

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Efeitos da Resolução do Senado Federal

Vicente Kleber de Melo Oliveira*

Supremacia X Rigidez Constitucional

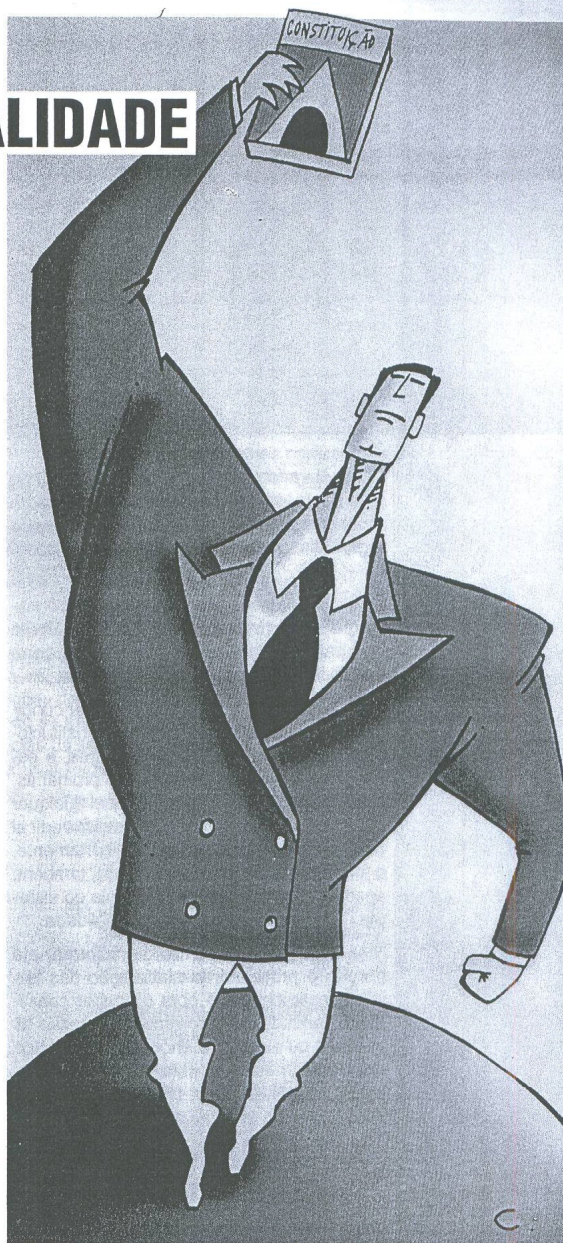
Para o estudo do controle da constitucionalidade das leis e demais atos normativos federais e/ou estaduais frente à Constituição Federal, somos obrigados a partir de duas premissas básicas, a saber:

1. a de que a Constituição Federal é a Lei Suprema de um País, da Nação ou do Estado (Estado Democrático de Direito), em sua concepção moderna (povo, território, soberania e finalidade), porquanto é ela, como Lei Maior, que estabelece, genericamente, as linhas mestras de organização do Estado, delineando suas funções principais, estabelecendo sobre o sistema e a forma de governo, e como o poder será exercido, além de disciplinar, também, os direitos e garantias individuais e coletivos.

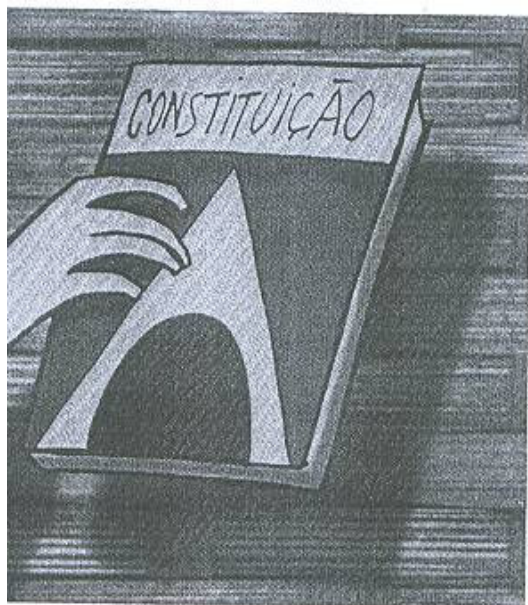
Ela é colocada nesta posição de destaque, porque também é obra do poder constituinte originário, vale dizer, do poder extrajurídico ou poder de fato, normalmente invocado em circunstâncias de ruptura institucional, capaz de estabelecer uma nova ordem jurídica na sociedade;

2. a rigidez constitucional, ou seja, o fato de que a Constituição somente pode ser alterada ou sofrer emendas se, para esse fim, passar por um processo solene, um rito próprio, diferente do processo de alteração das leis infraconstitucionais.

