

## O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

## THE CONSTITUTIONAL CONCENTRATE CONTROL IN THE CONSTITUTION OF 1988: A BRIEF HISTORICAL EVOLUTION

Gilmar F. Mendes\*

**Resumo:** O presente artigo analisa os principais aspectos relacionados ao atual controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Realiza, para tanto, breve abordagem das questões mais relevantes de cada instituto, bem como de sua evolução histórica, que inclui não apenas o período anterior, mas também posterior à Constituição Federal Brasileira de 1988. Apresenta, ainda, em diversos trechos, a opinião diferenciada do autor, que participou ativamente na elaboração e aprimoramento dos mecanismos do controle concentrado nacional.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Controle de Constitucionalidade Concentrado. Controle Concentrado. Controle Incidental. Constituição Federal Brasileira de 1988.

**Abstract:** This article analyzes the main aspects of the current concentrated control of constitutionality in Brazil. Performs for both, brief addressing of the issues most relevant to each institute, as well as its historical evolution, which includes not only the previous period, but also after the 1988 Brazilian Federal Constitution. It also presents, in several sections, the different opinions of the author, who participated actively in the development and improvement of national mechanisms of the national concentrated control.

**Keywords:** Constitutional Control. Concentrated Control of Constitutionality. Concentrated Control. Incidental Control. Brazilian Federal Constitution of 1988.

\*Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil; Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB e do Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP; Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha – RFA.

## Introdução

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

É interessante observar que o sistema de controle de constitucionalidade sofreu incrível expansão na ordem jurídica moderna.

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

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

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

## 1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade

A grande mudança vai-se verificar no âmbito do controle abstrato de normas, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, *a*, *c/c* o art. 103).

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 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 do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado

Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

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

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de 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.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciação dos demais sistemas “*difusos*” ou “*incidentes*” de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, a maioria das controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

## 2 A Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, disciplinou o instituto da *ação declaratória de constitucionalidade*, introduzido no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade no bojo de reforma tributária de emergência. Tal Emenda firmou a competência do STF para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República.

Embora a discussão sobre a ação declaratória de constitucionalidade seja mais ou menos recente no Brasil, a prática constitucional demonstra que, muitas vezes, a representação interventiva, e, sobretudo, a representação de inconstitucionalidade, foram utilizadas com o fito de afastar qualquer dúvida sobre a legitimidade de uma norma. Daí não parecer surpreendente a criação da ação declaratória de constitucionalidade.

Acolhendo sugestão contida em estudo que elaboramos juntamente com o Professor Ives Gandra, o Deputado Roberto Campos apresentou proposta de Emenda Constitucional que instituía a ação declaratória de constitucionalidade.<sup>1</sup>

Parte dessa proposição, com algumas alterações, foi incorporada à Emenda que deu nova redação a alguns dispositivos da ordem constitucional tributária e autorizou a instituição do imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, mediante iniciativa do Deputado Luiz Carlos Hauly.<sup>2</sup>

A ação declaratória foi aprovada, embora com ressalvas, quanto à legitimação, restrita ao Presidente da República, Mesa da Câmara, Mesa do Senado Federal e Procurador-Geral da República, e quanto ao objeto, que se limitou ao direito federal.<sup>3</sup>

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, corrigiu em parte o modelo restritivo da EC 3/93, estabelecendo que estariam legitimados para ADC os mesmos legitimados para a ADI. Subsiste, porém, a limitação quanto ao objeto, restrito ao

<sup>1</sup> A proposta tinha o seguinte teor:

“Art. 1º Suprima-se o inciso X do art. 52, renumerando-se os demais.

Art. 2º Os arts. 102 e 103 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 102. [...]

§ 1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma desta lei.

§ 2º As decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal, nos processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e no controle de constitucionalidade da omissão, têm eficácia erga omnes e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos.

§ 3º Lei complementar poderá outorgar a outras decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia erga omnes, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos”

“Art. 103. [...]

§ 1º [...]

§ 2º [...]

§ 3º [...]

§ 4º Os órgãos ou entes referidos nos incisos I a X deste artigos podem propor ação declaratória de constitucionalidade, que vinculará as instâncias inferiores, quando decidida no mérito.”

