Direito do Estado.com.br
O Direito Público da Cidadania

R DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 19 – julho/agosto/setembro de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DAS LEIS 9868/99 E 9882/99

Prof. Gilmar Ferreira Mendes

Ministro do Supremo Tribunal Federal; Professor Adjunto da Universidade de Brasília - UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1988), Doutor em Direito pela Universidade de Münster.

I- INTRODUÇÃO

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade vem sofrendo, desde 1988, importantes transformações em seu perfil. Neste processo, desempenham relevante papel os recentes diplomas legislativos que disciplinam o processamento e julgamento da ADPF, ADIN e da ADC. Estamos a nos referir às Leis 9868/99 e 9882/99. Nas considerações que se seguem, vamos abordar os principais temas relativos a elas e suas repercussões em nosso sistema de controle de constitucionalidade.

II- A LEI 9882/99

Tendo origem em projeto de lei proposto pela ilustre deputada Sandra Starling, entrou em vigor em 3 de dezembro último a Lei 9882, regulamentando o art. 102,§ 1º da CF. Trata-se de diploma legal que visa dar conformação à chamada Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

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

1- AMPLIAÇÃO DO LEQUE DE SITUAÇÕES QUE PODEM SER OBJETO DE CONTROLE CONCENTRADO:

Uma das mais importantes características da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - instrumento de controle concentrado de constitucionalidade - é a larga extensão do conjunto de seus possíveis objetos, fruto da abertura semântica dada pela expressão "ato do Poder Público" contida no art. 1º da lei que a disciplina. Assim, por exemplo, para além de atos de natureza normativa, o citado dispositivo está a indicar que a argüição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição - alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não envolva a aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

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

2- ANTECIPAÇÃO DAS DECISÕES SOBRE CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS PELO STF:

Outra fundamental inovação trazida pela argüição de descumprimento é a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da "interpretação autêntica" do Supremo Tribunal Federal. Muitos podem discordar sobre a possibilidade de uma tal antecipação decisória, já que, conforme o § 1º do art. 4º, a propositura da argüição de descumprimento dependeria da inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a situação inconstitucional. Vale dizer, o uso da argüição de descumprimento fica condicionada a um princípio de subsidiariedade. Tal intelecção do dispositivo em questão não se nos afigura de todo correta. Explicamos o motivo.

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

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da argüição de descumprimento.

Também é possível que se apresente argüição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não há cogitar aqui de meio eficaz para solver, de forma ampla e geral, eventual controvérsia instaurada.

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

3- ANÁLISE DE FATOS E PROGNOSES

Consoante o disposto no § 1º do art. 6º da Lei 9882, o relator do processo de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental poderá determinar o levantamento de dados de fato relevantes para o exame da questão constitucional discutida nesta ação.

O dispositivo em questão tem inegável semelhança com o § 1º do art. 9º e com o §1º do art. 20 da Lei 9868 (LADIN), expressando, temos certeza, a mesma preocupação por parte do legislador. Mas qual é ela?

Referimo-nos à apreciação dos chamados "fatos e prognoses legislativos" no âmbito do controle de constitucionalidade.

Em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de

interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica.

É verdade que, às vezes, uma leitura do modelo hermenêutico-clássico manifesta-se de forma radical, sugerindo que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Essa abordagem simplificadora tem levado o Supremo Tribunal Federal a afirmar, às vezes, que fatos controvertidos ou que demandam alguma dilação probatória não podem ser apreciados em ação direta de inconstitucionalidade.

Essa abordagem confere, equivocadamente, maior importância a uma pré-compreensão do instrumento processual do que à própria decisão do constituinte de lhe atribuir a competência para dirimir a controvérsia constitucional.

É bem verdade que, se analisarmos criteriosamente a nossa jurisprudência constitucional, verificaremos que, também entre nós, se procede ao exame ou à revisão dos fatos legislativos pressupostos ou adotados pelo legislador. É o que se verifica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

Nos Estados Unidos, o chamado "Brandeis-Brief" - memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no "case Müller versus Oregon" (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher - permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples "questão jurídica" de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição.

Hoje, não há como negar a "comunicação entre norma e fato" (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.

A constatação de que os elementos normativos e fáticos apresentam-se, muitas vezes, de forma não diferenciada ou de modo inseparável produziu, de certo modo, conseqüências no âmbito do processo constitucional. Inicialmente, afirmava-se que a competência da Corte Constitucional limitava-se à apreciação de questões jurídico-constitucionais, sendo estranha aos seus misteres a investigação de fatos ou de circunstâncias eminentemente fáticas.

