Geral da República fará publicar a última decisão no órgão oficial da União e no Estado, a fim de que comece a obrigar nos prazos estabelecidos pela lei civil.”<sup>25</sup>

Não obstante, o sistema de declaração de inconstitucionalidade por todos os juízes e tribunais, exigida, no caso destes, a observância do *quorum* especial, e a suspensão pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional, pelo Supremo Tribunal, foram incorporados pela Constituição de 1946 (arts. 101, III, *b* e *c*, 200 e 64), pela Constituição de 1967/1969, (arts. 119, III, *a, b, c*, 116, e 42, VII) e pela Constituição de 1988 (CF, art. 97 e 52, X).

## 2. Pressupostos de admissibilidade do controle concreto

### 2.1 Requisitos subjetivos

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência.<sup>26</sup> A decisão, “que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito”,<sup>27</sup> tem o condão, apenas, de

(25) CASTRO, Araújo. *A nova Constituição*, cit., p. 247.

(26) Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 36-7 e 46.

(27) BASTOS, Celso. Curso, cit., p. 59; BUZAIID, Alfredo. “Juicio de amparo” ..., *Revista de Direito Processual Civil*, cit., p. 69.

afastar a incidência da norma viciada. Daí, recorrer-se à suspensão de execução pelo Senado de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (CF 1967/1969, art. 42, VII).<sup>28</sup>

A questão de constitucionalidade há de ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida *ex officio* pelo juiz ou tribunal.<sup>29</sup> Todavia, perante o tribunal, a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser pronunciada “pelo voto da maioria absoluta de seus membros do órgão especial”, disciplinado no art. 144, V, da Constituição de 1967/1969.<sup>30</sup>

A exigência de maioria absoluta dos votos para a declaração de inconstitucionalidade de leis pelos tribunais, introduzida pela Carta de 1934 (art. 179) e reproduzida nas subseqüentes (CF de 1937, art. 96; CF de 1946, art. 200; CF de 1967/1969, art. 116; CF 1988, art. 97), deu ensejo a acesa polêmica sobre a possibilidade de o juiz singular pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade.<sup>31</sup> Prevaleceu, todavia, o entendimen-

(28) O ordenamento constitucional de 1988 manteve inalterada essa orientação (CF 1988, art. 52, X). A amplitude emprestada ao controle abstrato de normas e a adoção de novos institutos, como o mandado de injunção, permitem indagar se não seria mais coerente reconhecer eficácia *erga omnes* à pronúncia de inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Não há dúvida de que já não mais subsistem as razões que determinaram a adoção desse instituto pelo Direito Constitucional brasileiro.

(29) Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 113.

(30) Esse princípio foi mantido na Constituição de 1988 (art. 97).

(31) Patrocínio (Minas Gerais). Juízo de Direito da Comarca. *Inconstitucionalidade das leis...*, Por Martins de Oliveira, RF, 65:170;

to que afirmava a competência do juiz singular para apreciar a controvérsia constitucional.<sup>32</sup>

## 2.2 Requisitos objetivos

Inexiste uma disciplina minudente da questão constitucional, no controle *incidenter tantum*.

O Decreto 848, de 1890, consagrou fórmula segundo a qual, “na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte”. E a Lei de Organização da Justiça Federal estabeleceu, no art. 13, § 10, que “os juízes e tribunais não aplicarão aos casos ocorrentes as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais”. Os textos magnos passaram a exigir, a partir de 1934, que a declaração de inconstitucionalidade, nos tribunais, somente haveria de ser proferida pelo voto da maioria absoluta dos juízes.

A *questão constitucional* mereceu pouca atenção do legislador. A exigência quanto à declaração de inconstitucionalidade dos atos manifestamente inconstitucionais não foi recebida pela legislação subseqüente, tendo-se assentado, entre nós, como regra de bom aviso, que recomenda ao juiz um mínimo de *self-restraint*.<sup>33</sup> Esse postulado

Vicente Chermont Miranda, *inconstitucionalidade e incompetência do Juiz singular*, RF, 92:582; Alcides de Mendonça Lima, *Competência para declarar a inconstitucionalidade das leis*, RF, 123:347 e 352.

(32) Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 36-8; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Teoria*, cit., p. 161-2.

(33) Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 115-16; Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do controle de constitucionalidade*, Rio de Janeiro : Forense, 1966, p. 81-4; cf., também, a crítica de José de Castro Nunes,

conjugue-se, normalmente, com a máxima segundo a qual “o juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade, toda vez que, sem isso, possa julgar a causa e restaurar o direito violado”.<sup>34</sup> Sem infirmar a valia desse princípio como referencial da autolimitação para o juiz, deve-se reconhecer que o Supremo Tribunal Federal já não lhe empresta adesão, conforme se depreende do disposto no art. 176 do Regimento Interno. Anteriormente, já havia sustentado Lúcio Bittencourt que, “sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa, não deve os tribunais fugir à tese”.<sup>35</sup>

O Código de Processo Civil de 1939 não continha disciplina específica sobre o controle de constitucionalidade.

A Lei Processual de 1973 introduziu, nos arts. 480 e 482, breve disciplina do controle de constitucionalidade *incidenter tantum*, exercido por órgãos fracionários dos tribunais.<sup>36</sup> Argüida, a qualquer tempo, a questão, o relator deverá submetê-la à Turma ou à Câmara competente para julgar o processo, após a audiência do órgão do Ministério Público (art. 480). Rejeitada a questão, terá prosseguimento o feito; acolhida, há de ser lavrado o acórdão a fim de ser submetida ao Tribunal Pleno (art. 481).

*Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro : Forense, 1943, p. 591.

(34) Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 116-18.

(35) Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 118.

(36) José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro : Forense, 1973, v. 5, p. 41; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro : Forense, 1975, v. 6, p. 79. *et seq.*

A argüição de inconstitucionalidade poderá ser rejeitada, no órgão fracionário, por *inadmissível* ou *improcedente*:

a) a questão há de envolver ato de natureza normativa a ser aplicado à decisão da causa, devendo ser rejeitada a argüição de inconstitucionalidade de ato que não tenha natureza normativa o não seja oriundo do Poder Público.<sup>37</sup>

b) a questão de inconstitucionalidade há de ser relevante para o julgamento da causa, afigurando-se “inadmissível a argüição impertinente, relativa a lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa”.<sup>38</sup>

c) a argüição será improcedente, se o órgão fracionário, pela maioria de seus membros, rejeitar a alegação de desconformidade da lei com a norma constitucional.