<sup>2</sup> Cf., a propósito, os dois substitutos apresentados pelo Deputado Benito Gama, Relator da Comissão Especial destinada a examinar a Proposta de Emenda à Constituição n. 48-a, de 1991.

<sup>3</sup> A Emenda n. 3, de 1993, assim disciplinou o instituto:

“Art. 102. [...]

I -

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

§ 1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

“Art. 103. [...]

§ 4º A ação declaratória da constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.”

direito federal, matéria agora de Projeto de emenda constitucional que tramita no Congresso Nacional.

De qualquer sorte, o controle abstrato de normas passou a ser exercido tanto pela ADI, de longe a ação mais relevante no sistema de controle de constitucionalidade de normas,<sup>4</sup> quanto pela ação declaratória de constitucionalidade.

### 3 A Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso.

Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal). Essas questões somente poderiam ser tratadas no âmbito do recuso extraordinário, o que explica a pleora de processos desse tipo ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal.

É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada “guerra de liminares”.

Foi em resposta ao quadro de incompletude de sistema de controle direto que surgiu a ideia de desenvolvimento do chamado “incidente de inconstitucionalidade”, que pretendia assegurar aos entes legitimados do art. 103 a possibilidade de provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre outras controvérsias constitucionais suscitadas nas ações judiciais em curso. Tal instituto, porém, não vingou.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental veio prevista na Lei Maior de forma bastante singela: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma lei.” (art. 102, § 1º). A ausência de qualquer antecedente histórico significativo dificultava enormemente a disciplina infraconstitucional do instituto. Sepúlveda Pertence chegou a chamá-lo de autêntica “esfinge” do direito brasileiro.<sup>5</sup>

Em maio de 1997 o Professor Celso Ribeiro Bastos e eu começamos a discutir a possibilidade de introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, de ins-

<sup>4</sup> Em 3.5.2011, a autuação do Supremo Tribunal Federal registrava a ADI 4.591.

<sup>5</sup> ADPF-QO 1/RJ, voto do Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* 7.11.2003.

trumentos adequados a combater a chamada “guerra de liminares”. Chegamos à conclusão de que a própria Constituição oferecia um instrumento adequado – pelo menos no que diz respeito às matérias afetas ao Supremo Tribunal Federal – ao prever, no art. 102, § 1º, a chamada “arguição de descumprimento de preceito fundamental.”<sup>6</sup> Naquela oportunidade, lembramos que a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderia contemplar, adequadamente, o incidente de inconstitucionalidade.

O Professor Celso Bastos elaborou o primeiro esboço do anteprojeto que haveria de regular a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tomando por base o texto inaugural, cuidamos nós de elaborar uma segunda versão, introduzindo-se o incidente de inconstitucionalidade. Essa proposta traduziu-se em um amálgama consciente das concepções constantes do Projeto Celso Bastos, do Projeto da Comissão Caio Tácito<sup>7</sup> e o do incidente de inconstitucionalidade, contemplado em várias propostas de emenda constitucional sobre o Judiciário<sup>8</sup> (cf., infra, n. 3 - “Incidente de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento”).

Afigurava-se recomendável que o tema fosse submetido a uma Comissão de especialistas.

A sugestão foi elevada à consideração do Ministro da Justiça Íris Resende, que, em 4 de julho de 1997, editou a Portaria n. 572, publicada no *DOU* de 7 de julho de 1997, instituindo Comissão destinada a elaborar estudos e anteprojeto de lei que disciplinasse a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Foram designados para compor a Comissão os Professores Celso Ribeiro Bastos (Presidente), Arnoldo Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa e o autor deste estudo.

Após intensos debates realizados em São Paulo, a Comissão chegou ao texto final do anteprojeto, que foi encaminhado pelo Professor Celso Bastos, acompanhado de relatório, ao Ministro da Justiça, em 20 de novembro de 1997.

A proposta do anteprojeto de lei cuidou dos principais aspectos do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos e para os efeitos do disposto no § 1º do art. 102 da CF. Estabeleceram-se o rito

<sup>6</sup>

“Art. 102 [...]”