Na Alemanha, propôs o deputado Dichgan, em 1968, que se alterasse a lei de organização da Corte Constitucional para assentar que o Bundesverfassungsgericht restava vinculado aos fatos e prognoses estabelecidos pelo legislador, salvo no caso de fixação de falsa constatação.

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

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

Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.

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

4- ABERTURA PROCEDIMENTAL:

Da mesma forma, afigura-se digno de realce o dispositivo (§ 2? do art. 6?) constante da Lei 9882 que permitir que o relator, segundo critérios seus, admita a manifestação de interessados no processo. Trata-se de figura assemelhada à contida na Lei 9868 (art. 7o, § 2o). Em ambos os casos, o que se pretendeu foi introduzir em nosso direito positivo a figura do "amicus curiae" no processo de controle de constitucionalidade.

O instituto em questão, de longa tradição no direito americano, visa a um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados e afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira.

Para além disso, o dispositivo em questão acaba por ensejar a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.

5- VALOR DAS DECISÕES:

Por último, é mister abordar a questão das decisões tomadas no âmbito das Argüições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Vários e interessantes são os aspectos deste tema. Passemos ao exame de alguns deles.

Damos por certo que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia erga omnes e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.

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

Retas um importante ponto a ser abordado. Trata-se das decisões que tenham como objeto a legitimidade ou ilegitimidade constitucional de sentenças judiciais, especialmente aquelas em que não estejam envolvidas a aplicação de lei ou ato infraconstitucional, mas sim a correção da interpretação dada a um determinado dispositivo constitucional . Nestes casos, acreditamos que, em virtude do já citado efeito vinculante, o STF, a partir de sua decisão, passará a fixar com força obrigatória qual a interpretação legítima a ser dada em casos semelhantes aos dispositivos constitucionais sobre os quais versou a sentença questionada pela argüição de descumprimento.

III- A LEI 9868/99

A Lei 9868 de 10 de novembro de 1999 visa disciplinar o processamento e julgamento da ADIN e da ADC. Algumas das inovações mais importantes, tais como a positivação do "amicus curiae" e a possibilidade de averiguação fática no controle abstrato de normas, já foram referidas no bojo da análise que acabamos de fazer da Lei 9882/99 que regula a ADPF. Restam, porém, alguns pontos que merecem ser abordados.

1- PROCEDIMENTO NA ADIN E NA ADC

Tradicionalmente, as regras destinadas à disciplina da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade estavam contidas ou no texto constitucional, ou no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Agora, com a entrada em vigor da Lei 9868 este quadro muda profundamente.

Esta Lei trata, em capítulo destacado, da admissibilidade do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade (Capítulo II) e da admissibilidade e do procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional no 3, de 1993 (Capítulo III). Tendo em vista o caráter "dúplice" ou "ambivalente" das referidas ações, as regras de admissibilidade e de procedimento aplicáveis à ação direta são, na sua essência, extensíveis à ação declaratória.

Atenta à necessidade de conferir certa celeridade aos processos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, houve por bem a Lei 9868 deferir ao relator a possibilidade de indeferir liminarmente as petições ineptas, as não fundamentadas e aquelas manifestamente improcedentes (arts. 4o e 15). Cabe, de toda maneira, agravo da decisão de indeferimento (art. 4º § único e art. 15 § único), no prazo de 5 dias .

2- MEDIDA CAUTELAR NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No que se refere ao pedido de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, optou a Lei 9868 por estabelecer que, salvo em caso de excepcional urgência, o Tribunal somente concederá a liminar, por decisão da maioria absoluta de seus membros, após a audiência, dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 10). A Lei explicita (art. 11), ainda, que a decisão concessiva de cautelar terá eficácia erga omnes, devendo a sua parte dispositiva ser publicada em seção especial do Diário Oficial no prazo de dez dias a contar do julgamento.

Ainda no que se refere à medida cautelar no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, o art. 11, § 1º da Lei 9868 dispõe, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a cautelar será concedida, regularmente, com eficácia ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Da mesma forma, prevê-se que a liminar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (art. 11, §2º).

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

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

Outra inovação do presente na Lei 9868 (art. 21) refere-se à admissão, explicitamente, de cautelar, em ação declaratória de constitucionalidade, que há de consistir na determinação de que os juízes e tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definitivo, que, de qualquer sorte, há de se verificar no prazo de 180 dias.