O pronunciamento do órgão fracionário, pela rejeição ou acolhimento da argüição de inconstitucionalidade, é irreversível.<sup>39</sup> Rejeitada a argüição, “prosseguirá o julgamento”, podendo o órgão fracionário aplicar à espécie a lei ou ato normativo acoimado de inconstitucional.

Acolhida a argüição, que poderá ser por maioria simples, “será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno” (art. 481), ou ao órgão especial (CF 1988, art. 97).<sup>40</sup> Dá-se “a cisão funcional da competência: ao Plenário caberá pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, depois,

(37) Moreira, *Comentários*, cit., p. 48.

(38) Moreira, *Comentários*, cit., p. 46; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 82.

(39) Cf. Súmulas 293 e 513 e STF.

(40) Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 82.

à vista do que houver assentado o plenário, decidir a espécie".<sup>41</sup>

O Projeto de Lei 2.960, de 1997, encaminhado pelo Executivo ao Congresso Nacional, propõe alteração do art. 482 do CPC, para admitir que as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado e os titulares do direito de propositura, referidos no art. 103 da Constituição, exerçam direito de manifestação no incidente de inconstitucionalidade, assegurando-se-lhes o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. Ademais, o referido Projeto autoriza o Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.<sup>42</sup>

Tais providências conferem um caráter pluralista também ao processo incidental

<sup>(41)</sup> Moreira, *Comentários*, cit., p. 50.

<sup>(42)</sup> Projeto de Lei 2.960, de 1997: "Art. 29. Acrescentem-se os seguintes parágrafos ao art. 482 do CPC:

"§ 1.º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2.º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se por escrito, sobre a questão constitucional objeto da apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3.º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades."

de controle de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. A possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades representativas cria, outrossim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade.

Assente-se que o Plenário somente pode pronunciar-se sobre o que, efetivamente, foi acolhido pelo órgão fracionário, sendo-lhe defeso emitir juízo sobre a parte julgada inadmissível ou rejeitada pela Turma ou Câmara. A arguição de inconstitucionalidade será acolhida se lograr reunir a *maioria absoluta dos votos*, pelo menos em relação a um dos vários fundamentos. Do contrário, independentemente do resultado da votação, as conseqüências são as mesmas.<sup>43</sup>

A decisão do Plenário, que é irrecorrível,<sup>44</sup> vincula o órgão fracionário, no caso concreto, incorporando-se ao "julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável".<sup>45</sup> Publicado o acórdão, reinicia-se o julgamento da *questão concreta* perante o órgão fracionário.

Acentue-se que a aplicação do art. 97 da Constituição de 1988 obriga a que se proceda à juntada do acórdão proferida no Pleno ou no órgão especial sobre a inconstitucionalidade da lei, sob pena de, no caso de interposição de recurso de extraordinário, entender o STF que não pode conhecer do apelo extremo, por ausência de peça essencial para o julgamento definitivo. É o que se lê, v.g., no AgRegRE 158.540, da relatoria do eminente Min. Celso de Mello, no qual se acentua que "a ausência do acórdão plenário que reconheceu a ilegitimidade

<sup>(43)</sup> Moreira, *Comentários*, cit., p. 53.

<sup>(44)</sup> Súmula 513 do STF, cf., também, Súm. 293.

<sup>(45)</sup> Moreira, *Comentários*, cit., p. 54.

constitucional de atos normativos emanados do Poder Público impede - ante a essencialidade de que se reveste essa peça processual - que o Supremo Tribunal Federal aprecie, de modo adequado, a controvérsia jurídica suscitada".<sup>46</sup> A jurisprudência do Tribunal enfatiza não ser suficiente a transcrição do decidido pelo órgão especial ou pelo Plenário ou a juntada do voto condutor, porquanto "é no acórdão do Plenário que se há de buscar a motivação da decisão recorrida, com respeito à arguição de inconstitucionalidade".<sup>47</sup>

Ao contrário, se se trata de declaração incidente de constitucionalidade - e não de inconstitucionalidade - "o acórdão do Plenário que, decidindo incidente suscitado em outro processo, já houver resolvido no mesmo sentido, a prejudicial de inconstitucionalidade é mero precedente de jurisprudência, que não integra, formalmente, porém, a decisão da Câmara ou da Turma".<sup>48</sup> É que a competência para decidir pela constitucionalidade de lei é da turma.<sup>49</sup>

Outro ponto digno de nota, no que se refere à interpretação do art. 97 da Constituição, tem por base a necessidade ou não de se provocar o Plenário ou o órgão especial do Tribunal toda vez que se renovar, em outro caso, a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei que já teve a sua legitimidade discutida no âmbito do Tribunal. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, fixada a orientação do Pleno ou do órgão especial, nos termos do art. 97 da Constituição, em um caso qual-

quer, poderá o órgão fracionário decidir como de direito, devendo guardar observância daquela decisão.<sup>50</sup>

Em outros termos, um novo procedimento na forma do art. 97 da Constituição somente seria necessário no caso de uma mudança de orientação da parte do próprio Tribunal.

Questão interessante agitada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito à necessidade de se utilizar o procedimento previsto no art. 97 da Constituição, na hipótese de existir pronunciamento da Suprema Corte que afirme a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Em acórdão proferido no RE 190.728, teve a 1.ª Turma do STF a oportunidade de, por maioria de votos, vencido o Min. Celso de Mello,<sup>51</sup> afirmar a dispensabi-

<sup>(50)</sup> RE 190.728, Relator para acórdão: Min. Ilmar Galvão, DJ 30.05.1997.

<sup>(51)</sup> O voto do Min. Celso de Mello enfatiza os seguintes aspectos:

"O sistema de fiscalização incidental de constitucionalidade acha-se regido, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pelos arts. 176/177 e 101 de seu Regimento Interno, que foram recebidos, nesse ponto, pelo novo ordenamento constitucional, com força normativa de lei.