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

<sup>7</sup> Projeto de Lei n. 2.960, de 1997 (PLC n. 10, no Senado Federal) sobre ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, convertido na Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

<sup>8</sup> Substitutivo do Deputado Aloysio Nunes Ferreira à PEC n. 96-A/92:

“Art. 103. [...]”

[...]”

“§ 5º O Supremo Tribunal Federal, a pedido das pessoas e entidades mencionadas no art. 103, de qualquer tribunal, de Procurador-Geral de Justiça, de Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado, quando for relevante o fundamento de controvérsia judicial sobre a constitucionalidade de lei, ato normativo federal ou de outra questão constitucional, federal, estadual ou municipal, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão, salvo para medidas urgentes, de processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão exclusivamente sobre matéria constitucional suscitada, ouvido o Procurador-Geral da República.”

perante o STF, o elenco dos entes com legitimidade ativa, os pressupostos para suscitar o incidente e os efeitos da decisão proferida e sua irrecorribilidade.

Talvez caiba destacar que o ponto mais controvertido do projeto de lei, e no âmbito da Comissão, foi aquele referente à legitimação ativa. O Ministro Oscar Corrêa defendeu enfaticamente a ampliação da legitimação para abranger qualquer pessoa afetada por ato do Poder Público.

Tendo em vista razões de ordem prática, a Comissão adotou solução de compromisso na qual se afirmava que a pessoa lesada poderia representar ao Procurador-Geral da República. Contra eventual indeferimento caberia representação ao STF (art. 2º, §§ 1º e 2º).

Tendo em vista que o disciplinamento do instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental afetava as atribuições do STF, resolveu-se, ainda, colher a opinião daquela Corte (Aviso/MJ n. 624, de 4 de maio de 1998). Em 7 de maio de 1998 o Ministro Celso de Mello informou ter encaminhado cópia do texto do anteprojeto para todos os Ministros do STF (Ofício n. 076/98). Em 30 de junho de 1998 o trabalho realizado pela Comissão Celso Bastos foi divulgado em artigo, sob o título *Preceito fundamental: arguição de descumprimento*.<sup>9</sup>

É necessário observar, todavia, que desde março de 1997 tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.872, de autoria da ilustre Deputada Sandra Starling, objetivando, também, disciplinar o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o *nomen juris* de “reclamação”. A reclamação restringia-se aos casos em que a contrariedade ao texto da Lei Maior fosse resultante de interpretação ou de aplicação dos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional, ou do Regimento Comum, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da CF. Aludida reclamação haveria de ser formulada ao STF por um décimo dos deputados ou dos senadores, devendo observar as regras e os procedimentos instituídos pela Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990.

Em 4 de maio de 1998 o projeto de lei da Deputada Sandra Starling recebeu parecer favorável do Relator, o ilustre Deputado Prisco Viana, pela aprovação do projeto na forma de substitutivo de sua autoria. Como então se verificou, o substitutivo Prisco Viana ofereceu disciplina que muito se aproximava daquela contida no anteprojeto de lei da Comissão Celso Bastos.

Aludido substitutivo, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, foi referendado pelo Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, tendo sido submetido ao Presidente da República, que o sancionou,<sup>10</sup> com veto ao inciso II do parágrafo único do art. 1º, ao inciso II do art. 2º, ao § 2º do art. 2º, ao § 4º do art. 5º, aos §§ 1º e 2º do art. 8º e ao art. 9º.

<sup>9</sup> Publicado na revista *Consulex* 18/18 – 21, ano II, v. I.

<sup>10</sup> Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

### 3.1 Incidente de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento

Na Revisão Constitucional de 1994 afigurou-se acertado introduzir-se o chamado “incidente de inconstitucionalidade”, que permitiria fosse apreciada *diretamente* pelo STF *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 ou 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 matéria constitucional suscitada.<sup>11</sup>

Referido instituto destinava-se a completar o complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, permitindo que o STF 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. A proposta não foi, entretanto, recepcionada.

No substitutivo apresentado pelo Deputado Jairo Carneiro ao Projeto de Emenda Constitucional n. 96/92 (“Emenda do Judiciário”) propunha-se a adoção do incidente de inconstitucionalidade, nos termos seguintes:

Art. 107. [...].