Neste particular, a nossa Constituição Federal bem se enquadra nesse modelo, porquanto somente pode ser emendada nas condições estabelecidas pelo art. 60, incisos e parágrafos, havendo proibição, inclusive, quando tais emendas forem tendentes a



*AFTN lotado na DRE/Fortaleza.



abolir: "I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; e IV - os direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4º, I a IV).

Nesse sentido, a Constituição Federal é condição de validade de todo o ordenamento jurídico interno, sendo a principal fonte do direito positivo, implicando, assim, compatibilidade vertical de todo o sistema.

Vale dizer, a Lei Maior deve ser condição de validade das Emendas Constitucionais, estas das leis complementares, e estas, por sua vez, das demais leis ordinárias, e assim por diante, de forma que qualquer inobservância desse escalonamento vertical das normas jurídicas implicará, certamente, o ferimento a tais regras, podendo, também, ensejar, para correção e harmonia do sistema, a arguição de inconstitucionalidade.

Não poderia ser de outra forma, até porque o processo de elaboração das leis infraconstitucionais é obra do poder constituinte derivado ou decorrente, cuja razão de validade ou existência encontra respaldo na Constituição Federal, obra de um poder superior àquele, o poder constituinte originário.

Sistemas de Controle da Constitucionalidade

Aceitando-se, pois, tais premissas, o estudo do Direito Constitucional e a doutrina dominante admitem a existência de três tipos de controle desta natureza:

1. o **Controle Político**, onde a verificação da inconstitucionalidade é entregue a um órgão de natureza política, como acontece, por exemplo, com o Conselho Constitucional da vigente Constituição francesa de 1958;

2. o **Controle Jurisdicional**, que se caracteriza por se atribuir ao Poder Judiciário a outorga de declarar a inconstitucionalidade das leis e demais atos do Poder Público.

Nos EUA tal sistema é denominado "*Judicial Review*", reconhecendo-se à Suprema Corte a última palavra de validação desse controle. No Brasil, essa competência é conferida ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, no caso, o Supremo Tribunal Federal (STF);

3. o **Controle Misto**, quando certas categorias de leis são submetidas ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como se verifica, por exemplo, na Suíça, onde as leis federais submetem-se ao controle político e as leis locais, ao controle jurisdicional.

Crítérios, Exercícios ou Formas de Controle da Constitucionalidade

Apesar da existência dos três sistemas de controle, adota-se na maioria dos países civilizados o sistema de controle jurisdicional. Neste, admite-se a existência de somente uma forma ou critério de exercício desse controle ou a existência de duas formas, dependendo naturalmente do país onde estaremos tratando do assunto.

Neste particular, não podemos aqui deixar de fazer menção ao fato de que foi no EUA, ainda no início do século passado, que surgiu um desses tipos de controle, o controle difuso, que teve origem no famoso caso *Madison x Marbury*, ao ser apreciado pelo juiz Marshall.

Naquela ocasião, o referido magistrado deparou-se com a existência de duas leis que poderiam ser aplicadas ao caso e solucionar a lide, optando, no entanto, por aplicar aquela que não contrariava a Constituição.

Para melhor compreensão do assunto, trazemos à colação o resumo do voto proferido pelo citado juiz, no caso ora em análise, com o qual fez ingressar de forma definitiva no âmbito da atividade jurisdicional e da Suprema Corte Americana a forma de apreciação.

ar se uma lei fere a Constituição, nos seguintes termos:

"Juiz Marshall, *Apud Canotilho, Direito Constitucional*, cit., p.705: Juiz Marshall, no caso *Madison v. Marbury*, explicou este pensamento da forma que se tornou clássica: 'É, sem dúvida, da competência e dever do Poder Judiciário interpretar a lei. Aqueles que a aplicam aos casos particulares devem, necessariamente, explaná-la, interpretá-la. Se duas leis se contrariam, os tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de aplicação. Assim, se uma lei estiver em contradição com a Constituição, e se tanto uma como outra forem aplicáveis ao caso, de modo que o tribunal tenha de decidir de acordo com a lei, desatendendo a Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, ele terá, inevitavelmente, de escolher dentre os dois preceitos opostos aquele que regulará a matéria. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem observar a Constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo, é a Constituição, e não a lei ordinária, que há de regular o caso a que ambos dizem respeito'."

