

O CONTROLE INCIDENTAL DE NORMAS NO DIREITO BRASILEIRO

Gilmar Ferreira Mendes

1. Introdução

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Assim, o processo abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função, tanto quanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas³.

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, introduziu a ação declaratória de

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

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

³ HÄBERLE, Peter. *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, **in**: HÄBERLE, Peter. *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, p. 1 (14).

constitucionalidade, firmando a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República.

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

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

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

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

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

Como se sabe, adotou-se, entre nós, de início, o modelo difuso de declaração de inconstitucionalidade⁴. O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, consagrava que “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura só intervirá em espécie e por provocação da parte”. O desenvolvimento posterior veio a consolidar essa tendência, como se depreende do disposto nos arts. 59, § 1º, *a e b*, e 60 da Constituição de 1891, e no art. 13, § 10, da Lei de Organização da Justiça Federal (Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894). A reforma de 1926 não introduziu modificação significativa nesse âmbito, limitando-se a restringir o acesso ao Judiciário nas questões políticas⁵.

A matéria não sofreu alterações profundas nos textos subseqüentes.

⁴ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 99; BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*, RDP, 1(4):37; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das constituições rígidas*, 2ª ed., São Paulo, Bushatsky, 1980, p. 156.

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

A declaração de inconstitucionalidade por via de exceção se erigiu, inicialmente, em dogma do regime republicano. A “*inconstitucionalidade – ensinava Rui – não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute*”⁶, uma vez que “*o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política não se deve pleitear por ação direta ou principal*”⁷. E, dentre os requisitos elementares ao exercício do controle de constitucionalidade, no Direito brasileiro, reputava imprescindível

“*que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não alvo, do libelo.*”⁸

Essa concepção ortodoxa sofreu profunda modificação na sua própria matriz, conforme demonstra George Jaffin no artigo intitulado “Evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos.”⁹ A ampla utilização da *injunction* como técnica do controle de constitucionalidade permitiu que se atenuassem, significativamente, as exigências para obter “*uma declaração judicial sobre a validade da lei*”, ensejando a propositura de ações visando a impedir que determinado agente oficial desse execução a uma lei inconstitucional¹⁰. Admitia-se, como observado por Benjamin Cardozo, “*que o prejudicado chorasse antes de sentir dor*”¹¹. O reconhecimento da legitimidade da ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade outorgou maior flexibilidade ao sistema, superando a exigência de uma controvérsia ou de um contraditório rígido e nem sempre autêntico¹².

Entre nós, a instituição das garantias constitucionais do *habeas corpus* e do mandado de segurança individual e coletivo ampliou, significativamente, a chamada via de defesa ou de exceção contra o ato ou omissão eivado de inconstitucionalidade, admitindo-se, inclusive, a utilização desses remédios em caráter preventivo¹³. Reconheceu-se, igualmente, a legitimidade da ação declaratória como instrumento processual hábil a obter a

⁶ BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, in *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 82.

⁷ BARBOSA. *Os atos inconstitucionais...*, in *Trabalhos jurídicos*, cit., p. 81.

⁸ BARBOSA. *Os atos inconstitucionais...*, in *Trabalhos jurídicos*, cit., p. 95, e *O Direito do Amazonas ao Acre septentrional*, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio, 1910, v. 1, p. 103.

⁹ RF 86:285 e s.

¹⁰ JAFFIN, George H. *Evolução do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos*, RF 86: 279-92 (287 e 281); BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 101; BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1958, p. 24-6.

¹¹ **Apud** BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 101.

¹² Nashville C. and St. Louis Railway vs. Wallace 288 U.S. 249. BITTENCOURT, *O controle jurisdicional...*, cit., p. 101; BUZAID. *Da ação direta...*, cit., p. 27-9; JAFFIN. *Evolução...*, cit., p. 290-1; ARECHAGA, Eduardo Jiménez. *A ação declaratória de inconstitucionalidade na Constituição uruguaia de 1934*, RF, 86:293-300.

¹³ BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 101 e 105-10; BUZAID, Alfredo. “*Juicio de amparo*” e mandado de segurança, *Revista de Direito Processual Civil*, 5:69; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982, p. 58-60.

pronúncia de inconstitucionalidade de lei ou ato desconforme com a ordem constitucional¹⁴. A ação popular passa a constituir, também, forma judicial idônea para provocar o controle jurisdicional da constitucionalidade¹⁵.

Não se cuida mais, ou exclusivamente, de simples defesa contra a aplicação de um ato inconstitucional, tal como inicialmente definido por Lúcio Bittencourt¹⁶, ou de alegação de inconstitucionalidade emanada de pessoa cujos direitos tenham sido ofendidos pela lei, como preconizado por Buzaid¹⁷.

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

Anote-se que não se faz imprescindível a alegação dos litigantes, podendo o juiz ou o tribunal recusar-lhe aplicação, a despeito do silêncio das partes¹⁹.