Tratando-se, no entanto, dos demais judiciais, o controle de constitucionalidade pelo sistema difuso está disciplinado pelos arts. 480 e 482 do CPC, em normas que, ao contrário do que prescreve o art. 101 do RISTF, não atribuem à decisão emanada do Plenário caráter vinculante fora do âmbito daquele específico processo em que foi suscitada, concretamente, a arguição incidental.

Daí, a observação feita por José Carlos Barbosa Moreira que, ao tratar do tema pertinente à eficácia da decisão plenária proferida no julgamento da questão pre-

<sup>(46)</sup> AgRegRE 158.540-4, Rel.: Min. Celso de Mello, DJ 23.05.1997, p. 21.375.

<sup>(47)</sup> AgRRE 164.569, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 04.02.1994, p. 923.

<sup>(48)</sup> AgRRE 149.478, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.04.1993, p. 6.926.

<sup>(49)</sup> AgRRE 161.475, Rel.: Min. Carlos Velloso, DJ 11.02.1994, p. 1.496.

lidade de se encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo Tribunal já se tenha

judicial de inconstitucionalidade, esclarece, com inteira propriedade, que:

“A decisão do plenário (ou do órgão especial), num sentido ou noutro, é naturalmente vinculativa para o órgão fracionário, no caso concreto. Mais exatamente, a solução dada à prejudicial incorpora-se no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável.

Nenhuma regra legal existe, porém, que a torne obrigatória *ad futurum*. Se a inconstitucionalidade foi declarada, o órgão fracionário não pode deixar de levá-la em conta ao decidir; mas, ressuscitada que seja a questão a propósito de *outro* recurso ou de *outra* causa da sua competência originária, ou devolvida por força do art. 475, fica o órgão fracionário, à luz do Código, livre de entender constitucional a mesma lei ou o mesmo ato e, sendo o caso, aplicar este ou aquele à nova espécie. Se não se declarou a inconstitucionalidade, nenhum dispositivo do Código obsta a que, noutro feito, volte a arguição a ser suscitada, acolhida pelo órgão fracionário e, eventualmente, pelo próprio tribunal pleno, ou pelo “órgão especial”. No plano da lei, a eficácia do pronunciamento é só intraprocessual.

Não há cogitar aqui de *auctoritas rei iudicatae*. O Código expressamente limita a extensão objetiva da coisa julgada ao julgamento da lide (art. 468) e exclui desse âmbito “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo” (art. 469, inc. III).” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1/42, item 37, 6. ed., 1993, Forense — grifei).

A disciplina ritual que reage a declaração incidental de inconstitucionalidade, especialmente no ponto em que se impunha a atuação do princípio da reserva de Plenário, não foi observada no caso presente. Como já foi enfatizado, o acórdão ora questionado nesta sede recursal extraordinária — e que veiculou *declaração de inconstitucionalidade* de ato de caráter legislativo — emanou de simples órgão

pronunciado sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei questionada.

É o que se pode depreender do voto proferido pelo Min. Ilmar Galvão, designado relator para o acórdão, *verbis*:

“Esta nova e salutar rotina que, aos poucos vai tomando corpo — de par com aquela anteriormente assinalada, fundamentada na esteira da orientação consagrada no art. 101 do RI/STF, onde está prescrito que ‘a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário’ — além de, por igual, não merecer a censura de ser afrontosa ao princípio insculpido no art. 97, da CF, está em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira.

Tudo, portanto, está a indicar que se está diante de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu

*fraccionário* do tribunal *a quo*, circunstância esta que faz transparecer, de modo evidente, o claro descumprimento, no caso em análise, do postulado constitucional da reserva de Plenário consagrado pelo art. 97 da Constituição.

Sendo assim, *conheço e dou provimento* ao recurso extraordinário fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição, para, *cassando o acórdão ora impugnado*, determinar que o órgão fracionário do Tribunal *a quo* — tendo presente a disciplina ritual fixada pelo CPC (art. 480/482) e, *sobretudo*, a regra inscrita no art. 97 da Carta Política, proceda como entender de direito (RE 190.728, DJ 30.05.1997).”

ajustamento às variações da realidade circunstancial.”<sup>52</sup>

Na ocasião, acentuou-se que referido entendimento fora igualmente adotado pela 2.<sup>a</sup> Turma, como consta da ementa do acórdão proferido no Ag. 168.149, da relatoria do eminente Min. Marco Aurélio: “Versando a controvérsia sobre o ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República — o Supremo Tribunal Federal — descabe o deslocamento previsto no art. 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do art. 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo.”<sup>53</sup>

Orientação semelhante vem de ser reiterada, em decisão recente, na qual se explicitou que “o acórdão recorrido deu aplicação ao decidido pelo STF nos RREE 150.755-PE e 151.764-PE”, não havendo necessidade, por isso, de a questão ser submetida ao Plenário do Tribunal.<sup>54</sup>

Em acórdão de 22.08.1997, houve por bem o Tribunal ressaltar, uma vez mais, que a reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se da presunção de constitucionalidade que os protege, somado a razões de segurança jurídica.

<sup>52</sup> DJ 30.05.1997.

<sup>53</sup> AgRegAI 168.149, Rel.: Min. Marco Aurélio, DJ 04.08.1995, p. 22.520.

<sup>54</sup> AgRegAI 167.444, Rel.: Min. Carlos Velloso, DJ 15.09.1995, p. 29.537.

Assim sendo, “a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos erga omnes, elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos posteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário”.<sup>55</sup>

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, ainda de forma tímida, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do STF, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever e observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

### 3. O controle incidental de normas no Supremo Tribunal Federal

#### 3.1 Considerações preliminares

A disciplina do controle incidental de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal sofreu significativa mudança. Traduzindo as concepções então vigentes, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 1940, consagrava, no art. 85, par. ún., que, “se

<sup>55</sup> RE 191.898, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.08.1997, p. 38.781.

por ocasião do julgamento de qualquer feito se verificar que é imprescindível decidir-se sobre a constitucionalidade ou não de alguma lei, ou de certa e determinada disposição nela contida, ou de ato do Presidente da República, o Tribunal, por proposta do Relator, ou de qualquer de seus membros, ou a requerimento do Procurador-Geral, depois de findo o relatório, suspenderá o julgamento para deliberar na sessão seguinte, preliminarmente, sobre a argüida inconstitucionalidade, como prejudicial.”