Sistema e Forma de Controle Adotados no Brasil

O sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil é o jurisdicional, combinando as forma de controle difusa e concentrada.

CONTROLE INCIDENTAL

Também conhecido por via de exceção, indireta, concreta ou incidental

Esse tipo de controle, conforme vimos anteriormente, surgiu da apreciação de um caso concreto, no famoso caso *Madison v. Marbury*. É, pois, característica desta forma de controle a apreciação de um caso concreto por qualquer órgão competente do Poder Judiciário, inclusive, pelo juiz singular. A legitimidade para demandá-lo é deferida a qualquer pessoa (física ou jurídica), nos termos do art. 5º da Constituição Federal de 1988, sobretudo em face do disposto em seus incisos II, XXII, LIV, LV, LXIX e LXX, "a" e "b". Tal forma de controle ingressou em nosso ordenamento jurídico a partir da Constituição de 1981. (1891)

Michel Temer bem resume as características deste critério de controle, da seguinte forma (*Elementos de Direito Constitucional*, Malheiros Editores, 11ª Edição, 1995, p. 43):

- a) só é exercitável à vista de caso concreto, de litígio posto em juízo;
- b) o juiz singular poderá declarar a inconstitucionalidade de ato normativo ao solucionar o litígio entre as partes;
- c) não é declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, mas de exigência imposta para a solução do caso concreto;
- d) a declaração, portanto, não é o objetivo principal da lide, mas incidente, consequência".

Não obstante todas estas características, dito controle não vem de forma expressa em nossa Constituição Federal, porquanto somente de maneira indireta se percebe sua inclusão em nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Em verdade, constata-se sua inserção quando se procura dar interpretação a alguns dispositivos constitucionais atinentes à matéria, mais particularmente no tocante às funções do Poder Judiciário e, sobretudo, quando se tratar de se estabelecer as competências de seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição cabendo-lhe:

.....
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição."

É de se observar, neste aspecto, que o Recurso Extraordinário (RE) funciona como um anteparo, um instrumento processual de proteção à Constituição Federal, no sentido de que esta não seja desrespeitada quando

do proferimento de decisões das justiças locais. O STF tem, pois, tal competência para apreciá-lo, considerando-se, também, neste particular, que a matéria objeto do recurso tenha sido pré-questionada. O pré-questionamento é condição *sine qua non* para que o Supremo aprecie o aludido recurso.

EFEITOS

Declarada a inconstitucionalidade da lei pelo critério difuso, indaga-se: quais seus efeitos?

A resposta pode ser dada considerando-se dois aspectos, posto que, no tocante ao caso concreto, à lide em si, os efeitos da declaração estendem-se, no plano pessoal, apenas aos interessados no processo, vale dizer, têm efeitos *inter partes* e, em sua dimensão temporal, para essas mesmas partes, teria efeito *ex tunc*, ou seja, fulminaria a relação jurídica apontada na lei como inconstitucional desde sua origem.

Por outro lado, no que diz respeito a terceiros não-participantes da lide, tais efeitos não seriam os mesmos, porquanto a estes se estenderia no plano pessoal (*erga omnes*) e, no plano temporal, para o futuro (*ex nunc*), desde que o Senado Federal, após a comunicação feita pelo STF, suspenda a execução da lei inquinada de inconstitucionalidade.

É o que se depreende de artigo próprio da Constituição Federal:

"Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:

I -

.....

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

....."

Vale dizer, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade obtida pelo controle difuso alcançaria terceiros, não-participantes da contenda, a partir do momento em que for suspensa a execução da lei por ato próprio do Senado Federal.

