

# A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SERGIO FERRAZ

*SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – A tipologia da ação direta de inconstitucionalidade na Constituição de 1988 e na Carta de 67/69. As quatro ações de inconstitucionalidade da atual Constituição. Seus traços fundamentais. 3 – Regras processuais. Constituição e Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 4 – Questões polêmicas. Cumprimento de preceito reputado inconstitucional, mas assim ainda não declarado pelo Judiciário. Momento da consumação do juízo de inconstitucionalidade. Lei revogada supervenientemente ao ajuizamento da ação. Superveniência, ao ajuizamento, de novo texto constitucional. Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tese.*

1. A vastidão do tema proposto torna obrigatório seu confinamento, pena de se consumir tempo e papel acima do razoável. Desde já pondere-se: iremos cuidar apenas das ações de *inconstitucionalidade*. Refoge, pois, ao nosso escopo a ação direta declaratória de *constitucionalidade*, criada pela *Emenda Constitucional* nº 3, de 1993.

Optamos, por isso, por duas pautas condutoras: a abordagem, tão apenas, da chamada argüição de inconstitucionalidade em tese, deduzida *principaliter*, na seqüência do chamado sistema *concentrado* (ou austríaco, mas também hoje adotado, por exemplo, na Alemanha, Itália e Espanha), em antítese ao *difuso* ou norteamericano; dentro da opção retro declarada, procedemos a um confronto entre a Constituição de 88 e a de 67/69, com o propósito precípua de destacar as invocações da vigente. É mesmo assim, estamos cientes, ainda extensa é a paisagem a ser percorrida, o que importará seca objetividade, a fim de que tenhamos efetivamente uma panorâmica do assunto.

2. Ao se proceder ao confronto entre a Carta de 67/69 e a Constituição de 1988, para identificação das tipologias da ação direta, numa e noutra, de plano se constata o enriquecimento substancial que o tema experimentou, na Lei Maior ora vigente.

2.1. Sob o pálio da Carta de 67/69 tínhamos, a rigor, *três* ações diretas, para todas elas legitimado ativamente, em caráter exclusivo, o Procurador-Geral da República. Assim é que:

a) no artigo 11, § 1º, letra *c*, previa-se a chamada *representação interventiva*. Como tal se denominava a ação direta por meio da qual o Procurador-Geral da República, invocando a violação por Estado-membro, de um dos chamados princípios constitucionais sensíveis (artigo 10, incisos, VI, VI e VII; artigo 13; ambos da Constituição de 67/69), pedia a procedência, como pressuposto de intervenção da União na unidade federativa infratora;

b) no artigo 119, I, letra *l*, deparávamo-nos com a clássica representação para constatação da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, em face da Constituição Federal;

c) no mesmo preceito sub *b* supra, consagrara-se, a partir da Emenda Constitucional nº 7, de 1977, a ação direta para fixação da interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. Cabe observar que, independentemente da eventual utilidade ou válida do remédio, jamais foi ele utilizado, o que deve ter fortemente contribuído para sua supressão, na Constituição de 1988.

2.2. Em 1988, não obstante a supressão mais acima referida, a Constituição veio a consagrar *quatro* ações diretas de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal. Importa elencá-las, bem como, em consequência, destacar algumas das notas características de cada uma delas.

2.2.1. Conquanto nos demais três tipos se tenha aberto a legitimação ativa, no primeiro – a representação interventiva manteve-se inalterado o panorama que já se detectava na Carta de 67/69. É o que se colhe do artigo 36, III, da Constituição de 1988 com a observação única de que agora se fala não só de intervenção da União no Estado-membro, mas igualmente no Distrito Federal (evidentemente, tendo-se em vista o conteúdo político-jurídico atribuído ao Distrito Federal em 1988, profundamente diverso de todas as Constituições brasileiras anteriores, aproximando-o intensamente do Estado-membro). Por outra parte, refletindo o caráter descentralizador de poder, da atual Lei Magna, o elenco de princípios federais constitucionais sensíveis (art. 34, VII) é agora bem mais compacto que em 67/69.