O art. 86 do Regimento previa que, se a argüição de inconstitucionalidade ocorresse perante qualquer das Turmas, competia ao Tribunal Pleno julgar a prejudicial de inconstitucionalidade da lei ou ato impugnado.

O Regimento do Supremo Tribunal Federal vigente consagra, no art. 176, que: “Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral.”

Não se enfatiza mais a imprescindibilidade do julgamento da questão para a decisão do caso concreto, afigurando-se suficiente a argüição de inconstitucionalidade. Nos processos de competência das Turmas, dar-se-á a remessa do feito ao julgamento de Plenário, em caso de relevante argüição de inconstitucionalidade (RISTF, art. 176, § 1.º, c/c o art. 6.º, II, a).

O julgamento da matéria exige *quorum* de oito ministros (RISTF, art. 143, par. ún.), somente podendo ser proclamada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito ou ato impugnado se, num ou noutro sentido, se tiverem manifestado seis ministros (RISTF, art. 173, *caput*, c/c o art. 143). No caso de

ausência de ministros em número que possa influir no julgamento, proceder-se-á à sua suspensão, aguardando-se o comparecimento dos ausentes (RISTF, art. 173, par. ún.), ou convocando-se ministros do Tribunal Federal de Recursos (RISTF, art. 40).

Não será declarada a inconstitucionalidade se não for alcançada a maioria de seis votos (RISTF, art. 173 c/c o art. 174). Declarada, porém, a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, serão comunicados os órgãos interessados, remetendo-se cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal, para os fins do disposto no art. 42, VII, da Constituição Federal de 1967/1969.

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, firmada nos termos do art. 178 do Regimento Interno, aplica-se a todos os casos submetidos às Turmas ou ao Plenário (RISTF, art. 103 c/c o art. 11, I, e II), assegurando-se, porém, a qualquer ministro, o direito de propor, em novos feitos, a revisão do entendimento assentado.

Evidentemente, no caso de declaração de inconstitucionalidade, essa revisão não mais deverá ocorrer após a comunicação da decisão ao Senado Federal.

Ou, ainda que isto se afigure possível, em hipóteses excepcionalíssimas, não produzirá nenhum efeito a revisão da jurisprudência, após a publicação da resolução suspensiva pelo Senado Federal. É este ato que atribui eficácia geral à declaração de inconstitucionalidade.

### 3.2 O papel do Senado Federal

A *suspensão da execução* pelo Senado Federal do ato declarado *inconstitucional* pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo *constituente* para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definiti-

vas sobre inconstitucionalidade. A aparente originalidade da fórmula tem dificultado o seu enquadramento dogmático. Discute-se, assim, sobre os efeitos e natureza da resolução do Senado Federal que declare suspensa a execução da lei ou ato normativo. Questiona-se, igualmente, sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado e sobre a abrangência das leis estaduais e municipais. Indaga-se, ainda, sobre a pertinência da suspensão ao pronunciamento de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, ou sobre a sua aplicação às decisões proferidas em ação direta.

Embora a doutrina pátria reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudências americanos, no sentido da *inexistência jurídica* ou da *ampla ineficácia* da lei declarada inconstitucional, não se indicava a razão ou o fundamento desse efeito amplo.<sup>56</sup> Diversamente, a não-aplicação da lei, no Direito norte-americano, constitui expressão do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores. Daí, ter-se adotado, em 1934, a suspensão de execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade. E, como observado, a engenhosa fórmula mereceu reparos na própria Assembléia Constituinte. O Dep. Godofredo Vianna pretendia que se reconhecesse, *v.g.*, a inexistência jurídica da lei, após o segundo pronunciamento do Supremo Tribunal sobre a inconstitucionalidade do diploma.<sup>57</sup>

<sup>(56)</sup> Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 141.

<sup>(57)</sup> Araújo Castro. *A nova Constituição brasileira*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p. 247. Cf. Ana Valdez Ayres Neves de Alencar. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*, Revista de Informação Legislativa, 15(57):234-7, jan/mar. 1978.

Mas, que efeitos há de se reconhecer ao ato do Senado que suspende a execução da lei inconstitucional?

Lúcio Bittencourt afirma que “o objetivo do art. 45, n. IV – a referência diz respeito à Constituição de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”.<sup>58</sup> Outros reconhecem que o Senado Federal pratica *ato político* que “confere efeito geral ao que era particular (...), generaliza os efeitos da decisão”.<sup>59</sup>

O Supremo Tribunal Federal parece ter admitido que o ato do Senado empresta eficácia genérica a decisão definitiva. Assim, a suspensão teria o condão de dar alcance normativo ao julgado da Excelsa Corte.<sup>60</sup>

Mas, qual a dimensão dessa eficácia ampla? Seria a de reconhecer efeito retroativo ao ato do Senado Federal?

Também aqui não se logram sufrágios unânimes.

Themístocles Cavalcanti responde negativamente, sustentando que a “única solução que atende aos interesses de ordem pública é que a suspensão produzirá os seus efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas

<sup>(58)</sup> Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 145.

<sup>(59)</sup> Paulo Brossard. O senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, 13 (50):61; cf. Josaphat Marinho, O art. 64 da Constituição e o papel do Senado, *Revista de Informação Legislativa*, 1 (2); Alfredo Buzaid, *Da ação direta*, cit., p. 89-90; Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do controle*, cit., p. 162-6; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Teoria*, cit., p. 210; Celso Ribeiro Bastos, *Curso*, cit., p. 84.

<sup>(60)</sup> MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, RTJ, 38(1):20, 21, 23 e 28.

criadas sob a sua vigência”.<sup>61</sup> Da mesma forma, Bandeira de Mello ensina que “a suspensão da lei corresponde à revogação da lei”, devendo “ser respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas, porquanto a revogação tem efeito *ex nunc*”.<sup>62</sup> Enfatiza que a suspensão “não alcança os atos jurídicos formalmente perfeitos, praticados no passado, e os fatos consumados, ante sua irretroatividade, e mesmo os efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos”. “O Senado Federal — assevera Bandeira de Mello — apenas cassa a lei, que deixa de obrigar, e, assim perde a sua executoriedade porque, dessa data em diante, a revoga simplesmente”.<sup>63</sup>

Não obstante a autoridade dos seus sectários, essa doutrina parece confrontar com as premissas basilares da declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro.