Sobre a matéria, o eminente constitucionalista, José Afonso da Silva, emite opinião, nos seguintes termos:

"... A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do artigo 52, X; a declaração na via direta tem efeito diverso, importa suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato, como veremos nas distinções feitas em seguida.

Em primeiro lugar, temos que discutir a eficácia da sentença que decide a inconstitucionalidade na via de exceção, e que se resolve pelos princípios processuais. Nesse caso, a arguição da inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera procedimento *incidenter tantum*, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, o sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não a faz coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade, como já vimos.

O problema deve ser decidido, pois, considerando-se dois aspectos. No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos."

Em conformidade com esse controle, foram baixadas, recentemente, pelo Senado Federal, a resolução nº 11, de 04 de abril de 1995, e a resolução nº 49, de 09 de outubro de 1995, aquela suspendendo a execução do art. 8º da lei nº 7.689/88 e esta suspendendo a execução dos decretos-leis nºs 2.445, de 29 de junho de 1988, e 2.449, de 21 de julho de 1988.

Posteriormente, o Poder Executivo Federal baixou, desde o final do ano passado, várias medidas provisórias atinentes à matéria acima, sendo convalidadas pela medida provisória nº 1.360, de 12 de março de 1996, cujo artigo 17 dispôs:

"Art. 17. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

I - à contribuição de que trata a lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, incidente sobre o resultado apurado no período-base encerrado em 31 de dezembro de 1988;

VIII - à parcela da Contribuição ao Programa de Integração Social, exigida na forma do decreto-lei nº 2.445, de 29 de junho de 1988, e do decreto-lei nº 2.449, de 21 de julho de 1988, na parte que exceder o valor devido com fulcro na lei complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970, alterações posteriores.

§ 1º

§ 2º O disposto neste artigo não implicará restituição de quantias pagas."

O entendimento do insigne professor nos leva à conclusão de que o Poder Executivo procedeu de forma correta ao vedar a restituição de quantias eventualmente recolhidas durante a vigência dos respectivos instrumentos legais instituidores da Contribuição Social sobre o Lucro (CSL) e do Programa de Integração Social (PIS), considerando, neste particular, que os contribuintes sobre os quais venha a incidir tal proibição não eram partes dos processos cujas decla-

rações de inconstitucionalidade ensejaram, respectivamente, a expedição pelo Senado Federal das resoluções nºs 11/95 e 49/95.

CONTROLE CONCENTRADO: STF

Inconstitucionalidade por Ação

O controle concentrado é de origem austríaca, tendo ingressado em nosso ordenamento jurídico-constitucional sob a égide da Constituição Federal de 1946, após o advento da Emenda Constitucional nº 16/65.

A competência para processar e julgar esse tipo de ação (via de ação direta) é do Supremo Tribunal Federal.

A legitimidade ativa para propô-la era deferida, até a Constituição Federal de 1967 (EC nº 1/69), somente ao procurador-geral da República, nos termos do art. 119, I, "1", da referida Lei Maior.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ampliou-se significativamente a legitimação ativa para ajuizar esse tipo de ação, mantendo-se, à semelhança da Constituição anterior, a competência do Supremo Tribunal Federal para processá-la e julgá-la, conforme se depreende do teor de dispositivos próprios da vigente Carta Magna, a seguir transcritos:

"Art.102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

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

Art. 103 - Podem propor ação de inconstitucionalidade:

- I - o presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa da Assembléia Legislativa;
- V - governador de Estado;
- VI - o procurador-geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

"Com base no parecer do advogado-geral da União, o STF deverá acolher a declaração de inconstitucionalidade, desde que, naturalmente, o faça pelo voto da maioria absoluta de seus membros."

- VIII - Partido Político com representação no Congresso Nacional;
 - IX - Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.
- § 1º O procurador-geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.
- § 2º
- § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o advogado-geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado."