[...].

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

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

Na versão do *Relatório sobre a Reforma do Judiciário* apresentada pelo Deputado Aloysio Nunes Ferreira reiterou-se a ideia do incidente de inconstitucionalidade, tal como se pode ler na proposta de redação do art. 103, § 5º, *verbis*:

Art.103. [...]

[...].

§ 5º O Supremo Tribunal Federal, a pedido das pessoas e entidades mencionadas no art. 103, de qualquer tribunal, de Procura-

<sup>11</sup> Cf. Relatoria da Revisão Constitucional, 1994, Pareceres Produzidos (Histórico), t. I, p. 317.

dor-Geral de Justiça, de Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado, quando for relevante o fundamento de controvérsia judicial sobre constitucionalidade de lei, de ato normativo federal ou de outra questão constitucional, federal, estadual ou municipal, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão, salvo para medidas urgentes, de processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão exclusivamente sobre matéria constitucional suscitada, ouvido o Procurador-Geral da República.

Ressalte-se de imediato que, a despeito da aparente novidade, técnica semelhante já se adota entre nós desde 1934, com a chamada “cisão funcional” da competência, que permite, no julgamento da inconstitucionalidade de norma perante tribunais, ao Plenário ou ao Órgão Especial julgar 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 poderia ensejar a separação da questão constitucional para o seu julgamento não pelo Pleno do Tribunal ou por seu Órgão Especial, mas, diretamente, pelo STF. Ao invés de cisão funcional no plano horizontal, tal como prevista no art. 97 da CF, ter-se-ia uma cisão funcional no plano vertical.

Daí o inevitável símile com a técnica consagrada nos modelos de *controle concentrado de normas*, que determina seja a questão submetida diretamente à Corte Constitucional toda vez que a norma for relevante para o julgamento do caso concreto e o juiz ou tribunal considerá-la inconstitucional (cf., *v.g.*, Constituição Austríaca, art. 140, (1); Lei Fundamental de Bonn, art. 100, I, e Lei Orgânica da Corte Constitucional, §§ 13, n. 11, e 80 e ss.).

Todavia, as diferenças eram 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 alteraria, em seus fundamentos, o *sistema difuso* de controle de constitucionalidade, introduzido entre nós pela Constituição de 1891. Juízes e tribunais continuariam a decidir também a questão constitucional, tal como faziam anteriormente, cumprindo ao STF, 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.

A proposta apresentada pelo Deputado Aloysio Nunes Ferreira continha uma novidade específica em relação às propostas anteriores, pois permitia que o próprio tribunal encarregado de julgar a questão constitucional provocasse o pronunciamento uniformizador do STF.

Nesse caso, ao invés de decidir a questão constitucional, na forma do art. 97, a Corte *a quo* poderia provocar um pronunciamento definitivo do STF a respeito da questão. Introduzir-se-ia, assim, modificação significativa no chamado “modelo incidental” de controle de constitucionalidade. Ao lado da possibilidade de declarar a inconstitucionalidade da lei, na forma do art. 97, poderia o tribunal submeter a questão, diretamente, ao STF.

É fácil ver, pois, aqui, uma aproximação maior entre o incidente de inconstitucionalidade e o chamado “processo de controle concreto” do sistema concentrado europeu. Observe-se que, ao contrário do que ocorre no sistema europeu, que confere o monopólio de censura ao Tribunal Constitucional – e, portanto, obriga o juiz ou o tribunal a encaminhar a questão constitucional à Corte especializada –, o modelo proposto no relatório Aloysio Nunes limitava-se a facultar a submissão da controvérsia constitucional ao STF.

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

A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF nesses processos haveriam de indicar a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico editados pelas diversas entidades comunais. Essa solução é superior, sem dúvida, a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do STF, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra decisões proferidas pelas diferentes Cortes Estaduais. Outra virtude aparente do instituto residiria 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, passaria 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, naquele momento, somente poderiam ser veiculadas mediante a utilização do recurso extraordinário. Por último, convém ressaltar a importância da inovação contida no aludido instituto, que permite a instauração do incidente não apenas em relação à lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, mas também em relação à interpretação constitucional.