Considerando a natureza e o escopo da ação declaratória de constitucionalidade, a eficácia erga omnes e o efeito vinculante das decisões proferidas nesse processo, parece, indiscutivelmente, ter sido acertada a admissão por parte do legislador, de maneira explicita, da concessão de medida cautelar, a fim de evitar o agravamento do estado de insegurança ou de incerteza jurídica que se pretende eliminar.

3- EFEITOS DAS DECISÕES NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS

A Lei 9868 contém disposição que autoriza o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de estabelecer que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços de seus membros.

Antes desta inovação, a falta de um instituto que permitisse estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acabava por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

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

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão "lei inconstitucional" configurava uma contradictio in terminis, uma vez que "the inconstitutional statute is not law at all" , passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade.

A Suprema Corte americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam

ilegítimas e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não há que se cogitar de alteração de julgados anteriores.

Sobre o tema, afirma Tribe:

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

Também a Corte Constitucional alemã passou a adotar, já no início de sua judicatura, em 1954, a chamada decisão de apelo (Appellentscheidung), que lhe outorgava a possibilidade de afirmar que a lei se encontrava em processo de inconstitucionalização, recomendando ao legislador, por isso, que procedesse de imediato às correções reclamadas. Segundo a fórmula adotada pelo Tribunal, a lei questionada seria, ainda, constitucional (es ist noch verfassungsgemäss), o que impediria a declaração imediata de sua inconstitucionalidade. O legislador deveria atuar, porém, para evitar a conversão desse estado imperfeito ou de uma situação ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade.

Ao lado da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei do Bundesverfassungsgericht, e do apelo ao legislador, desenvolveu o Tribunal outra variante de decisão, a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Desde 1970, prevê o § 31, (2), 2o e 3o períodos, da Lei do Bundesverfassungsgericht, que o Tribunal poderá declarar a constitucionalidade, a nulidade ou a inconstitucionalidade (sem a pronúncia da nulidade) de uma lei.

No modelo tedesco, as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não podem ser inferidas diretamente da Lei do Bundesverfassungsgericht.

Pode-se depreender das primeiras decisões que o Tribunal considerava admissível a aplicação provisória da lei que teve a sua inconstitucionalidade declarada. Uma posição definitiva sobre a questão somente foi tomada na decisão relativa à nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados "casamentos mistos", na qual o Bundesverfassungsgericht houve por bem equiparar, no que concerne à aplicação subseqüente da lei inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (BVerfGE 37,

217 (262) à declaração de nulidade. Segundo o entendimento firmado nessa decisão, a lei simplesmente inconstitucional (unvereinbar), mas que não teve a sua nulidade pronunciada, não mais pode ser aplicada. Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional.

A Constituição portuguesa, na versão da Lei Constitucional de 1982, consagrou fórmula segundo a qual, quando a segurança jurídica, razões de eqüidade ou interesse público de excepcional relevo o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto em geral (art. 281o (4).

Vale registrar, a propósito, a opinião abalizada de Jorge Miranda:

"A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.

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

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

A primeira vista, oposto à fixação dos efeitos é o judicial self-restraint, que consiste (como o nome indica) numa autolimitação dos tribunais ou do tribunal de constitucionalidade, não ajuizando aí onde considere que as opções políticas do legislador devem prevalecer ou ser insindicáveis. Mas talvez se trate apenas de uma aparente restrição, porquanto não interferir, não fiscalizar, não julgar pode inculcar, já por si, uma aceitação dos juízos do legislador e das suas estatuições e, portanto, também uma definição (embora negativa) da inconstitucionalidade e dos seus eventuais efeitos."

Embora a Constituição espanhola não tenha adotado instituto semelhante, a Corte Constitucional, marcadamente influenciada pela experiência constitucional alemã, passou a adotar, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, como reportado por Garcia de Enterría:

"La reciente publicación en el Boletín Oficial del Estado de 2 de marzo último de la ya famosa Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, sobre inconstitucionalidad del sistema de liquidación conjunta del Impuesto sobre la Renta de la "unidad familiar" matrimonial, permite a los juristas una reflexión pausada sobre esta importante decisión del Tribunal Constitucional, objeto ya de multitud de Comentários periodísticos.

La decisión es importante, en efecto, por su fondo, la inconstitucionalidad que declara, tema en el cual no parece haberse producido hasta ahora, discrepancia alguna. Pero me parece bastante mas importante aún por la innovación que ha supuesto en la determinación de los efectos de esa inconstitucionalidad, que el fallo remite a lo "que se indica en el Fundamento undécimo" y éste explica como una eficácia pro futuro, que no permite reabrir las liquidaciones administrativas o de los propios contribuyentes (autoliquidaciones) anteriores."