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

Nos modelos concentrados, a diferenciação entre controle concreto e abstrato assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade (*Zulässigkeitsvoraussetzungen*). O controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta, constituindo a relevância da decisão (*Entscheidungserheblichkeit*) pressuposto de admissibilidade²⁰. O chamado controle abstrato, por seu turno, não está vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer outro evento do cotidiano (*Lebensvorgang*)²¹. Schlaich ressalta a equivocidade desses conceitos,

¹⁴ BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 102-5.

¹⁵ Cf., a propósito, SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional; doutrina e processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p. 125-30.

¹⁶ BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 97; cf., a propósito, BASTOS. *Curso...*, cit., p. 58.

¹⁷ BUZOID. *Da ação direta...*, cit., p. 24.

¹⁸ BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 111-12; cf., sobre o tema, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1986, p. 795.

¹⁹ BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 113.

²⁰ SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht; Stellung Verfahren, Entscheidungen*, 3ª ed., München, C. H. Beck, 1994, p. 92; PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht; die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, 3ª ed., München, C. H. Beck, 1991, p.202; cf., também, CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1972, p. 4-10; CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, in *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1968, v. 3, p. 373 e s.; ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, Bologna, Mulino, 1979, p. 84 e s.

²¹ SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 92; PESTALOZZA. *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 202; SÖHN,

porquanto o controle realizado, a decisão proferida e as conseqüências jurídicas são verdadeiramente abstratas, na medida em que se processam independentemente do feito originário. Em outros termos, o controle e o julgamento levados a efeito pelo tribunal estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo, por isso, conseqüências jurídicas idênticas²².

Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura “*antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica*”²³.

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

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

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

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

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

Essa atribuição reconhecida ao Senado mereceu crítica de Araújo Castro, que entendia indevido o deslocamento da matéria da esfera judiciária²⁴. Ressalte-se que, na Assembléia Constituinte, o deputado Godofredo Vianna apresentou emenda do seguinte teor:

Hartmut. *Die abstrakte Normenkontrolle*, in Christian Starck (org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1. Aufl, Tübingen, Mohr, 1970, v. 1, p. 296; Theodor Maunz et al., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz; Kommentar*, München, C. H. Beck, Okt. 1985, § 13, nº 58.

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

²³ BUZAID. “*Juicio de amparo*”..., *Revista de Direito Processual Civil*, cit. p. 69. Cf., também, ZAGREBELSKY. *La giustizia...*, cit., p. 84; CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità...*, cit., p. 4-10.

²⁴ ARAÚJO CASTRO. *A nova Constituição brasileira*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1935, p. 247.

“Sempre que o Supremo Tribunal declarar, em mais de um aresto, a inconstitucionalidade de uma lei, esta será considerada como inexistente. O Procurador-Geral da República fará publicar a última decisão no órgão oficial da União e no Estado, a fim de que comece a obrigar nos prazos estabelecidos pela lei civil.”²⁵

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

2. Pressupostos de Admissibilidade do Controle Concreto

2.1. Requisitos Subjetivos

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência²⁶. A decisão, *“que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito”*²⁷, tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada. Daí, recorrer-se à suspensão de execução pelo Senado de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (CF 1967/1969, art. 42, VII)²⁸.

A questão de constitucionalidade há de ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida *ex officio* pelo juiz ou tribunal²⁹. Todavia, perante o tribunal, a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser pronunciada “pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial”, disciplinado no art. 144, V, da Constituição de 1967/1969³⁰.

A exigência de maioria absoluta dos votos para a declaração de inconstitucionalidade de leis pelos tribunais, introduzida pela Carta de 1934 (art. 179) e reproduzida nas subseqüentes (CF de 1937, art. 96; CF de 1946, art. 200; CF de 1967/1969, art. 116; CF 1988, art. 97), deu ensejo a acesa polêmica sobre a possibilidade de o

²⁵ ARAÚJO CASTRO. *A nova Constituição...*, cit., p. 247.

²⁶ BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 36-7 e 46.

²⁷ BASTOS. *Curso...*, cit., p. 59; BUZAID. “Juicio de amparo”..., *Revista de Direito Processual Civil*, cit, p. 69.

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

²⁹ BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 113.

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

juiz singular pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade³¹. Prevaleceu, todavia, o entendimento que afirmava a competência do juiz singular para apreciar a controvérsia constitucional³².

2.2.Requisitos Objetivos

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

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

A *questão constitucional* mereceu pouca atenção do legislador. A exigência quanto à declaração de inconstitucionalidade dos atos manifestamente inconstitucionais não foi recebida pela legislação subsequente, tendo-se assentado, entre nós, como regra de bom aviso, que recomenda ao juiz um mínimo de *self-restraint*³³. Esse postulado conjuga-se, normalmente, com a máxima segundo a qual “*o juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade, toda vez que, sem isso, possa julgar a causa e restaurar o direito violado*”³⁴. Sem infirmar a valia desse princípio como referencial de autolimitação para o juiz, deve-se reconhecer que o Supremo Tribunal Federal já não lhe empresta adesão, conforme se depreende do disposto no art. 176 do Regimento Interno. Anteriormente, já havia sustentado Lúcio Bittencourt que, “*sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa, não devem os tribunais fugir à tese*”³⁵.