Afirma-se quase incontestadamente, entre nós, que a pronúncia da inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório.<sup>64</sup> Se assim for, afigura-se inconcebível cogitar de “situações juridicamente criadas”, de “atos jurídicos formalmente perfeitos” ou de “efeitos futuros dos direitos regularmente

adquiridos”, com fundamento em lei inconstitucional. De resto, é fácil de ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como direito adquirido e ato jurídico perfeito.

É verdade que a expressa utilizada pelo constituinte de 1934 (art. 91, IV), e reiterada nos textos de 1946 (art. 64) de 1967/1969 (art. 42, VII) e de 1988 (art. 52, X) — *suspender* a execução de lei ou decreto — não é isenta de dúvida. Originariamente, o substitutivo da Comissão Constitucional chegou a referir-se à “revogação ou suspensão da lei ou ato”.<sup>65</sup> Mas a própria *ratio* do dispositivo não autoriza a equiparação do ato do Senado a uma *declaração de ineficácia* de caráter prospectivo. A proposta de Godofredo Vianna reconhecia a inexistência jurídica da lei, desde que fosse declarada a sua inconstitucionalidade “em mais de um aresto” do Supremo Tribunal Federal. Nos debates realizados preponderou, porém, a idéia de se outorgar ao Senado, erigido, então, ao papel de coordenador dos poderes, a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

Na discussão travada no Plenário da Constituinte, destacaram-se as objeções de Levi Carneiro, contrário à incorporação do instituto ao Texto Magno. Prevalceu a tese perfilhada, dentre outros, por Prado Kelly, tal como resumida na seguinte passagem:

“Na sistemática preferida pelo nobre Dep. Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num

<sup>61)</sup> Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do controle*, cit., p. 164.

<sup>62)</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Teoria*, cit., p. 211.

<sup>63)</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Teoria*, cit., p. 211.

<sup>64)</sup> Rui Barbosa. Os atos inconstitucionais... *In Trabalhos jurídicos*, cit., p. 49, e *O Direito do Amazonas ao Acre septentrional*, cit., p. 51-2; José de Castro Nunes, *Teoria e prática*, cit., p. 588; Alfredo Buzaid, *Da ação direta*, cit., p. 128; Francisco Luiz da Silva Campos, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 1, p. 460-1.

<sup>65)</sup> Alencar. A competência do Senado Federal..., *Revista de Informação Legislativa*, cit., p. 247.

processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos (...)

Certas constituições modernas têm criado cortes jurisdicionais para defesa da Constituição. Nós continuamos a atribuir à Suprema Corte a palavra definitiva da defesa e guarda da Constituição da República. Entretanto, permitimos a um órgão de supremacia política estender os efeitos dessa decisão, e estendê-los para o fim de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando o Poder Judiciário os declara inconstitucionais.”<sup>66</sup>

Na Assembléia Constituinte de 1946, reencetou-se o debate, tendo-se destacado, uma vez mais, na defesa do instituto, a voz de Prado Kelly:

“O Poder Judiciário só decide em espécie.

É necessário, porém, estender os efeitos do julgado, e está a atribuição do Senado.

Quanto ao primeiro ponto, quero lembrar que na Constituição de 34 existe idêntico dispositivo.

Participei da elaboração da Constituição de 34. De fato, tentou-se a criação de um quarto poder; entretanto, já há muito o Senado exercia a função controladora, fiscalizadora do Poder Executivo.

O regime democrático é um regime de legalidade. No momento em que o Poder Executivo pratica uma ilegalidade, a pretexto de regulamentar uma lei votada pelo Congresso, exorbita nas suas funções. Há a esfera do Judiciário, e este

não está impedido, desde que é violado o direito patrimonial do indivíduo, de apreciar o direito ferido.

Se, entretanto, se reserva ao órgão do Poder Legislativo, no caso o Senado, a atribuição fiscalizadora da lei, não estamos diante de uma função judicante, mas de fiscal do arbítrio do Poder Executivo. o dispositivo já constava da Constituição de 34 e não foi impugnado por nenhum autor ou comentador que seja, do meu conhecimento. Ao contrário, foi um dos dispositivos mais festejados pela crítica, porque atendia, de fato, às solicitações do meio político brasileiro.”<sup>67</sup>

Ante as críticas tecidas por Gustavo Capanema, ressaltou Nereu Ramos que: “A lei ou regulamentos declarados inconstitucionais são juridicamente inexistentes, entre os litigantes. Uma vez declarados, pelo Poder Judiciário, inconstitucionais ou ilegais, a decisão apenas produz efeito entre as partes. Para evitar que os outros interessados, amanhã, tenham de recorrer também ao Judiciário, para obter a mesma coisa, atribui-se ao Senado a faculdade de suspender o ato no todo ou em parte, quando o Judiciário haja declarado inconstitucional, porque desde que o Judiciário declara inconstitucional, o Presidente da República não pode declarar constitucional.”<sup>68</sup>

Parecia evidente aos constituintes que a *suspensão* da *execução* da lei, tal como adotada em 1934, importava na *extensão de efeitos* do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia proces-

<sup>67)</sup> Alencar. A competência do Senado Federal..., *Revista de Informação Legislativa*, cit., p. 267-8.

<sup>66)</sup> Alencar. A competência do Senado Federal..., *Revista de Informação Legislativa*, cit., p. 260.

<sup>68)</sup> Alencar. A competência do Senado Federal..., *Revista de Informação Legislativa*, cit., p. 268.

sual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado *caráter ampliativo* e não apenas *paralisante* ou derogatório do diploma viciado. E, não fosse assim, inócuo seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional.

Percebeu, com peculiar lucidez, essa realidade o saudoso Senador Accioly Filho, que, em brilhante pronunciamento, consagrou o que, a nosso ver, configura a melhor doutrina, na espécie:

“Posto em face de uma decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade de lei ou decreto, ao Senado não cabe tão-só a tarefa de promulgar desse decisório.