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

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

Essa peculiaridade restou evidenciada na ADIn 526, oferecida contra a Medida Provisória no 296, de 1991, que concedia aumento de remuneração a segmento expressivo do funcionalismo público, em alegado desrespeito ao disposto no art. 37, X, da constituição. Convém se registre passagem do voto proferido pelo eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do pedido de concessão de medida cautelar:

"Põe-se aqui, entretanto, um problema sério e ainda não deslindado pela Corte, que é um dos tormentos do controle da constitucionalidade da lei pelo estalão do princípio da isonomia e suas derivações constitucionais.

Se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidade pela declaração da invalidez da constrição discriminatória.

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

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

observância à imposição de tratamento igualitário do art. 39, § 1o, da Constituição.

A alternativa que aí se põe ao órgão de controle é afirmar a inconstitucionalidade positiva de norma concessiva do benefício ou, sob outro prisma, a da omissão parcial consistente em não ter estendido o benefício a quantos satisfizessem os mesmos pressupostos de fato subjacentes à outorga (Canotilho, "Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador", l992, 333 ss.; 339; "Direito Constitucional", 1986, pág. 831; Gilmar F. Mendes, "Controle de Constitucionalidade", 1990, págs. 60 ss.; Regina Ferrari, "Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade", 1990, págs. 156 ss.; Carmem Lúcia Rocha, "O Princípio Constitucional da Igualdade", 1990, pág. 42): "a censurabilidade do comportamento do legislador" - mostra Canotilho ("Constituição Dirigente", cit., pág 334), a partir da caracterização material da omissão legislativa - "tanto pode residir no acto positivo - exclusão arbitrária de certos grupos das vantagens legais - como no procedimento omissivo - emanação de uma lei que contempla positivamente um grupo de cidadão, esquecendo outros".

Se se adota a primeira solução - a declaração de inconstitucionalidade da lei por "não favorecimento arbitrário" ou "exclusão inconstitucional de vantagem" - que é a da nossa tradição (v. g. RE 102.553, 21-8-86, RTJ 120/725) - a decisão tem eficácia fulminante, mas conduz a iniqüidades contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros, que ao gozo dela se apresentariam com os mesmos títulos.

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

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

A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2o, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei - seja ela absoluta ou relativa, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra.

De resto, como assinalam estudiosos de inegável autoridade (v.g. Gilmar Mendes, cit. pág. 70), o alvitre da inconstitucionalidade por omissão parcial ofensiva da isonomia - se pôde ser construída, a partir da Alemanha, nos regimes do monopólio do controle de normas pela Corte Constitucional -, suscita problemas relevantes de possível rejeição sistemática, se se cogita de transplantá-la para a delicada simbiose institucional que se traduz na conveniência, no direito brasileiro, entre o método de controle direto e concentrado no Supremo Tribunal e o sistema difuso.

Ponderações que não seria oportuno expender aqui fazem, porém, com que não descarte de plano a aplicabilidade, no Brasil, da tese da inconstitucionalidade por omissão parcial. Ela, entretanto, não admite antecipação cautelar, sequer, limitados efeitos de sua declaração no julgamento definitivo; muito menos para a extensão do benefício aos excluídos, que nem na decisão final se poderia obter."

Evidente, pois, que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão legislativa. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, tal como já admitido pela Corte Constitucional alemã em algumas decisões.

Essa deficiência se mostrou igualmente notória, na decisão de 23.3.94, na qual o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a defensoria pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados

Ressalvou-se, portanto, de forma expressa, a possibilidade de que o Tribunal viesse a declarar a inconstitucionalidade da disposição em apreço, uma vez que, como ressaltado no voto do Ministro Moreira Alves, a afirmação sobre a legitimidade da norma assentava-se em uma circunstância de fato que se modifica no tempo.

Tais decisões demonstram que a criação de nova técnica de decisão decorre do próprio sistema constitucional, especialmente do complexo processo de controle de constitucionalidade das leis adotado entre nós.

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, o dispositivo em questão permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado "in concreto" se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

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

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MENDES, Gilmar Ferreira. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DAS LEIS 9868/99 E 9882/99. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, julho/agosto/setembro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Texto da palestra proferida durante o Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União - 5ª Região, promovida pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal. (Fortaleza, 20 de novembro de 2000).