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

A Lei Processual de 1973 introduziu, nos arts. 480 a 482, breve disciplina do controle de constitucionalidade *incidenter tantum*, exercido por órgãos fracionários dos tribunais³⁶. Argüida, a qualquer tempo,

³¹ Patrocínio (Minas Gerais). Juízo de Direito da Comarca. *Inconstitucionalidade das leis...*, por MARTINS DE OLIVEIRA, RF, 65:170; MIRANDA, Vicente Chermont. *Inconstitucionalidade e incompetência do juiz singular*, RF, 92:582; LIMA, Alcides de Mendonça. *Competência para declarar a inconstitucionalidade das leis*, RF, 123:347 e 352.

³² BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 36-8; MELLO. *Teoria...*, cit., p. 161-2.

³³ BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 115-16; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade...*, Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 81-4; cf., também, a crítica de José de Castro Nunes. *Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 1943, p. 591.

³⁴ BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 116-18.

³⁵ BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 118.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1973, v. 5, p. 41;

a questão, o relator deverá submetê-la à Turma ou à Câmara competente para julgar o processo, após a audiência do órgão do Ministério Público (art. 480). Rejeitada a questão, terá prosseguimento o feito; acolhida, há de ser lavrado o acórdão a fim de ser submetida ao Tribunal Pleno (art. 481).

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

a) a questão há de envolver ato de natureza normativa a ser aplicado à decisão da causa, devendo ser rejeitada a argüição de inconstitucionalidade de ato que não tenha natureza normativa ou não seja oriundo do Poder Público³⁷.

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

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

O pronunciamento do órgão fracionário, pela rejeição ou acolhimento da argüição de inconstitucionalidade, é irrecurável³⁹. Rejeitada a argüição, “prosseguirá o julgamento”, podendo o órgão fracionário aplicar à espécie a lei ou ato normativo acoimado de inconstitucional.

Acolhida a argüição, que poderá ser por maioria simples, “será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno” (art. 481), ou ao órgão especial (CF 1988, art. 97)⁴⁰. Dá-se “a cisão funcional da competência: ao Plenário caberá pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, depois, à vista do que houver assentado o plenário, decidir a espécie”⁴¹.

O Projeto de Lei nº 2.960, de 1997, encaminhado pelo Executivo ao Congresso Nacional, propõe alteração do art. 482 do Código de Processo Civil, para admitir que as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado e os titulares do direito de propositura, referidos no art. 103 da

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1975, v. 6, p. 79 e s.

³⁷ MOREIRA. *Comentários...*, cit., p. 48.

³⁸ MOREIRA. *Comentários...*, cit., p. 46; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ...*, cit., p. 82.

³⁹ Cf. Súmulas 293 e 513 do STF.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ...*, cit., p. 82.

⁴¹ MOREIRA. *Comentários...*, cit., p. 50.

Constituição, exerçam direito de manifestação no incidente de inconstitucionalidade, assegurando-se-lhes o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. Ademais, o referido Projeto autoriza o Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades⁴².

Tais providências conferem um caráter pluralista também ao processo incidental de controle de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. A possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades representativas cria, outrossim, a figura do “*amicus curiae*” no processo de controle de constitucionalidade.

Assente-se que o Plenário somente pode pronunciar-se sobre o que, efetivamente, foi acolhido pelo órgão fracionário, sendo-lhe defeso emitir juízo sobre a parte julgada inadmissível ou rejeitada pela Turma ou Câmara. A argüição de inconstitucionalidade será acolhida se lograr reunir a *maioria absoluta dos votos*, pelo menos em relação a um dos vários fundamentos. Do contrário, independentemente do resultado da votação, as conseqüências são as mesmas⁴³.

A decisão do Plenário, que é irrecorrível⁴⁴, vincula o órgão fracionário, no caso concreto, incorporando-se ao “julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável”⁴⁵. Publicado o acórdão, reinicia-se o julgamento da *questão concreta* perante o órgão fracionário.

Acentue-se que a aplicação do art. 97 da Constituição de 1988 obriga a que se proceda à juntada do acórdão proferido no Pleno ou no órgão especial sobre a inconstitucionalidade da lei, sob pena de, no caso de interposição de recurso de extraordinário, entender o Supremo Tribunal Federal que não pode conhecer do apelo extremo, por ausência de peça essencial para o julgamento definitivo. É o que se lê, v.g., no AgRegRE 158.540, da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, no qual se acentua que “*a ausência do acórdão plenário que reconheceu a ilegitimidade constitucional de atos normativos emanados do Poder Público impede - ante a essencialidade de que se reveste essa peça processual - que o Supremo Tribunal Federal aprecie, de modo adequado, a controvérsia jurídica suscitada*”⁴⁶. A jurisprudência do Tribunal enfatiza não ser suficiente a

⁴² Projeto de Lei nº 2.960, de 1997: “Art. 29. Acrescentem-se os seguintes parágrafos ao art. 482 do Código de Processo Civil: “§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

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

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

⁴³ MOREIRA. *Comentários...*, cit., p. 53.