Cabe observar que a representação interventiva, tanto em 67/69 quanto em 88, pode ter como fundamento não apenas atos normativos, mas também condutas concretas, sendo até muito mais plausível que essas infrinjam um princípio sensível, que aqueles.

2.2.2. Outro tipo de ação direta, que se repete em 1988, é a que tem por fim a constatação da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, letra *a*). Registra-se aqui, entretanto, uma grande e expressiva inovação: a legislação ativa não é monopólio, mais, do Procurador-Geral da República. Na conformidade do artigo 103, podem propô-la diretamente ao Supremo Tribunal Federal, além do chefe do "Parquet" federal, os chefes do Executivo (federal e estaduais), as Mesas das Casas Legislativas (federais e estaduais), as entidades sindicais (ou de classe) de âmbito nacional, o partido político (com representação no Congresso Nacional) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O elastecimento da legitimação foi uma opção inteiramente coerente com o propósito, proclamado pelos constituintes, de formularem uma Carta que fizesse jus ao apodo "Constituição cidadã", ou "Constituição da cidadania". Para a tanto se chegar impunha-se a adoção de um tripé conceitual: a consagração constitucional de interesses e direitos difusos e coletivos, a disseminação de ações judiciais constitucionais que os tutelassem, e as legitimações extraordinárias (substitutivas ou diretas) que as deflagrassem. Daí o amplo espectro do prefalado artigo 103 que, tal como redigido, faz com que a ação direta do artigo 102, I, *a* cumpra um duplo papel: o de instrumento de controle da constitucionalidade e o de meio de controle (difuso) da atividade administrativa. Mais adiante focalizaremos algumas polêmicas que sempre gravitam em torno deste tipo de ação direta, que estão a merecer, conquanto impossível neste tipo de exposição dissecá-los em profundidade, alguma detença e meditação.

2.2.3. Uma terceira modalidade de ação direta é a que foi agora criada, no parágrafo 2º do artigo 103: a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional. Essa expressiva inovação, inspirada no moderno constitucionalismo europeu, ainda passa pela definição doutrinária e jurisprudencial de seu conteúdo e contornos. Trata-se, indiscutivelmente, de tema de notável riqueza, impossível de ser totalmente exposta num artigo que deve abordar várias outras matérias. À vista dessa limitação vamos restringir-nos à indicação de alguns de seus traços mais expressivos, relegando para outra oportunidade uma visão exaustiva de seus problemas.

2.2.3.1. A primeira observação a fazer-se tem que ver com a legitimação ativa. Parece-nos indiscutível, até mesmo por critérios de topografia constitucional, que a regra de legitimação, do *caput* do artigo 103, se aplica à inconstitucionalidade por omissão, do parágrafo 2º do mesmo preceptivo. Até porque, cabe lembrar, apenas quanto à representação interventiva a Constituição estabelece um crivo de legitimação diverso.

2.2.3.2. Problema bem mais delicado é o que diz respeito à possibilidade de se aplicar à inconstitucionalidade por omissão a previsão de medida cautelar, estatuída no artigo 102, I, letra p. Numa perspectiva apenas gramatical a dúvida poderia parecer descabida, eis que o preceito em tela fala em "ações diretas de inconstitucionalidade". Ocorre entretanto que, por sua natureza de remédio voltado a coibir uma *omissão*, na ação do artigo 103, § 2º a medida cautelar terá sempre efeito plenamente satisfativo, esvaziando de conteúdo a eventual sentença definitiva de procedência. Não rejeitamos a possibilidade, em tese, das liminares satisfativas. Mas temos sustentado que muito cautelosa há de ser, no particular, a atuação do Juiz, sob pena de se atropelar outra garantia constitucional, a do devido processo legal.