A declaração é dos Supremo, mas a suspensão é de Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional. Essa suspensão é mais do que a revogação da lei ou decreto, tanto pelas suas conseqüências quanto por desnecessitar da concordância da outra Casa do Congresso e da sanção do Poder Executivo. Em suas conseqüências, a suspensão via muito além da revogação. Esta opera em *ex nunc*, alcança a lei ou ato revogado só a partir da vigência do ato revogador, não tem olhos para trás e, assim, não desconstitui as situações constituídas enquanto vigorou o ato derogado. Já quando de suspensão se trate, o efeito é *ex tunc*, pois aquilo que é inconstitucional é natimorto, não deve vida (cf. Alfredo Buzaid e Francisco Campos), e, por isso, não produz efeitos, e aqueles que porventura ocorrerem ficam desconstituídos desde as suas raízes, como se não tivessem existido.

Integra-se, assim, o Senado numa tarefa comum com o STF, equivalente àquela da alta Corte Constitucional da Áustria, do Tribunal Constitucional Ale-

mão e da Corte Constitucional italiana. Ambos, Supremo e Senado, realizam, na Federação brasileira, a atribuição que é dada a essas Cortes européias.

Ao supremo cabe julgar da inconstitucionalidade das leis ou atos, emitindo a decisão declaratória quando consegue atingir o quorum qualificado.

Todavia, aí não se exaure o episódio se aquilo que se deseja é dar efeitos *erga omnes* à decisão.

A declaração de inconstitucionalidade, só por ela, não tem a virtude de produzir o desaparecimento da lei ou ato, não o apaga, eis que fica a produzir efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão.

Do mesmo modo, a revogação da lei ou decreto não tem o alcance e a profundidade das suspensões. Consoante já se mostrou, e é tendência no direito brasileiro, só a suspensão por declaração de inconstitucionalidade opera efeito *ex tunc*, ao passo que a revogação tem eficácia só a partir da data de sua vigência.

Assim, é diferente a revogação de uma lei da suspensão de sua vigência por inconstitucionalidade.<sup>69</sup>

Adiante, o insigne parlamentar concluía, com exatidão:

“Revogada uma lei, ela continua sendo aplicada, no entanto, às situações constituídas antes da revogação (art. 153, § 3.º, da Constituição). Os juízes e a administração aplicam-se aos atos que se realizaram sob o império de sua vigência, porque então ela era a norma jurídica eficaz. Ainda continua a viver a lei revogada para essa aplicação, continua a

<sup>69</sup> Brasil. Congresso, Senado Federal, Parecer 154, de 1971, Rel. Senador Accioly Filho, *Revista de Informação Legislativa*, 12(48):266-8.

ter existência para ser utilizada nas relações jurídicas pretéritas (..)

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade, ao contrário, vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos.

A revogação, ao contrário disso, importa proclamar que, a partir dela, o revogado não tem mais eficácia.

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade diz que a lei ou decreto suspenso nunca existiu, nem antes nem depois da suspensão.

Há, pois, distância a separar o conceito de revogação daquele da suspensão de execução de lei ou decreto declarado inconstitucional. O ato de revogação, pois, não supre o de suspensão, não o impede, porque não produz os mesmos efeitos.<sup>70</sup>

Esta colocação explicitar a natureza singular da atribuição deferida ao Senado Federal. A suspensão constitui ato político que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos. É o que ressalta, igualmente, o Supremo Tribunal Federal, ao enfatizar que “a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional”<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Brasil. Congresso, Senado Federal, Parecer 154, de 1971, Rel. Senador Accioly Filho, *Revista de Informação Legislativa*, cit., p. 268.

<sup>71</sup> RMS 17.976, Rel. Min. Amaral Santos, RDA, 105:111(113). Evidentemente, esta eficácia ampla há de ser entendida com temperamentos. A pronúncia de inconstitucionalidade não retira do mundo jurídico, automaticamente, os atos praticados com base na lei inconstitucional, criando apenas as condições para eventual desfazimento ou regulação dessas situações. Tanto a *coisa julgada* quanto outras fórmulas de preclusão

Vale recordar, a propósito, que no MS 16.512 (Rel. Min. Oswaldo Trigueiro), de 25.05.1966, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de discutir largamente a natureza do instituto, infirmando a possibilidade de o Senado Federal revogar o ato de suspensão anteriormente editado, ou de restringir o alcance da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Cuidava-se de Mandado de Segurança impetrado contra a Resolução n. 93, de 14.10.1965, que revogou a Resolução anterior (n. 32, de 25.03.1965), pela qual o Senado suspendera a execução de preceito do Código Paulista de Impostos e Taxas.

A Excelsa Corte pronunciou a inconstitucionalidade da resolução revogadora, contra os votos dos ministros Aliomar Baleeiro e Hermes Lima, conchecendo do mandado de segurança como *representação*, tal como proposto pelo Procurador-Geral da República, Dr. Alcino Salazar.<sup>72</sup>

podem tornar irreversíveis as decisões ou atos fundados na lei censurada. Assim, operada a decadência ou a prescrição, ou decorrido *in albis* o prazo para a propositura da ação rescisória, não há mais que se cogitar da revisão do ato viciado. Alguns sistemas jurídicos, como o alemão, reconhecem a subsistência dos atos e decisões praticadas com base na lei declarada inconstitucional, desde que tais atos já não se afigurem suscetíveis de impugnação. A execução desses atos é, todavia, inadmissível. Exclui-se, igualmente, qualquer pretensão de enriquecimento sem causa. Admite-se, porém, a revisão, a qualquer tempo, de sentença penal condenatória baseada em lei declarada inconstitucional (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 79). A limitação da retroatividade expressa, nesses casos, a tentativa de compatibilizar princípios de *segurança jurídica* e *critérios de justiça*. Acentue-se tais limitações ressaltam, outrossim, a necessária autonomia jurídica desses atos.

<sup>72</sup> RTJ, 38(1):8-9.

O STF reconheceu que o Senado não estava obrigado a proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional. Nessa linha de entendimento, ensinava o saudoso Min. Victor Nunes: "(...) o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e Novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar."<sup>73</sup>

Todavia, em se procedendo à suspensão do ato que teve a inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, não poderia aquela Alta Casa do Congresso revogar o ato anterior.<sup>74</sup> Da mesma forma, o ato do Senado haveria de se ater à "extensão do julgado do Supremo Tribunal".<sup>75</sup> não tendo "competência para examinar o mérito da decisão (...), para interpretá-la, para ampliá-la ou restringi-la."<sup>76</sup>

Vê-se, pois, que tal como assentado no preclaro acórdão do Supremo Tribunal Federal, o ato do Senado tem o condão de outorgar eficácia ampla à decisão judicial, vinculativa, inicialmente, apenas para os litigantes.