⁴⁴ Súmula 513 do STF; cf., também, Súmula 293.

⁴⁵ MOREIRA. *Comentários...*, cit., p. 54.

⁴⁶ AgReg.RE 158.540- 4, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ de 23.5.1997, p. 21.375.

transcrição do decidido pelo órgão especial ou pelo Plenário ou a juntada do voto condutor, porquanto “*é no acórdão do Plenário que se há de buscar a motivação da decisão recorrida, com respeito à argüição de inconstitucionalidade*”⁴⁷.

Ao contrário, se se trata de declaração incidente de constitucionalidade – e não de inconstitucionalidade – “*o acórdão do Plenário que, decidindo incidente suscitado em outro processo, já houver resolvido no mesmo sentido, a prejudicial de inconstitucionalidade é mero precedente de jurisprudência, que não integra, formalmente, porém, a decisão da Câmara ou da Turma*”⁴⁸. É que a competência para decidir pela constitucionalidade de lei é da turma⁴⁹.

Outro ponto digno de nota, no que se refere à interpretação do art. 97 da Constituição, tem por base a necessidade ou não de se provocar o Plenário ou o órgão especial do Tribunal toda vez que se renovar, em outro caso, a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei que já teve a sua legitimidade discutida no âmbito do Tribunal. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, fixada a orientação do Pleno ou do órgão especial, nos termos do art. 97 da Constituição, em um caso qualquer, poderá o órgão fracionário decidir como de direito, devendo guardar observância da decisão sobre a questão constitucional⁵⁰.

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

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

Em acórdão proferido no RE 190.728, teve a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal a oportunidade de, por maioria de votos, vencido o Ministro Celso de Mello⁵¹, afirmar a dispensabilidade de se encaminhar o tema

⁴⁷ AgRRE 164.569, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 4.2.1994, p. 923.

⁴⁸ AgRRE nº 149.478, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 23.4.1993, p. 6926.

⁴⁹ AgRRE nº 161.475, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ de 11.2.1994, p. 1496.

⁵⁰ RE 190.728, Relator para acórdão: Ministro Ilmar Galvão, DJ de 30.5.1997.

⁵¹ O voto do Ministro Celso de Mello enfatiza os seguintes aspectos:

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

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

Daí, a observação feita por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA que, ao tratar do tema pertinente à eficácia da decisão plenária proferida no julgamento da questão prejudicial de inconstitucionalidade, esclarece, com inteira propriedade, que:

constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo Tribunal já se tenha pronunciado sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei questionada.

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

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

Tudo, portanto, está a indicar que se está diante de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial.”⁵²

Na ocasião, acentuou-se que referido entendimento fora igualmente adotado pela 2ª Turma, como consta da ementa do acórdão proferido no AgRegAI. 168.149, da relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio:

“Versando a controvérsia sobre o ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo.”⁵³

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

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

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

A disciplina ritual que rege a declaração incidental de inconstitucionalidade, especialmente no ponto em que se impunha a atuação do princípio da reserva de Plenário, não foi observada no caso presente.

*Como já enfatizado, o acórdão ora questionado nesta sede recursal extraordinária - e que veiculou **declaração de inconstitucionalidade** de ato de caráter legislativo - emanou de simples órgão **fracionário** do Tribunal **a quo**, circunstância esta que faz transparecer, de modo evidente, o claro descumprimento, no caso em análise, do postulado constitucional da reserva de Plenário consagrado pelo art. 97 da Constituição.*

*Sendo assim, **conheço e dou provimento** ao recurso extraordinário fundado no art. 102, III, a, da Constituição, para, **cassando o acórdão ora impugnado**, determinar que o órgão fracionário do Tribunal **a quo** - tendo presente a disciplina ritual fixada pelo CPC (art. 480/482) e, **sobretudo**, a regra inscrita no art. 97 da Carta Política, proceda como entender de direito (RE 190.728, DJ 30.5.1997).”*

⁵² DJ de 30.5.1997.

Orientação semelhante vem de ser reiterada, em decisão recente, na qual se explicitou que “o acórdão recorrido deu aplicação ao decidido pelo S.T.F nos RREE 150.755-PE e 150.764-PE”, não havendo necessidade, por isso, de a questão ser submetida ao Plenário do Tribunal⁵⁴.

Em acórdão de 22 agosto de 1997, houve por bem o Tribunal ressaltar, uma vez mais, que a reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se da presunção de constitucionalidade que os protege, somado a razões de segurança jurídica. Assim sendo, “a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário”⁵⁵.

Essa orientação racionaliza o procedimento relativo ao incidente de controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais. Não há necessidade de que se renove, continuamente, o complexo processo previsto no art. 97 da Constituição, se a posição do Tribunal não sofreu alteração significativa.

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

A Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998 introduziu um parágrafo único ao art.481 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), que positivava a orientação jurisprudencial acima referida, nos seguintes termos:

“Art. 481.....

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

⁵³ AgRegAI nº 168.149, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ de 4.8.1995, p. 22.520.

⁵⁴ Ag.RegAI nº 167.444, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ de 15.9.95, p. 29.537.