Embora tenha sido mantido no Projeto de Reforma do Judiciário (substitutivo Zulaiê Cobra), o texto foi derrubado pelo Plenário da Câmara dos Deputados (PEC n. 96/92).

Um exame acurado da arguição de descumprimento de preceito fundamental, tal como regulada na Lei n. 9.882, de 1999, há de demonstrar que, afora os problemas decorrentes da limitação do parâmetro de controle, o texto normativo guarda estrita vinculação com as propostas de desenvolvimento do incidente de inconstitucionalidade. A estrutura de legitimação, a exigência de configuração de controvérsia judicial ou jurídica para a instauração do processo, a possibilidade de

sua utilização em relação ao direito municipal e ao direito pré-constitucional e o efeito vinculante das decisões, tudo reforça a semelhança entre os institutos.

É certo, por outro lado, que, diferentemente do incidente de inconstitucionalidade, a arguição de descumprimento tem como parâmetro de controle os preceitos fundamentais identificáveis na Constituição. Trata-se de elemento menos preciso do que o parâmetro de controle do incidente de inconstitucionalidade (toda a Constituição). Assim, até que o STF se pronuncie acerca do efetivo alcance da expressão “preceitos fundamentais”, ter-se-á de assistir ao debate entre os cultores de uma interpretação ampla e aberta e os defensores de uma leitura restritiva e fechada do texto constitucional.

Assinale-se, outrossim, que, diversamente do incidente, a arguição de descumprimento, tal como formulada na Lei n. 9.882, de 1999, poderá ser utilizada, em casos excepcionais, também de forma principal, assumindo a feição de um recurso de amparo ou de uma *Verfassungsbeschwerde* autônoma no Direito Brasileiro.

Como já ressaltado, o novo instituto introduziu alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de leis ou atos concretos.

Finalmente, deve-se observar que o novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle de constitucionalidade no Brasil: o controle da omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal (cf., infra, ns. 5 e 8 dos comentários ao art. 1º). Todas essas peculiaridades realçam que, no que respeita à diversidade e amplitude de utilização, a arguição de descumprimento de preceito fundamental revela-se superior à fórmula do incidente de inconstitucionalidade. Em verdade, o novo instituto vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas, serão objeto de exame no âmbito do novo procedimento.

#### 4 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não somente o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?

Essas e outras indagações desafiam os juristas aqui e alhures. Não pretendemos aqui dar uma resposta definitiva e cabal a essas questões, não somente pelos limites do estudo proposto, mas, sobretudo, porquanto tal tarefa transcenderia de muito os limites das nossas próprias forças.

Observe-se, a esse respeito, que o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão configura fenômeno relativamente recente, também na dogmática jurídica alemã.

Em 1911, ressaltava Kelsen, que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei afigurava-se inadmissível.<sup>12</sup> Anteriormente, reconhecera Georg Jellinek que a impossibilidade de formular pretensão em face do legislador constituía *communis opinio*.<sup>13</sup> Sob o império da Constituição de Weimar (1919) negava-se, igualmente, a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador. Esse entendimento assentava-se, de um lado, na ideia de uma irrestrita liberdade legislativa e, de outro, na convicção de que o legislador somente atuava no interesse da coletividade.<sup>14</sup>

Essa concepção sofreu significativa mudança com o advento da Lei Fundamental de 1949. A expressa vinculação do legislador aos direitos fundamentais (art. 1º, III) e à Constituição como um todo (art. 20, III) estava a exigir o desenvolvimento de uma nova concepção. Já em 1951 passa a doutrina a admitir, pela voz eloquente de Bachof, a possibilidade de responsabilização do Estado em virtude de ato de índole normativa,<sup>15</sup> caracterizando uma ruptura com o entendimento até então vigente, baseado na própria jurisprudência do *Reichsgericht*.<sup>16</sup> Bachof rejeitava, porém, uma pretensão à edição de uma lei por entender que isso seria incompatível com o princípio da divisão de Poderes.<sup>17</sup>

A Corte Constitucional alemã viu-se compelida a arrostar questão atinente à omissão do legislador logo no seu primeiro ano de atividade.