Cobra relevo ressaltar que a inércia do Senado não afeta a relação entre os Poderes, não se podendo vislumbrar qualquer violação constitucional na eventual recu-

<sup>(73)</sup> Voto do Min. Victor Nunes Leal, MS 16.512, RTJ, 38(1):23.

<sup>(74)</sup> Nesse sentido, v. votos proferidos pelos Ministros Gonçalves de Oliveira e Cândido Motta Filho, RTJ 38(1):26.

<sup>(75)</sup> Voto do Min. Victor Nunes Leal, MS 16.512, RTJ 38(1):23.

<sup>(76)</sup> Voto do Min. Pedro Chaves, MS 16.512, RTJ 38(1):12.

sa à pretendida extensão de efeitos. Evidentemente, se pretendesse outorgar efeito genérico à decisão do Supremo Tribunal, não precisaria o constituinte valer-se dessa fórmula complexa.

Caberia indagar se o Supremo Tribunal Federal poderia vir a reconhecer a constitucionalidade de lei anteriormente declarada inconstitucional, mesmo após a regular comunicação ao Senado. Considerando o lapso de tempo decorrido entre a comunicação e o novo julgado, a resposta poderá ser afirmativa. Assim como o Senado não está obrigado a suspender imediatamente o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nada obsta a que o Tribunal reveja a orientação anteriormente firmada. Neste caso, a suspensão superveniente não deverá produzir consequência juridicamente relevante.

Finalmente, deve-se observar que "a função política exercida pelo Senado é abrangente dos atos estaduais e municipais". E não se restringe à lei ou decreto, tal como prescrito no texto constitucional, contemplando as várias modalidades normativas, de diferentes denominações, "que de decretos fazem as vezes".<sup>77</sup>

As conclusões assentadas acima parecem consentâneas com a natureza do instituto. O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto.<sup>78</sup> Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Fe-

<sup>(77)</sup> Cf. Alencar. *A competência do Senado Federal...*, Revista de Informação Legislativa, cit., p. 304; RISTF, art. 178 c/c o art. 176.

<sup>(78)</sup> Voto do Min. Prado Kelly, MS 16.512, RTJ 38(1):16.

deral a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a alta casa do congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pela Excel-sa Corte.

Tais colocações estão a demonstrar que o instituto da suspensão pelo Senado Federal é pertinente à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*. À evidência, não há que se cogitar de extensão de efeitos, senão do pronunciamento vinculativo das partes.<sup>79</sup>

### 3.3 A suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988

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

<sup>(79)</sup> Adotando essa orientação, o STF não mais dá ciência ao Senado Federal da pronúncia de inconstitucionalidade *in abstracto*, desde 1977. Pareceres da Comissão de Regulamento (DJ, 16.05.1977).

necessária e inevitavelmente ultrapassada. 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 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 Constitui-

ção, 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 absoleto mesmo, do instituto de suspensão de execução pelo Senado no atual estágio do nosso sistema de controle de constitucionalidade.

#### 4. Notas peculiares sobre o controle incidental na Constituição de 1988

##### 4.1 Considerações preliminares

Tal como amplamente, ressaltado, o sistema de controle de constitucionalidade encontra-se numa fase de transição, reclamando alguns aperfeiçoamentos no plano de direito positivo ou, até mesmo, no plano exclusivamente jurisprudencial.

A adoção da ação civil pública e sua eventual utilização como instrumento de

controle de constitucionalidade tem dado ensejo a uma intensa discussão sobre a adequação desse instrumento como mecanismo de controle incidental de normas.

A amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade. Não só a notória superação de instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, mas também a complexidade e a demora na obtenção de um julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo Tribunal, na via incidental, estão a clamar por uma reforma mais radical do sistema difuso de controle de constitucionalidade entre nós.

Nesse contexto, afigura-se oportuna a discussão sobre o incidente de constitucionalidade, proposto inicialmente na Revisão Constitucional de 1994, e, agora, devidamente reformulado, reapresentando no Substitutivo Jairo Carneiro (Projeto de Emenda Constitucional 96/92 (“Emenda do Judiciário”).

As duas questões, por sua relevância, merecem considerações específicas, como se verá a seguir.

##### 4.2 A ação Civil Pública como instrumento de controle de constitucionalidade

Como se sabe, no Brasil, a Lei 7.347, de 24.07.1985, consagrou a ação de 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 não fazer. É, portanto, amplíssimo o objeto da ação civil pública na ordem brasileira, estan-

do 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 de 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, 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 interesse próprio, 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 há enunciado, a ação civil pública aproxima-se muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, como escopo de garantir a tutela do interesse público.<sup>80</sup> 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 e inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.

Já o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que essa espécie de controle genérico de 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 se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de dada norma

<sup>(80)</sup> KOCH, Harald. *Prozessführung im öffentlichen Interesse*. Frankfurt am Main, 1983, p. 01 *et seq.*

infraconstitucional, é certo que o seu objetivo precípua haveria de ser a impugnação direta e frontal de 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 de 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 STF. É que, como visto, a decisão sobre a constitucionalidade de 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 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 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 de 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. É certo, 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 nas 2.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup> 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 tese.<sup>81</sup>

<sup>(81)</sup> Reclamação 434, Rel.: Min. Francisco Rezek, *DJ*, de 09.12.1994.

A propósito, mencione-se a seguinte passagem do voto do eminente Relator, Min. Francisco Rezek: “A leitura do acervo aqui produzido faz ver que o objeto precípua das ações em curso na 2.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup> Varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo é, ainda que de forma dissimulada, a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual em face da Carta da República. As requerentes, ao proporem a providência cautelar, preparatória da ação principal, deixam claro que esta visa a “... decretar a ilegalidade da medida ...” (fls. 34). Ocorre que a “medida” tida por ilegal é a própria lei. E o juízo de inconstitucionalidade da lei só se produz como *incidente* no processo comum — controle difuso — ou como escopo precípua do processo declaratório de inconstitucionalidade da lei tese — controle concentrado.”<sup>82</sup>

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 STF 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 Constitui-

ção 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 inferir 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.