De toda sorte, em vista do valor superior do bem protegido nesta ação – a integridade, a eficácia e a higidez da Constituição – não vemos como afastar o cabimento dos provimentos tutelares, ainda quando acabam por assumir feição plena e irrevogavelmente satisfativa (por idênticas razões, tais considerações também se aplicam, a nosso ver, à representação interventiva).

2.2.3.3. Assume ainda relevância fazer referência, mesmo que resumida, às conseqüências da decisão que declarar a inconstitucionalidade por omissão. No enfrentamento da questão, não pode ser olvidada a conexão entre essa ação e a garantia do parágrafo 1º, do art. 5º, da Constituição: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm *aplicação* imediata. É por isso que a omissão da medida, destinada a tornar *efetiva* norma constitucional, constitui uma inconstitucionalidade, a ser sanada pela via processual ora sob exame.

Doutra parte, porém, cumpre não esquecer que o terreno da inconstitucionalidade por omissão tende a ser confundido, com freqüência, com o do mandado de injunção (C.F., art. 5º LXXI). Ora, uma e outra ação têm como inspiração geratriz o precitado parágrafo 1º do artigo 5º, da Lei Magna. Porém, há duas notáveis marcas distintivas:

a) o fundamento da inconstitucionalidade por omissão reside não numa *simples* omissão, num mero *não-fazer*, mas sim numa *inação*, quando havia o *dever* de agir, ou seja, quando se estava obrigado a atuar. Já no mandado de injunção, a fonte deflagradora do remédio está no não-exercício de uma *competência* (a de regular, infra-constitucionalmente, determinado tema), com a conseqüência prática de esvaziar objetivamente uma garantia constitucional;

b) como conseqüência, 1) a procedência do mandado de injunção deve conter (não obstante e hesitação jurisprudencial – sobretudo do Supremo Tribunal Federal!) determinação (típica do caráter *mandamental* do remédio) à entidade estatal em mora legislativa de prazo razoável para suprir sua abstenção, acoplada a um provimento que assegure a satisfação provisória do direito, ou do sucedâneo das perdas e danos, caso não atendida tempestiva-

mente a supra mencionada determinação (ver, nesse sentido, os acórdãos do S.T.F. nos Mandados de Injunção: 232-1, Rel. Min. Moreira Alves, D.J.U. 27.3.92, pág. 3.800; 283-5, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J.U. 14.11.91, pág. 16.355/6); 2) a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão traduz-se numa determinação de imediata e concreta satisfação do direito assegurado na norma constitucional até então sem efetiva incidência.

2.2.4. A modalidade derradeira de ação direta, a ser invocada, configura novidade em nosso ordenamento: trata-se da argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, na fórmula estatuída pelo parágrafo único do artigo 102. Ressalve-se que essa ação ainda não tem concreta existência, por isso que a própria Constituição a submeteu a futura disciplina, mediante lei. E, ao que se saiba, inexistente qualquer projeto ou anteprojeto pertinente. Objetivamente, portanto, corre essa ação risco idêntico ao em que incorria a ação direta para fixação de interpretação de lei ou ato normativo, prevista na Carta de 67/69, jamais regulamentada e, certamente por isso mesmo, afastada de nossa ordem constitucional.

Antes mesmo de qualquer eventual ensaio que se venha a fazer, de regulamentação do parágrafo único do prefalado artigo 102, impõe-se a menção de que, tal como registrado relativamente à representação interventiva, aqui hão de ser contemplados não apenas atos normativos, mas sobretudo condutas concretas, eis que essas, mais que aqueles, se revelam capazes de veicular descumprimentos a preceitos constitucionais fundamentais.

3. No curso da exposição já fizemos comentários sobre algumas questões tipicamente processuais, atinentes às ações de inconstitucionalidade. Tal se deu, por exemplo:

- a) quanto ao tema da legitimação – C.F., arts. 36, III e 103, *caput*;
- b) quanto ao tópico da tutela cautelar – C.F., art. 102, I, *p*.