⁵⁵ RE nº 191.898, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 22.8.1997, p. 38.781.

A fórmula adotada consagra *in totum* a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, assentando a dispensabilidade da submissão da questão constitucional ao tribunal pleno ou ao órgão especial na hipótese de o próprio Tribunal já ter adotado posição sobre o tema, ou, ainda, no caso de o plenário do Supremo do Tribunal Federal já se ter pronunciado sobre a controvérsia.

Todavia, diante dos múltiplos aspectos que envolvem a própria argumentação relacionada com os fundamentos da inconstitucionalidade, sustentamos a razoabilidade senão a obrigatoriedade de que se reconhecesse a todos aqueles que participam de demandas semelhantes no âmbito do primeiro grau o direito de participação no julgamento a ser levado a efeito pelo Pleno ou pelo órgão especial do Tribunal.

Assim, em trabalho doutrinário sobre o tema, sustentamos a necessidade de que se introduzisse uma nova alteração ao art. 482 do Código de Processo Civil, de modo a assegurar o direito de manifestação no incidente de inconstitucionalidade aos demais interessados na controvérsia constitucional submetida ao plenário ou ao órgão especial do Tribunal. Essa proposta acabou sendo incorporada ao texto da Lei n. 9868/99 (art. 29), nos termos seguintes:

“Art. 482.....

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

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

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

Vê-se, pois, que a alteração introduzida pela Lei 9.868/99 admite a manifestação, no incidente de inconstitucionalidade, do Ministério Público, das pessoas responsáveis pela edição do ato e dos titulares de direito de propositura na ação direta de inconstitucionalidade. Dentro dessa estrutura plural facultou-se ainda ao relator a possibilidade de admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. Abre-se, assim, oportunidade para uma efetiva abertura do processo de controle de constitucionalidade incidental, que passa, nesse passo, a ter uma estrutura semelhante aos processos de índole estritamente objetiva (ADIn; ADC; ADPF).

3. O Controle Incidental de Normas no Supremo Tribunal Federal

3.1. Considerações Preliminares

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

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

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

O Regimento do Supremo Tribunal Federal vigente consagra, no art. 176:

“Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral.”

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

O julgamento da matéria exige *quorum* de oito ministros (RISTF, art. 143, parágrafo único), somente podendo ser proclamada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito ou ato impugnado se, num ou noutro sentido, se tiverem manifestado seis ministros (RISTF, art. 173, *caput*, c/c o art. 143). No caso de ausência de ministros em número que possa influir no julgamento, proceder-se-á à sua suspensão, aguardando-se o comparecimento dos ausentes (RISTF, art. 173, parágrafo único), ou convocando-se ministros do Tribunal Federal de Recursos (RISTF, art. 40).

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

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

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

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

3.2. O Papel do Senado Federal

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

Embora a doutrina pátria reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudenciais americanos, no sentido da *inexistência jurídica* ou da *ampla ineficácia* da lei declarada inconstitucional, não se indicava a razão ou o fundamento desse efeito amplo⁵⁶. Diversamente, a não-aplicação da lei, no Direito norte-americano, constitui expressão do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores. Daí, ter-se adotado, em 1934, a suspensão de execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade. E, como observado, a engenhosa fórmula mereceu reparos na própria Assembléia Constituinte. O Deputado Godofredo Vianna pretendeu que se reconhecesse, *v.g.*, a inexistência jurídica da lei, após o segundo pronunciamento do Supremo Tribunal sobre a inconstitucionalidade do diploma⁵⁷.

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

⁵⁶ BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 141.

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

inconstitucional?

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

O Supremo Tribunal Federal parece ter admitido que o ato do Senado empresta eficácia genérica à decisão definitiva. Assim, a suspensão teria o condão de dar alcance normativo ao julgado da Excelsa Corte⁶⁰.

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

Também aqui não se logram sufrágios unânimes.

Themístocles Cavalcanti responde negativamente, sustentando que a “*única solução que atende aos interesses de ordem pública é que a suspensão produzirá os seus efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas criadas sob a sua vigência*”⁶¹. Da mesma forma, Bandeira de Mello ensina que “*a suspensão da lei corresponde à revogação da lei*”, devendo “*ser respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas, porquanto a revogação tem efeito ex nunc*”⁶². Enfatiza que a suspensão “*não alcança os atos jurídicos formalmente perfeitos, praticados no passado, e os fatos consumados, ante sua irretroatividade, e mesmo os efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos*”. “*O Senado Federal – assevera Bandeira de Mello – apenas cassa a lei, que deixa de obrigar, e, assim, perde a sua executoriedade porque, dessa data em diante, a revoga simplesmente*”⁶³.

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

⁵⁸ BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 145.

⁵⁹ BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*, Revista de Informação Legislativa, 13(50):61; cf. MARINHO, Josaphat. *O art. 64 da Constituição e o papel do Senado*, Revista de Informação Legislativa, 1(2); BUZAID, Alfredo. *Da ação direta...*, cit., p. 89-90; CAVALCANTI. *Do controle...*, cit., p. 162-6; MELLO. *Teoria...*, cit., p. 210; BASTOS. *Curso...*, cit., p. 84.