Da análise dos dispositivos acima podem-se tirar as seguintes conclusões:

a) quando o art. 102, *caput*, estabelece que cabe ao STF precipuamente a guarda da Constituição, significa dizer que o órgão máximo do Poder Judiciário tem outras atribuições, porquanto funciona como órgão de instância recursal e tutela também outros direitos;

b) dispor que cabe ao STF processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, "a") significa dizer que tal competência é exercida em primeira e única instância. Vale dizer, as pessoas, entidades ou órgãos competentes para propô-la (art. 103, I a IX) o fazem diretamente junto ao próprio STF;

c) não obstante se estabeleça que o procurador-geral da República deva ser ouvido neste tipo de ação (art. 103, § 1º), seu parecer é apenas opinativo, não tendo, pois, valor decisório, até porque, com a nova Carta Magna, embora não se desconheça sua importância como chefe do Ministério Público Federal, lhe foi vedada a representação judicial, bem como a consultoria jurídica de entidades públicas (CF/88, art. 129, IX);

d) ao se estabelecer que o advogado-geral da União deva ser citado para defender o ato ou texto impugnado (art. 103, § 3º), toma-se tal providência, portanto, em face de que há a presunção de constitucionalidade das referidas normas, gerando-se, com esse ato, um verdadeiro contraditório, pois a citação é um instrumento processual que tem esse efeito, ou seja, o de se chamar alguém a juízo para se defender, conforme art. 213 do Código de Processo Civil - CPC (lei nº 5.869/73);

e) o parecer do advogado-geral da União tem força decisória, sendo, portanto, o instrumento de maior relevância com o qual o STF terá subsídios jurídicos para acolher ou não a declaração de inconstitucionalidade. Tal assertiva é verdadeira, na medida em que cabe à Advocacia-Geral da União, na pessoa de seu chefe, a representação da União, judicial e extrajudicialmente, em conformidade com o art. 131, § 1º, da Lei Maior de 1988;

f) com base no parecer do advogado-geral da União, o STF poderá acolher a declaração de inconstitucionalidade, desde que, naturalmente, o faça pelo voto da maioria absoluta de seus membros (CF/88, art. 97);

g) a declaração de inconstitucionalidade pela via de ação direta é declaração em tese (*in abstracto*), porquanto visa retirar do ordenamento jurídico, lei ou ato normativo com vício de inconstitucionalidade, sem que se relevem os efeitos concretos de tais atos jurídicos sobre as pessoas.

A Constituição Federal de 1988 não diz claramente quais os efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), porquanto somente o faz de forma taxativa ou esclarecedora com relação à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), criada pela emenda constitucional nº 03, de 17.03.93, quando, textualmente, em dispositivo específico, estabelece:

"Art. 102

§ 1º

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

Como se vê, embora a Lei Maior de 1988 discipline os efeitos de forma clara somente no tocante à Ação Declaratória de Constitucionalidade, entendemos que à ADI aplicam-se os mesmos efeitos concernentes à ADC, como veremos adiante.

É do entendimento da Doutrina, bem como da Jurisprudência do STF, que esse tipo de ação tem esses efeitos, ou seja, no plano pessoal gera efeitos contra todos (*erga omnes*), no plano temporal, efeitos *ex tunc*, e também, administrativamente, efeito vinculante.

Nesse sentido, quando o STF conhecer da Ação de Inconstitucionalidade pela via da ação direta, prescinde-se da comunicação ao Senado Federal para que este suspenda a execução da lei ou do ato normativo inquinado de inconstitucionalidade (CF/88, art. 52, X).

Tanto é verdade que o próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), ao tratar da matéria (arts. 169 a 178), estabelece que a comunicação ao Senado Federal deva ser feita somente quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade acolhida pelo controle difuso ou incidental.

Em reforço ao acima aduzido, transcrevemos aqui parte da opinião emitida por José Afonso da Silva, quando diz:



"Qual a eficácia da sentença proferida no processo da ação direta de inconstitucionalidade genérica?"

Essa ação, como vimos, tem por objeto a própria questão de constitucionalidade. Portanto, qualquer decisão, que decrete a inconstitucionalidade, deverá ter eficácia *erga omnes* (genérica) e obrigatória. Mas a Constituição não lhe deu esse efeito, explicitamente, como seria desejável. Deixou a questão na mesma indefinição do sistema anterior, sem dizer também se aplicará, à declaração de inconstitucionalidade em tese, a suspensão prevista no art. 52, X, que, por seus termos, somente se refere à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*. De fato, se esse dispositivo fala em 'lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal', parece, pelo 'definitiva', que se trata de conclusão de uma série de decisões, o que é característica de decisão num processo concreto, não compreendidas as decisões definitivas prolatadas em processos de competência originária do próprio Pretório Excelso. A não-definição explícita sobre o efeito da sentença que reconhece a inconstitucionalidade acaba por ser uma definição, porque, se não se aplica a regra própria da declaração de inconstitucionalidade de um processo concreto, é porque a Constituição não quis dar tal solução, o que significa que o problema se resolve, logicamente, pelas regras processuais sobre a eficácia e autoridade da sentença. E como o objeto do julgamento