Classicamente, a processualística das ações diretas, no Brasil, tem sido assentada na própria Constituição e, majoritariamente, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

3.1. No que diz respeito à primeira, das fontes formais acima referidas, cabe mencionar, além dos mandamentos já citados, os parágrafos 1º e 3º, do artigo 3º, segundo os quais, respectivamente:

- a) o Procurador-Geral da República deverá manifestar-se, em todas elas, como "custos legis";
- b) o Advogado-Geral da União deverá ser citado, para defender "o ato ou texto impugnado".

Especificamente quanto à tutela do "ato ou texto impugnado", há que se ter em consideração que, *por definição constitucional* (art. 131), o papel

precípua do Advogado-Geral é a defesa (além das tarefas de consultoria e assessoramento jurídico do Executivo) da União. Dessa sorte, sua *atribuição* de sustentação do ato ou texto impugnado só será exigível se, e quando, não se revelar conflitante com seu *dever-missão* de defesa da União. Trata-se, como se vê, de interpretar sistematicamente a Constituição.

3.2. Relativamente à segunda fonte formal – o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal –, imprescindível é ponderar que o constituinte de 1988 *não* reeditou a regra do artigo 119, § 3º, *c* da Carta de 67/69, que conferia àquela Corte competência normativa plena para a regulação dos processos sujeitos (originária ou recursalmente) a seu exame. Como conseqüência, e à vista da teoria da recepção, tem-se que a regulamentação existente a respeito, no aludido Regimento Interno (artigos 169 a 178), só se mantém naquilo que não conflitante com o novo ordenamento constitucional. Impende, pois, proceder ao exame de tais preceptivos.

Cabe, de plano, afastar qualquer preocupação quanto aos artigos 176 a 178, por isso que atinentes à declaração incidental ou prejudicial de inconstitucionalidade, matérias estranhas a nossa exposição.

O exame dos demais artigos revela sua total adequação à Constituição de 1988 exceção feita, unicamente, ao *caput* do artigo 169, que só reconhecia legitimação ativa ao Procurador-Geral da República (assim derogado pelo *caput* do artigo 103 da Constituição vigente). Merecem ênfase, pelo que têm de peculiar, quando contrastadas com a disciplina processual comum:

a) a proibição de desistência da ação, absolutamente correta, eis que, em face da natureza e da majestade do bem a tutelar – a higidez da ordem jurídica e a integridade da Constituição –, aqui não há campo para a disponibilidade individual;

b) a vedação da assistência a qualquer das partes, infeliz inovação da Emenda Regimental nº 2 de 4.12.85: por considerações de limitação de trabalho cerceou-se a possibilidade de um mais amplo e mais rico debate sobre a fundamental questão da constitucionalidade em tese;

c) a necessidade de um mínimo de 6 votos (num "quorum" de oito Ministros), para a decretação da inconstitucionalidade; se a maioria, necessária à declaração de inconstitucionalidade, não for alcançada em razão de licenças ou ausências, em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de que se dê o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o *quorum*;

d) a participação do Presidente do Tribunal, na votação;

e) a possibilidade de novo julgamento pelo Pleno, em grau de embargos, quando registrados, na decisão recorrida, ao menos quatro votos divergentes.



4. Em muitos pontos ainda lavra considerável polêmica, no tema das ações diretas de inconstitucionalidade. Cada um deles, por sua amplitude e profundidade, comportaria um trabalho específico. Por isso, teremos de limitar nossa reflexão a uma breve referência sobre esses tópicos, traçando alguns de seus aspectos mais sugestivos.

4.1. Indaga-se se o Executivo pode deixar de cumprir preceito que repute inconstitucional, mas que assim ainda não tenha sido declarado pelo Supremo.