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

⁶¹ CAVALCANTI. *Do controle...*, cit., p. 164.

⁶² MELLO. *Teoria...*, cit., p. 211.

⁶³ MELLO. *Teoria...*, cit., p. 211.

Afirma-se quase incontestadamente, entre nós, que a pronúncia da inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório⁶⁴. Se assim for, afigura-se inconcebível cogitar de “*situações juridicamente criadas*”, de “*atos jurídicos formalmente perfeitos*” ou de “*efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos*”, com fundamento em lei inconstitucional. De resto, é fácil de ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como direito adquirido e ato jurídico perfeito.

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

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

“Na sistemática preferida pelo nobre Deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos (...)

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

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

“O Poder Judiciário só decide em espécie.

É necessário, porém, estender os efeitos do julgado, e esta é atribuição do Senado.

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

⁶⁴ BARBOSA. *Os atos inconstitucionais...*, in *Trabalhos jurídicos*, cit., p. 49, e *O direito do Amazonas ao Acre septentrional*, cit., p. 51-2; NUNES. *Teoria e prática...*, cit., p. 588; BUZAID. *Da ação direta...*, cit., p. 128; CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito constitucional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, v. 1, p. 460-1.

⁶⁵ ALENCAR. *A competência do Senado Federal...*, Revista de Informação Legislativa, cit., p. 247.

⁶⁶ ALENCAR. *A competência do Senado Federal...*, Revista de Informação Legislativa, cit., p. 260.

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

O regime democrático é um regime de legalidade. No momento em que o Poder Executivo pratica uma ilegalidade, a pretexto de regulamentar uma lei votada pelo Congresso, exorbita nas suas funções. Há a esfera do Judiciário, e este não está impedido, desde que é violado o direito patrimonial do indivíduo, de apreciar o direito ferido.

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

Ante as críticas tecidas por Gustavo Capanema, ressaltou Nereu Ramos que:

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

Parecia evidente aos constituintes que a *suspensão da execução* da lei, tal como adotada em 1934, importava na *extensão dos efeitos* do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado *caráter ampliativo* e não apenas *paralisante* ou *derrogatório* do diploma viciado. E, não fosse assim, inócuo seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional.

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

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

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

Integra-se, assim, o Senado numa tarefa comum com o STF, equivalente àquela da alta Corte

⁶⁷ ALENCAR. *A competência do Senado Federal...*, Revista de Informação Legislativa, cit., p. 267-8.

⁶⁸ ALENCAR. *A competência do Senado Federal...*, Revista de Informação Legislativa, cit., p. 268.

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

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

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

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

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

Assim, é diferente a revogação de uma lei da suspensão de sua vigência por inconstitucionalidade.”⁶⁹

Adiante, o insigne parlamentar concluía, com exatidão:

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁰ Brasil. Congresso, Senado Federal, Parecer nº 154, de 1971, Rel. Senador Accioly Filho, Revista de Informação Legislativa, cit., p. 268.

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

Vale recordar, a propósito, que no MS 16.512 (Rel. Min. Oswaldo Trigueiro), de 25 de maio de 1966, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de discutir largamente a natureza do instituto, infirmando a possibilidade de o Senado Federal revogar o ato de suspensão anteriormente editado, ou de restringir o alcance da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Cuidava-se de Mandado de Segurança impetrado contra a Resolução nº 93, de 14 de outubro de 1965, que revogou a Resolução anterior (nº 32, de 25.3.1965), pela qual o Senado suspendera a execução de preceito do Código Paulista de Impostos e Taxas.

A Excelsa Corte pronunciou a inconstitucionalidade da resolução revogadora, contra os votos dos ministros Aliomar Baleeiro e Hermes Lima, conhecendo do mandado de segurança como *representação*, tal como proposto pelo Procurador-Geral da República, Dr. Alcino Salazar⁷².

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que o Senado não estava obrigado a proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional. Nessa linha de entendimento, ensinava o saudoso Ministro Victor Nunes:

*“(...) o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar.”*⁷³

Todavia, em se procedendo à suspensão do ato que teve a inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, não poderia aquela Alta Casa do Congresso revogar o ato anterior⁷⁴. Da mesma forma, o ato do Senado haveria de se ater à “*extensão do julgado do Supremo Tribunal*”⁷⁵, não tendo “*competência para examinar o mérito da decisão (...), para interpretá-la, para ampliá-la ou restringi-la.*”⁷⁶

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

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

⁷² RTJ 38(1):8-9.

⁷³ Voto do Ministro Victor Nunes Leal, MS 16.512, RTJ 38(1):23.

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

⁷⁵ Voto do Ministro Victor Nunes Leal, MS 16.512, RTJ, 38(1):23.

⁷⁶ Voto do Ministro Pedro Chaves, MS 16.512, RTJ, 38(1):12.