consiste em desfazer os efeitos normativos (efeitos gerais) da lei ou ato, a eficácia da sentença tem exatamente esse efeito, e isto tem valor geral, evidentemente. Em suma, a sentença aí faz coisa julgada material, que vincula as autoridades aplicadoras da lei, que não poderão mais dar-lhe execução sob pena de arrostar a eficácia da coisa julgada, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade em tese visa precisamente atingir o efeito imediato de retirar a aplicabilidade da lei. Se não fosse assim, seria praticamente inútil a previsão constitucional de ação direta de inconstitucionalidade genérica." (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 10ª edição, 1995, pp. 57 e 58.)

Inconstitucionalidade por Omissão

A Constituição Federal de 1988 foi buscar no ordenamento jurídico-constitucional português¹ a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Seu objetivo consiste em dar eficácia à norma constitucional, cuja aplicabilidade ficara prejudicada em face de omissão do órgão legiferante competente que porventura não tenha baixado os atos normativos infraconstitucionais necessários à implementação dessas normas.

A legitimidade para propô-la é conferida às mesmas pessoas, órgãos e/ou entidades elencadas no art. 103, I a IX, da Carta Magna de 1988, o que nos leva a concluir em relação a esta que a legitimação ativa para ajuizá-la é a mesma conferida para a ação direta de inconstitucionalidade por ação, competindo sua apreciação e julgamento, também, de forma originária, ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do mesmo art. 102, I, "a", da vigente Constituição.

Não obstante se verifiquem aqui as características de uma ação, com partes (autor e réu) e o juiz, no caso o STF, não se vislumbra, neste particular, a necessidade de citação ao advogado-geral da União, porquanto inexistente, ainda, ato ou texto impugnado a ser defendido, pois o que se pretende com tal instrumento é, justamente, que se produza o ato legal (lei, medida provisória, decreto, resolução, etc.), a fim de que se dê eficácia à norma jurídica constitucional carente desse procedimento.

No entanto, embora se prescindia da citação ao advogado-geral da União, há comando constitucional disciplinando as providências a serem tomadas pelos órgãos incumbidos de expedir os atos jurídicos necessários à execução da norma constitucional após a declaração de inconstitucionalidade obtida por essa via, conforme se vê do seguinte dispositivo.

"Art. 103

§ 1º

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em ³⁰dias."

Sendo o órgão competente para executar tal medida o Poder Legislativo, não há prazo estipulado nesse sentido, até porque, se de outra maneira fosse, estar-se-ia ferindo, inclusive, a harmonia que deve existir entre os Três Poderes da União (CF/88, art. 2º). Por outro lado, tratando-se de órgão administrativo, a Constituição Federal é taxativa neste aspecto, ordenando que sejam tomadas as providências necessárias no prazo de trinta dias.

Outras observação devem, ainda, ser feitas no tocante à ação de inconstitucionalidade por omissão, porquanto não se pode, simplesmente pelo fato de entendermos que alguma norma constitucional carece de eficácia, propor, sem uma análise acurada da matéria, tal tipo de ação.

Muitos dispositivos constitucionais, para terem sua eficácia implementada, de-

pendem de prazos que foram estipulados, por exemplo, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), citando-se aqui o art. 34, §§ 1º a 10, que dispunham sobre a entrada em vigor do novo Sistema Tributário Nacional.

Outros, porém, já foram devidamente implementados, como são os casos, por exemplo, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor - lei nº 8.078/90 e do Estatuto da Criança e do Adolescente - lei nº 8.069/90, dando eficácia, respectivamente, aos arts. 5º, XXXII e 227, ambos da vigente Carta Magna.