É indiscutível que a querela da inconstitucionalidade não corporifica um debate exclusivamente jurídico. Envolve ela igualmente um conflito político, pondo em evidência prática e concreta o princípio da separação de poderes.

O que nos parece contudo fundamental, no enfrentamento dessa questão, é a consideração de que se bem seja o Judiciário (particularmente o Supremo Tribunal Federal) o tutor superior da Constituição, todos os Poderes são, igualmente, guardas da Lei Maior. E, por isso, todos eles devem obediência antes à Constituição, que à lei. Essa é, aliás, a consideração básica, a sustentar a histórica decisão de Marshall, no caso *Marbury vs. Madison*. Com essa colocação já antecipamos nossa opinião de que ao Executivo assiste o direito e cabe o dever de esquivar-se ao cumprimento de preceito que repute inconstitucional (desde que, é óbvio — o "logos del razonable" de Recaséns — não seja a suposição gratuita, infundada ou arbitrária), submetendo-se com isso, é claro (o Poder e o agente que assim decida e atue), aos riscos das conseqüências de eventual decisão judicial contrária a sua opinião.

Em nosso entendimento, a orientação, acima esposada, não sofre qualquer impacto seja pela introdução, em 1946, do controle em tese; seja pela criação, na Carta de 67/69, da medida cautelar na ação direta: não obstante tudo isso, o pronunciamento judicial pode retardar-se além do que tolerável, para vergar-se o Executivo à injunção de preceito que veja como afrontoso à ordem constitucional.

4.2. Quando se consuma o juízo de inconstitucionalidade?

Essa indagação tem sua resposta intensamente simplificada, desde que entendamos que a competência atribuída ao Senado Federal, no inciso X do artigo 52 da Constituição (na verdade simples *competência administrativa*, em que pesem respeitáveis opiniões em contrário), se refere unicamente à declaração *incidental* de inconstitucionalidade pelo Supremo. Trata-se de uma solução articulada e sistemática da Constituição, para harmonizar a constatação, em concreto, da inconstitucionalidade de uma lei com o princípio da separação dos Poderes.

Na declaração em tese, entretanto, tal princípio não se põe em cheque, eis que a própria Constituição, que o proclama, também atribui ao Supremo poder e competência para, por via do controle concentrado, *desconstituir*

*diretamente* lei ou ato normativo (federal ou estadual). Por isso é que, coerentemente, o Regimento Interno do Supremo (artigo 175) prevê, em casos que tais, a mera comunicação do julgamento à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato normativo impugnado.

4.3. Controverteu-se durante longo tempo, no Supremo, sobre o teor do julgamento da ação direta, na hipótese em que, supervenientemente ao ajuizamento, tivesse sido revogada a lei alvejada.

Presentemente a matéria se encontra pacificada na Corte: em casos que tais, tem-se o pedido por prejudicado, a não ser que o ato impugnado tenha gerado efeitos concretos. Ocorrida que seja essa eventualidade, o Supremo julga a ação, com o efeito da desconstituição dos atos concretos, se tiver por inconstitucional a norma em litígio.

4.4. Situação oposta à anterior pode, entretanto, verificar-se: enquanto se aguarda o julgamento, uma nova Constituição é promulgada (apanágio, é evidente, dos países de instituições políticas instáveis e pouco consistentes), ou a vigente é emendada, na parte que interessa ao litígio.

A início também divergiram os julgados, nesse ponto. Por vezes se dava por prejudicada a representação, eis que o padrão de confronto — a Constituição — era diverso do vigente a época da representação. Em outras ocasiões, procedia-se ao julgamento da ação, contrastando o ato normativo impugnado com a nova dicção da Lei Fundamental.

Presentemente o tema encontrou pacificação. O Supremo hoje dá o pedido por prejudicado, considerando que ou o ato impugnado se afeiçoa à nova fórmula constitucional (operando-se, então, o fenômeno da recepção), ou por ela é derogado (se a ela afrontoso se revela).