Cobra relevo ressaltar que a inércia do Senado não afeta a relação entre os Poderes, não se podendo vislumbrar qualquer violação constitucional na eventual recusa à pretendida extensão de efeitos. Evidentemente, se pretendesse outorgar efeito genérico à decisão do Supremo Tribunal, não precisaria o constituinte valer-se dessa fórmula complexa.

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

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

As conclusões assentadas acima parecem consentâneas com a natureza do instituto. O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto⁷⁸. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a alta Casa do congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pela Excelsa Corte.

Tais colocações estão a demonstrar que o instituto da suspensão pelo Senado Federal é pertinente à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*. À evidência, não há que se cogitar de extensão de efeitos, senão do pronunciamento vinculativo das partes⁷⁹.

3.3. A Suspensão pelo Senado Federal da Execução de Lei Declarada Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de

⁷⁷ Cf. ALENCAR. *A competência do Senado Federal...*, Revista de Informação Legislativa, cit., p. 304; RISTF, art. 178 c/c o art. 176.

⁷⁸ Voto do Ministro Prado Kelly, MS 16.512, RTJ 38(1):16.

⁷⁹ Adotando essa orientação, o Supremo Tribunal Federal não mais dá ciência ao Senado Federal da pronúncia de inconstitucionalidade *in abstracto*, desde 1977. Pareceres da Comissão de Regulamento (DJ de 16.5.77).

1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência.

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, por certo, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?

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

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

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

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

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

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

4. Notas Peculiares sobre o Controle Incidental na Constituição de 1988

4.1. Considerações Preliminares

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

A adoção da ação civil pública e sua eventual utilização como instrumento de controle de constitucionalidade tem dado ensejo a uma intensa discussão sobre a adequação desse instrumento como mecanismo de controle incidental de normas.

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

4.2. A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle de Constitucionalidade

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

Esse objeto extremamente amplo tem ensejado, não raras vezes, a utilização da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade. A despeito do embaraço que provoca, o tema não tem

merecido, com uma ou outra exceção, reflexão mais acurada no âmbito da nossa Dogmática Constitucional.

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

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

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

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

É que, como já enunciado, a ação civil pública aproxima-se muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público⁸⁰. Não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*”.

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

Já o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que essa espécie de

⁸⁰ KOCH, Harald. *Prozessführung im öffentlichen Interesse*. Frankfurt am Main, 1983, p. 01 e s.

controle genérico da constitucionalidade das leis constituiria um afazer político de determinadas Cortes realça a impossibilidade de utilização da ação civil pública com esse escopo. Em verdade, ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de norma infraconstitucional, é certo que o seu objetivo precípua haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a **caso concreto**, porque de caso concreto não se cuida. Ao revés, a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da necessidade de proteção de um interesse específico, mas exatamente de um interesse genérico amplíssimo, de um interesse público. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma.

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

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

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

Nessas condições, para que se não chegue a resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

Afigura-se digno de referência acórdão no qual o Supremo Tribunal Federal acolheu reclamação que lhe foi submetida pelo Procurador-Geral da República, determinando o arquivamento de ações ajuizadas na 2ª e 3ª Varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, por entender caracterizada a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a pretensão nelas veiculada não visava ao julgamento de uma relação

jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese⁸¹.

A propósito, mencione-se a seguinte passagem do voto do eminente Relator, Ministro Francisco Rezek:

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

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

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, julgou improcedente a Reclamação nº 602-6/SP, de que foi Relator o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, em data de 03.09.1997, cujo acórdão está assim ementado:

"RECLAMAÇÃO. DECISÃO QUE, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONDENOU INSTITUIÇÃO BANCÁRIA A COMPLEMENTAR OS RENDIMENTOS DE CADERNETA DE POUPANÇA DE SEUS CORRENTISTAS, COM BASE EM ÍNDICE ATÉ ENTÃO VIGENTE, APÓS AFASTAR A APLICAÇÃO DA NORMA QUE O HAVIA REDUZIDO, POR CONSIDERÁ-LA INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PREVISTA NO ART. 102, I, A, DA CF.

Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle in abstracto de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da reclamação."

No mesmo dia (03.09.97) e no mesmo sentido o julgamento da Reclamação nº 600-0/SP, relatada pelo eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, ficando o aresto sintetizado, *in verbis*:

"Reclamação. 2. Ação civil pública contra instituição bancária, objetivando a condenação da ré ao pagamento da "diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em liquidação de sentença". 3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos

⁸¹ Reclamação nº 434, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ de 9.12.94.

⁸² Reclamação nº 434, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ de 9.12.94.

*recursos especial e extraordinário. 4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão da Corte reclamada, ao manter a sentença, estabeleceu "uma inconstitucionalidade no plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei nº 8.024/1990, que somente ao Supremo Tribunal Federal caberia decretar". 5. Não se trata de hipótese suscetível de confronto com o precedente da Corte na Reclamação nº 434-1-SP, onde se fazia inequívoco que o objetivo da ação civil pública era declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.844/1992, do Estado de São Paulo. 6. No caso concreto, diferentemente, a ação objetiva relação jurídica decorrente de contrato expressamente identificado, a qual estaria sendo alcançada por norma legal subsequente, cuja aplicação levaria a ferir direito subjetivo dos substituídos. 7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8.024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, **incidenter tantum**, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, **incidenter tantum**, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia **erga omnes** da decisão, na ação civil pública, **ut art. 16, da Lei nº 7.347/1997**, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei nº 7347/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar."*

Essa orientação do Supremo Tribunal Federal permite, aparentemente, distinguir a ação civil pública que tenha por objeto, propriamente, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo da qualoutra na qual a questão constitucional configura simples questão prejudicial da postulação principal.