Na decisão de 19 de dezembro de 1951, o Tribunal negou a admissibilidade de recurso constitucional contra a omissão do legislador, que, segundo alegado, *fixara a pensão previdenciária em valor insuficiente para a satisfação das necessidades básicas de uma família*. Segundo o entendimento então esposado pelo Tribunal, os postulados contidos na Lei Fundamental não asseguravam ao cidadão, em princípio, qualquer pretensão a uma atividade legislativa suscetível de ser perseguida mediante *recurso constitucional*.<sup>18</sup>

As decisões proferidas em 20 de fevereiro de 1957 e em 11 de junho de 1958 estavam a sinalizar a evolução jurisprudencial que haveria de ocorrer. Na primeira decisão, proferida em processo de recurso constitucional, a Corte Constitucional alemã admitiu, expressamente, o cabimento de medida judicial contra omissão parcial do legislador, reconhecendo que, ao contemplar determinado grupo

<sup>12</sup> Kelsen (1911, p. 410).

<sup>13</sup> Jellinek (1905, p. 80, nota 1).

<sup>14</sup> Anschütz e Thoma (1932, t. 2, p. 608) e Genzmer (1932, t. 2, p. 506ss.).

<sup>15</sup> Bachof (1968, p. 18).

<sup>16</sup> Cf. acórdão do Reichsgericht in *RGZ*, 125, 282, no qual se assentou, expressamente, a impossibilidade de responsabilização do Estado por ato legislativo.

<sup>17</sup> Bachof (1968, p. 18).

<sup>18</sup> BVerfGE, 1, 97 (100).

ou segmento no âmbito de aplicação de uma norma, o legislador poderia atentar contra o princípio da isonomia, cumprindo, de forma defeituosa, dever constitucional de legislar.<sup>19</sup> Na decisão de 11 de junho de 1958, também proferida em recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>20</sup> impetrado contra lei federal que fixava a remuneração de funcionários públicos, a Corte declarou que, embora não estivesse legitimada a fixar os vencimentos de funcionários públicos, dispunha ela de elementos suficientes para constatar que, em virtude da alteração do custo de vida, os valores estabelecidos na referida lei não mais correspondiam aos parâmetros mínimos exigidos pelo art. 33 (5) da Lei Fundamental.<sup>21</sup> Não se declarou aqui a nulidade do ato normativo, *até porque uma cassação agravaria ainda mais o estado de inconstitucionalidade*. O Tribunal limitou-se a constatar a ofensa a direito constitucional dos impetrantes, em virtude da omissão legislativa.

Portanto, a jurisprudência da Corte Constitucional alemã identificou, muito cedo, que configura a omissão inconstitucional não apenas o *inadimplemento absoluto* de um dever de legislar (*omissão total*), mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (*omissão parcial*) (*Teilunterlassung*). Assentou-se, igualmente, que a lacuna inconstitucional poderia decorrer de uma mudança nas relações fáticas, configurando para o legislador imediato dever de adequação.

A identificação da omissão inconstitucional do legislador, no juízo de constitucionalidade, tornava imperioso o desenvolvimento de novas técnicas de decisão, que se afigurassem adequadas a eliminar do ordenamento jurídico essa peculiar forma de afronta à Constituição, sem violentar a própria sistemática constitucional consagrada na Lei Fundamental. A Corte Constitucional recusou, de plano, a possibilidade de substituir-se ao legislador na colmatação das lacunas eventualmente identificadas, entendendo que a tarefa de concretização da Constituição foi confiada, primordialmente, ao legislador. Assim, tanto o princípio da divisão de Poderes quanto o postulado da democracia obstavam a que os Tribunais se arrogassem ao direito de suprir lacunas eventualmente identificadas.

Essa orientação fez com que o Tribunal desenvolvesse, como técnica de decisão aplicável aos casos de lacuna inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarerklärung*). Trata-se de decisão de caráter mandamental, que obriga o legislador a suprimir, com a possível

<sup>19</sup> BVerfGE, 6, 257.