4.5. O Tribunal não registra dissenso, mas a doutrina não se conforma: o Supremo unívocamente proclama que não lhe compete julgar ação direta, quando em contraste ato normativo municipal e a Constituição Federal. A interpretação meramente gramatical da Lei Maior abona a solução jurisprudencial. Mas difícil é aceitá-la, quando se tem em mente o papel deferido ao Supremo, de guardião da Constituição Federal. Nem se diga que o ato normativo municipal não goza de majestade suficiente para arranhar a Lei Fundamental: goza sim, pois pode produzir efeitos práticos, por vezes até muito danosos, e mesmo socialmente perturbadores, ao arripio da Constituição. Não se objete, doutra parte, com o controle difuso, incidental: não só ele é demorado, no seu desfecho, mas também despido de eficácia *erga omnes* (sem contar que, com os percalços regimentais em cuja criação o Supremo é vezeiro, muita vez o feito pode não atingir aquele relevantíssimo patamar). Cabe não esquecer que o próprio controle concentrado, nascido no famoso aresto *Marbury vs. Madison*, foi construído sem expressa previsão legal ou constitucio-



nal, pela só e fundamental consideração de que à Corte Suprema cabia a tutela da Constituição. Ora, identicamente, poderia assim construir doutrina o Supremo, dando destarte resposta positiva a um verdadeiro anseio da coletividade jurídica e da sociedade como um todo.

4.6. Derradeiro tópico, a ser examinado, é o referente aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tese. Nesse enunciado abrigam-se, em verdade, duas questões que, ao contrário do que habitualmente se proclama, não estão fatalmente vincadas por uma relação suposta de causa e efeito.

A primeira questão é a pertinente à natureza da sentença de procedência, no que toca à carga de seu conteúdo (na forma da conhecida classificação de Pontes de Miranda). A nosso ver, a decisão de procedência, na ação direta, é fundamentalmente declaratória (por isso que proclama um estado) e constitutiva negativa — ou desconstitutiva (eis que, *por si só*, expurga da ordem jurídica a lei ou ato normativo tido por inconstitucional). Poderá ainda, minimamente, ser também condenatória, se imputar a qualquer dos litigantes os ônus dos encargos processuais.

Presentemente, o Supremo cerra fileiras em torno da natureza declaratória do julgado. Daí extrai, dentre outras conseqüências, a de que todos os efeitos, produzidos pela norma atingida, são desconstituídos, para tanto invocando, com freqüência, a lição de Marshall, no sentido de que lei inconstitucional é lei natimorta (o que retiraria, aos atos constituídos com base nela, o suporte jurídico de existência). Registre-se, todavia, que freqüentemente a Corte, ao dar pela procedência, ressalva os efeitos até então já consumados (sobretudo se produzidos de boa fé, ou se a desconstituição radical se revelar sumamente injusta ou socialmente indesejável). A solução benévola do Supremo seria plenamente justificada, do ponto-de-vista do sistema jurídico, se reconhecida a natureza bivalente do julgado, a um tempo declaratório e constitutivo (realidades de modo algum antitéticas), que é a nossa opinião.

Ressalve-se que, em direito comparado, as soluções variam, ordenamentos havendo que, independentemente da carga da sentença, proclamam sua eficácia temporal *ex tunc*, *ex nunc* e até mesmo eclética (como é, afinal, em nosso entendimento, a inclinação do Supremo, tal qual acima exposta). No fundo de todas as hesitações e opções pendulares está sempre a questão dos efeitos produzidos de boa fé ou cujo desfazimento se anuncia excessivamente oneroso, quando não socialmente indesejável. No próprio Supremo Tribunal Federal, bateu-se eruditamente pela feição constitutiva do julgado, com eficácia *ex nunc*, o saudoso Ministro Leitão de Abreu, buscando fundamentação inclusive no direito romano.