De qualquer sorte, não se pode negar que a abrangência que se empresta – e que se há emprestar à decisão proferida em ação civil pública – permite que com uma simples decisão de caráter prejudicial se retire qualquer efeito útil da lei, o que acaba por se constituir, indiretamente, numa absorção de funções que a Constituição quis deferir ao Supremo Tribunal Federal.

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

4.3. O Controle Incidental no âmbito dos juizados especiais federais

A Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, estabeleceu as seguintes regras aplicáveis ao recurso extraordinário interposto contra decisão das turmas recursais dos juizados especiais:

“Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

§ 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador.

§ 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de Turmas de diferentes Regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por Juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal.

§ 3º A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica.

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

§ 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

§ 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os ‘habeas corpus’ e os mandados de segurança.

§ 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

§ 10 Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário.

Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento.”

Embora referentes ao incidente de uniformização a ser desenvolvido perante o STJ, essas regras (art. 14, §§ 4º a 9º) aplicam-se também ao recurso extraordinário por força do art. 15 da aludida Lei.

Depreende-se desse arcabouço normativo que o recurso extraordinário das decisões dos juizados especiais federais mereceu tratamento diferenciado por parte do legislador. A norma regulamentadora admite, expressamente, o encaminhamento de alguns recursos ao Supremo Tribunal e a retenção dos recursos

idênticos nas Turmas Recursais (art. 14, § 6º). Tendo em vista a possibilidade de reprodução de demandas idênticas, autoriza-se o relator a conceder liminar para suspender, de ofício ou a requerimento do interessado, a tramitação dos processos que versem sobre idêntica controvérsia constitucional. (art. 14, § 5º). Trata-se de disposição que se assemelha ao estabelecido no art. 21 da Lei n. 9868/ 99, que prevê a cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, e no art. 5º, da Lei n. 9.882/99, que autoriza a cautelar em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Observe-se, ademais, que, afastando-se de uma perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário, a Lei n. 10.259/2001, no art. 14, § 7º, autorizou o relator a pedir informações adicionais, se assim entender necessário, ao Presidente da Turma recursal ou ao Coordenador da Turma de Uniformização, podendo também ouvir o Ministério Público no prazo de 5 dias. Na mesma linha, a aludida disposição permitiu que eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, se manifestem no prazo de 30 dias (art. 14 § 7º, 2ª. parte) . Trata-se de um amplo reconhecimento da figura do *amicus curiae*, que, como se sabe, já foi prevista na Lei n. 9868/ 99 (arts. 7º e 18, referentes à ADIn e à ADC; art. 482, do CPC, relativo ao incidente de inconstitucionalidade) e na Lei n. 9.882/99 (art. 6º, § 1º, a propósito da ADPF).

Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo”.⁸³

Orientação idêntica há muito mostra-se dominante também no direito americano.

Já no primeiro quartel do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como *processos objetivos*. Assim, sustentava ele, no conhecido *Referat* sobre “a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional”, que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários. “Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...), de condenação, de cassação de atos estatais -- dizia Triepel -- mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas”.⁸⁴ Triepel acrescentava, então, que “os americanos haviam desenvolvido o mais objetivo dos processos que se poderia imaginar (*Die Amerikaner haben für Verfassungsstreitigkeiten das objektivste Verfahren eingeführt, das sich denken lässt*).⁸⁵

Portanto, há muito resta evidente que a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. Em verdade, com o *Judiciary Act* de 1925 a Corte passou a exercer um pleno domínio sobre as matérias que deve ou não apreciar.⁸⁶ Ou, nas palavras do Chief Justice Vinson, “para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas” (“*To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved*”).⁸⁷

De certa forma, é essa visão que, com algum atraso e relativa timidez, ressalte-se, a Lei nº 10.259, de 2001, busca imprimir aos recursos extraordinários, ainda que, inicialmente, apenas para aqueles interpostos contra as decisões dos juizados especiais federais.

⁸³ Häberle, Peter. *O recurso de amparo no sistema germânico*, Sub Judice 20/21, 2001, p. 33 (49).

⁸⁴ Triepel, Heinrich. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Vol. 5 (1929), p. 26.

⁸⁵ Triepel. *Wesen und Entwicklung ...*, cit., p. 26.

⁸⁶ Cf., a propósito, Griffin, Stephen M. *The Age of Marbury, Theories of Judicial Review vs. Theories of Constitutional Interpretation*, 1962-2002. Paper apresentado na reunião anual da ‘American Political Science Association’, 2002, p. 34.

⁸⁷ Griffin, *The Age of Marbury ...*, cit., p. 34.