Agora isso, é também relevante atentar-se para o fato de que, ao invés de ajuizar-se tal ação, a norma constitucional poderá solicitar, dependendo da matéria, outro tipo de providência jurídica, como nos casos em que caberá o Mandado de Injunção, cujo disciplinamento se encontra em dispositivo próprio da Lei Maior, no seguintes termos:

"Art. 5º

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

....."

Feitas essas considerações, poderíamos muito bem citar alguns dispositivos constitucionais onde bem caberia a ação de inconstitucionalidade por omissão, a saber:

a) "Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I

XI participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

....."

b) "Art. 30. Compete aos Municípios:

I

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para

exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhe a legitimidade, nos termos da lei."

c) "Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I

VII grandes fortunas, nos termos da lei complementar."

d) "Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

I

VI a criação de fundo de seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União;

....."

No exemplo "c", cabe a ressalva de que, não obstante se entenda caber a ação de inconstitucionalidade por omissão, deve ser relevado, antes disso, o fato de que não há limite de tempo determinado para o exercício da competência tributária, porquanto a mesma poderá vir a ser exercida pelo poder tributário competente, a qualquer momento, não sendo permitido a outro fazê-lo por omissão daquele, conforme disposto no art. 8º da lei nº 5.172/66 (CTN).

Por último, cabe indagar: a ação de inconstitucionalidade por omissão é declaração **em tese** ou **in concreto**?

A doutrina não é pacífica quanto à resposta, ora inclinando-se pela declaração em tese, ora pela declaração *in concreto*.

As opiniões, neste particular, da profª Regina Maria Macedo Nery Ferrari e do prof. José Afonso da Silva resumem bem este fato, conforme transcrição abaixo:

"O órgão competente para declarar a omissão como inconstitucional é o Supremo Tribunal Federal. O réu, nesse caso, é o órgão competente para agir que, com sua inércia ou omissão, venha a violar a Constituição.

A ação de inconstitucionalidade por omissão refere-se ao ato em tese,

sem necessidade de estar relacionada com um caso concreto, visando ao restabelecimento do sistema violado pela não atuação do poder constituído competente que impede a aplicação da Lei Fundamental em toda a sua extensão, operando seus efeitos *erga omnes*.

Esse é o pensamento que mais parece ser coerente, pois a ação de inconstitucionalidade por omissão também caracteriza um processo objetivo, onde o que se discute não é um direito subjetivo, isto é, um direito juridicamente protegido que se encontra lesado ou ameaçado de lesão, mas a proteção do sistema jurídico como um todo, independentemente da violação de direitos, em que a inconstitucionalidade é analisada em tese.

Deve-se registrar a opinião de José Afonso da Silva, totalmente contrária ao acima afirmado, quando defende que 'Não se trata de verificar inconstitucionalidade em tese, mas *in concreto*, ou seja, a de que não se produziu uma medida (lei, decreto, etc.) concretamente requerida pela norma constitucional. Não se cogitará, portanto, de efeito *erga omnes*, mas de determinação diretamente dirigida a um poder. Daí provém que a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória quanto a esse reconhecimento, mas não meramente declaratória, porque dele decorre um efeito ulterior de natureza mandamental no sentido de exigir do Poder competente a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão'." (*Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, pp. 32 e 33)

OUTRAS CONSIDERAÇÕES

É mister frisar-se que as ações de inconstitucionalidade por ação e/ou omissão devem ser ajuizadas sempre que se arguir a inconstitucionalidade de lei federal e/ou estadual contra a Constituição Federal (CF/88, art. 102, I, "a", e art. 103, I a IX, §§ 1º a 3º).

Se o conflito é de lei federal e/ou estadual contra lei federal, a competência para

apreciá-lo é do Superior Tribunal de Justiça - STJ, através de Recurso Especial, nos termos do art. 105, III, "a", "b" e "c" da Lei Maior de 1988.

Tratando-se de conflito entre a lei estadual e/ou municipal contra a Constituição do Estado, a competência para processá-lo e julgá-lo é do Tribunal de Justiça do Estado, em conformidade com o art. 125, §§ 1º e 2º, da vigente Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal poderá vir a apreciar, através do recurso extraordinário, as decisões das justiças locais, conforme art. 102, III, "a", "b" e "c", do atual Estatuto Supremo. É também de competência do STF processar e julgar "o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade" (CF/88, art. 102, I, "p").