<sup>20</sup> Acentue-se que o ordenamento alemão não dispõe de instrumentos especiais para o controle judicial da omissão. O recurso constitucional — *Verfassungsbeschwerde* — constitui, na esfera do *Bundesverfassungsgericht*, o único instrumento processual autônomo de que o cidadão dispõe para atacar diretamente a omissão do legislador, desde que logre demonstrar eventual ofensa a um dos direitos fundamentais. Na maioria dos casos, cuida-se de *Verfassungsbeschwerde* dirigida contra ato normativo, nos casos em que se admite que o legislador satisfaz, de forma incompleta, o dever de proteção (*Schutzpflicht*) dimanado de um ou de outro direito fundamental. A maioria dos casos refere-se, porém, não às *Verfassungsbeschwerde* propostas diretamente contra a omissão legislativa, seja ela parcial ou total, mas àquelas dirigidas contra decisão da última instância da jurisdição ordinária (chamadas *Urteils-Verfassungsbeschwerde*). A *Urteil-Verfassungsbeschwerde* cumpre, em determinada medida, função semelhante à do nosso recurso extraordinário pertinente à ofensa constitucional, podendo ser interposta nos casos de lesão aos direitos fundamentais mediante erro do juiz ou tribunal na interpretação e aplicação do direito.

<sup>21</sup> BVerfGE, 8, 1 (28).

presteza, o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão.<sup>22</sup> Essa forma de decisão, construída pela jurisprudência, foi incorporada à lei que disciplina o processo perante a Corte Constitucional.

Outra técnica de decisão, desenvolvida sobretudo para os casos de omissão inconstitucional, é o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), decisão na qual se afirma que a situação jurídica em apreço ainda se afigura constitucional, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade. Essa técnica de decisão assumiu relevância ímpar nos casos da legislação pré-constitucional incompatível com a Lei Fundamental. A cassação dessas leis pré-constitucionais poderia levar, em muitos casos, a uma situação de autêntico caos jurídico. Daí ter a Corte Constitucional reconhecido que o legislador haveria de dispor de um prazo razoável para adaptar o direito ordinário à nova ordem constitucional, reconhecendo como *ainda constitucional* o direito anterior, que deveria ser aplicado nessa fase de transição. A doutrina constitucional mais moderna considera que o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*) configura apenas uma decisão de rejeição de inconstitucionalidade, caracterizando-se essa recomendação dirigida ao legislador como simples *obiter dictum*.<sup>23</sup> Essa qualificação não retira a eficácia desse pronunciamento, não havendo, até agora, registro de qualquer caso de recalcitrância ou de recusa do legislador no cumprimento de dever constitucional de legislar atestado pela Corte Constitucional.

No Brasil, a ação direta por omissão teve até agora uma aplicação restrita.

## Conclusão

Como observado, caso se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidental*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro alteraram significativamente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso.

<sup>22</sup> Ipsen (1980, p. 268-269).

<sup>23</sup> Cf., a propósito, Bryde (1982, p. 397) e Ipsen (1980, p. 125). Sobre a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, “coisa dita de passagem” (acessoriamente, v. Rónai (1984), isto é, entre os fundamentos essenciais à prolação do julgado e aquelas considerações que integram os fundamentos da decisão, mas que são perfeitamente dispensáveis, v. Schlüter (1973, p. 77ss).

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, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

Ademais, a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental veio ocupar um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal).

O constituinte de 1988 emprestou, ainda, significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão, com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta da inconstitucionalidade da omissão.

Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado.

## Referências

ANSCHÜTZ, Gerhard; THOMA, Richard (Org.). *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*. Tübingen: Mohr, 1932.

BACHOF, Otto. *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*. Tübingen: Mohr, 1968.

BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos, 1982.

CORRÊA, Oscar. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GENZMER, Felix. *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Handbuch des Deutschen Staatsrechts*. Tübingen: Mohr, 1932.

IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Nomos: Baden-Baden, 1980.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen: Mohr, 1905.

KELSEN, Hans. *Hauptprobleme de Staatsrechtslehre*. Tübingen: JCB Mohr, 1911.

RÓNAI, Paulo. *Não perca o seu latim*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.

SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum*. Munchen: Beck, 1973.

Recebido em 2 de abril de 2011

Aceito em 5 de maio de 2011