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

Cogita-se, ao contrário, da possibilidade de fazê-lo com conseqüência, sem impugnar a higidez do complexo sistema de controle e constitucionalidade instaurado entre nós. Proposta neste sentido chegou a ser veiculada quando da Revisão Constitucional (1993-1994) pelo Dep. Adroaldo Streck, havendo o Relator-Geral, Dep. Nelson Jobim, contudo, optado por fórmula diversa, em que se conferia competência para tais processos aos tribunais.<sup>83</sup>

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 n. 27, *Relatoria da Revisão Constitucional, Pareceres Produzidos (Histórico)*, Tomo, I, p. 317-8).<sup>84</sup>

<sup>(83)</sup> Cf. Parecer 29, *Relatoria da Revisão Constitucional, Pareceres Produzidos (Histórico)*, t. II, p. 29.

<sup>(84)</sup> Propunha-se então a adoção de dispositivo após o atual art. 103, com a seguinte redação:

“Art. 104. O Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República,

<sup>(82)</sup> Reclamação 434, Rel.: Min. Francisco Rezek, *DJ*, de 09.12.1994.

Com isto, restariam preservadas não só a competência da Corte Constitucional, como também a possibilidade de tutela daqueles interesses.

#### 4.3 Incidente de inconstitucionalidade

Na Revisão Constitucional de 1994, afigurou-se acertado introduzir-se o chamado *incidente de inconstitucionalidade*, que permitiria 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 suscitada.<sup>85</sup>

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 de 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 § 2.º do art. 102, e no § 1.º do art. 103, da Constituição.”

<sup>85</sup> Cf. Relatoria da Revisão Constitucional, 1994, t. 1, p. 317.

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 Dep. Jairo Carneiro ao Projeto de Emenda Constitucional 96/92 (“Emenda do Judiciário”), propõe-se seja adotado o incidente de inconstitucionalidade, nos termos seguintes:

“Art. 107.

(...)

§ 5.º 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, § 1.º, 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 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 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 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 da 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 Bon, art. 100, I, e Lei orgânica da Corte Constitucional, § 13, n. 11, e § 80 *et seq.*). 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 servira 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 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.

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 não de fornecer a diretriz 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 preconstitucional 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 isenção de espírito a proposta constante do "Substitutivo Jairo Carneiro", que, como demonstrado, poderá conferir nova a construtiva conformação ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

## 5. Conclusões

Importante assinalar que, ao contrário do verificado sob as Constituições de 1946 e de 1967/69, o controle incidental

ou difuso (controle concreto) perdeu, em grande parte, o seu significado sob o modelo constitucional de 1988. A ênfase conferida pelo constituinte ao controle abstrato de normas propiciou uma concentração — ainda que relativa — da questão constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, fazendo com que o controle concreto de normas assumisse uma feição ancilar ou acessória na nova ordem constitucional.

Por outro lado, não parece subsistir dúvida de que o modelo difuso de controle de constitucionalidade, tal como estruturado entre nós, especialmente em razão da possibilidade ou da necessidade de esgotarem todos os recursos cabíveis, inclusive o recurso extraordinário, está a carecer de urgentes aperfeiçoamentos.

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 e poderes — hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. 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.

Como já observado, 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 explicita 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 norma-

tivo 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.

Faz-se mister, por outro lado, que se discutam fórmulas destinadas a modernizar o processo constitucional incidente, de modo a permitir que o Supremo Tribunal Federal, em casos mais relevantes, possa decidir determinadas questões antes mesmo da interposição do recursos extraordinários. Nesse contexto, afigura-se importante a consideração do chamado incidente de constitucionalidade.

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

O incidente de inconstitucionalidade, se adotado, 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.

Outra virtude inegável do instituto, cabe repetir, 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.

## 1. DOCTRINA

### A NOVA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL

MARIA GARCIA

SUMÁRIO: 1. A educação e a Constituição - 2. A lei de diretrizes e a Constituição - 3. A LDB e as universidades - 4. Outros aspectos da LDB.

#### 1. A educação e a Constituição

Sobre a educação, sabemos que é um conceito abrangente de um conjunto de processos, pelos quais a pessoa desenvolve capacidades, atitudes e outras formas de comportamento de valor positivo para a sociedade em que vive.

É um processo contínuo de informação e de formação física e psíquica do ser humano para uma existência e coexistência: o individual que, ao mesmo tempo, é social.

*Educar* tem conotação com o latim *ducare* (conduzir, levar adiante, orientar).

"Sem educação ninguém é livre" -  
GILBERTO DIMENSTEIN

Qual a finalidade da educação: formar para a liberdade que vem pelo conhecimento, pela possibilidade de opções ou alternativas; formar para a cidadania, a plenitude dos direitos e, por último, formar para a dignidade da pessoa, princípio fundamental do Estado brasileiro, conforme estabelece o art. 1.º, III da Constituição. Celso Fiorillo<sup>1</sup>, em outro

contexto, coloca bem as múltiplas finalidades da educação: "O art. 205 da Carta Magna, ao assegurar a todos a educação, visa o pleno desenvolvimento dos cidadãos, pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato, preparando os mesmos, antes de mais nada, para o efetivo exercício da cidadania, bem como sua qualificação para trabalho. Sendo conceito mais abrangente que o de mera instrução, visa a compreensão dos direitos e deveres da pessoa humana, das liberdades fundamentais, bem como da preservação e expansão do denominado patrimônio cultural".

Como processo, educação envolve ou requer determinados componentes básicos: o *professor*, palavra que tem a mesma raiz de *professar*, do latim *professus* - aquele que declarou, prometeu, no sentido de declarar ou confessar publicamente ou de modo inequívoco, a aceitação, a adição de idéias, regras, seguindo-as e respeitando-as regularmente para uma determinada formalidade.<sup>2</sup> No caso: ensinar e formar. O *aluno*, objetivo principal, a pessoa para a qual convergem todas as idéias, regras, informações, atenções e cuidados - que uma

<sup>(1)</sup> Celso Antonio Pacheco Fiorillo. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos*. São Paulo : Ed. RT, 1995, p. 97-98.

<sup>(2)</sup> De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*. Forense, 1995.