O Supremo Tribunal Federal também aprecia a representação de inconstitucionalidade feita pelo procurador-geral da República quando se tratar de intervenção federal em Estado-Membro da Federação (CF/88, arts. 127, 128, § 1º, 129, IV, 34, VII, e 36, III).

Há também o chamado controle preventivo, onde, através das comissões existentes durante o processo legislativo, tenta-se impedir que as leis e/ou demais atos normativos ingressem no sistema jurídico com vícios de inconstitucionalidade. Verifica-se, neste particular, tanto a participação do Legislativo, como do Executivo, quando este pratica os atos concernentes à promulgação, sanção ou veto das leis (CF/88, arts. 58, § 2º, I, 66, § 1º, e 84, IV e V).

Para o estudo do controle da constitucionalidade das leis e demais atos normativos federais e/ou estaduais frente à Constituição Federal, não se pode deixar aqui de verificar as modificações introduzidas nos artigos 102 e 103 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993.

Ação Declaratória de Constitucionalidade: ADC

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) é novidade introduzida em nosso ordenamento jurídico-constitucional pela EC nº 03, de 17 de março de 1993.

A competência para processar e julgar tal ação é do Supremo Tribunal Federal, em primeira e única instância, vale dizer, ori-

ginariamente, conforme a Constituição Federal de 1988, art. 102, I, "a".

No tocante à legitimidade ativa para propô-la ou ajuizá-la é deferida apenas ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República (CF/88 art. 103, 4º).

EFEITOS DA ADC

Ao contrário do que foi visto relativamente às ações de inconstitucionalidade por ação e por omissão, a Constituição Federal aqui não deixou dúvidas a esse respeito, na medida em que, através de dispositivo próprio, dispõe:

"Art. 102

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas **Ações Declaratórias de Constitucionalidade** de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo." (grifo nosso)

Apesar desse fato, a doutrina dominante tem-se pronunciado contrária à adoção em nosso ordenamento jurídico-constitucional da ADC, sob o argumento de que a mesma estaria eivada de inconstitucionalidade,

porquanto impediria o acesso à Justiça, bem como impediria a observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos, respectivamente, no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Lei Maior de 1988.

Poucos são, no entanto, os que acreditam que a ADC traria benefícios ao nosso Direito Positivo, sob alegação de que a mesma reforçaria a segurança jurídica, impedindo-se que o particular argüísse a inconstitucionalidade de uma norma jurídica já declarada constitucional, e contribuiria, outrossim, para a uniformidade das decisões judiciais, vedando-se que sobre a mesma matéria fossem prolatadas decisões divergentes.

Por último, faz-se uma reflexão. Só o tempo dirá se a Ação Declaratória de Constitucionalidade veio para tornar nosso ordenamento jurídico-constitucional mais eficiente e eficaz, pois se os indícios, até o momento, são no sentido de que a mesma não estaria contribuindo ou não viria a contribuir para a evolução do sistema, que a sociedade, através dos instrumentos próprios, tome a iniciativa de expurgá-la do sistema ou tome providências legais necessárias ao seu aperfeiçoamento, a fim de que tal remédio jurídico não se torne, ao invés de um elemento de progresso do sistema, um verdadeiro instrumento de involução deste, indo de encontro aos direitos e garantias individuais e coletivos do cidadão e das pessoas em geral.

Nota

¹ "A requerimento do presidente da República, do provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia o não-cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência da inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente"- Constituição de Portugal, de 25.04.86, art. 283, 1 e 2.

Referências Bibliográficas

- 1 Constituição Federal de 1988. Editora Saraiva, 1996.
- 2 Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. Malheiros Editores, 1995.
- 3 Temer, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 11ª ed. Malheiros Editores, 1995.
- 4 Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- 5 Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- 6 Martins, Ives Gandra da Silva, Mendes, José Ferreira et al. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 1ª ed. Editora Saraiva, 1995.
- 7 Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1ª ed. Editora Saraiva, 1988.
- 8 Bonavides, Paulo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Editora Forense, 1988.
- 9 Supremo Tribunal Federal, *Regimento Interno*. 11ª ed. Editora Atlas, 1994.
- 10 Universidade Federal do Ceará - UFC, Faculdade de Direito. *A Balança*. Edição CACB - Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua, agosto, 1995.