

## CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

JOSÉ RUBENS COSTA<sup>1</sup>

*1. Controle difuso e concentrado de constitucionalidade. 1. Controle concentrado. 3. Descabimento de controle concentrado de atos concretos. 4. Controle estadual de norma municipal por confronto de repetição. 5. Ambigüidade do controle concentrado estadual. 6. Controle difuso. 7. Quorum qualificado. 8. Eficácia erga omnes do controle difuso e concentrado. 9. Controle direto de norma não recepcionada*

### *1. Controle difuso e concentrado de constitucionalidade*

O Brasil adota os controles *difuso* ou *incidental* e *concentrado* ou *principal* de constitucionalidade.

Passíveis de controle concentrado ou difuso são as *normas em abstrato*, normas formalmente ou não legislativas, leis complementares, medidas provisórias, leis (“*a tutela da ordem constitucional sem vinculações a quaisquer situações jurídicas de caráter individual ou concreto*”, ADIn 643-6/SP, Min. Celso de Mello, v. u., RTJ 139:73; MC ADIn 647-DF, Min. Moreira Alves, RTJ 140:36, cita RTJ 108:505, 119:65; RT 681:236 e RDA187:169), ou decretos *autônomos* (*com o caráter de abstração*, MC ADIn 708-DF, Min. Moreira Alves, RTJ 142:718).

### *2. Controle concentrado*

A Constituição rege o controle concentrado, autônomo ou principal, via ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (arts. 102, I, e p, e 103, CF; Lei 9.882, de 03.12.99, dispõe

<sup>1</sup> Professor e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Pós-doutorado em direito constitucional e processual civil, respectivamente, nas Universidades Livre e Técnica de Berlim, na qualidade de bolsista da Alexander von Humboldt-Stiftung.

sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal).

Confere-se legitimidade ativa às pessoas e autoridades expressamente arroladas pela Constituição (art. 103); exigida a presença do Ministério Público pelo Procurador-Geral da República (art. 103, § 1º); atribuída ao Advogado-Geral da União a defesa do texto (art. 103, § 3º). Instituída a ação direta estadual, a legitimidade será expressa na Constituição de cada Estado, “*vedada a atribuição da legitimação para agir a um só órgão*” (art. 125, § 2º).

O controle concentrado possui caráter indisponível (ADIn 1.254-RJ, Min. Celso de Mello, v. u., DJ 08.09.95, cita RTJ 131/958, Min. Sepúlveda Pertence).

Não exclua a possibilidade jurídica da ação direta, ou a legitimação ativa do Chefe do Executivo, haver ele mesmo encaminhado o projeto de lei à Casa Legislativa (em sentido contrário, em exegese esdrúxula, sem apresentar um argumento sequer, TJMG, Des. Corrêa de Marans, ADIn 89.203/4, j. 25.03.98). Ora, os atos ilegais são de ser revistos, necessariamente, pelo agente público, tenham sido ou não por ele praticados (S. STF 473), assim como previsto juízo de retratação dos julgadores (= *embargos infringentes, agravo e declaratórios*). A matéria pública, e com mais força a constitucional, é indisponível. Não se abdica do controle concentrado. Razão jurídica nenhuma impede, portanto, o controle concentrado de texto legal de iniciativa ou sanção do Executivo, seja qual for a pessoa física investida no mandato (corrigindo o erro, TJMG, ADIn 97.332-1, TJMG, votos do Des. Orlando Carvalho e, então, Des. Paulo Medina, hoje Ministro do STJ).

Sobre a matéria já havia, inclusive, firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello (ADIn 805-RS, v. u., DJ 12.03.99; ADIn 1.070-1, v. u., DJ 15.09.95, JSTF 206:57), não divisando óbice algum em *ação direta proposta pelo Chefe do Executivo que sancionara a norma*, sem distinguir se o Chefe do Executivo participara, *concordante* ou *discordante*, do processo de formação da norma inconstitucional ou se apontara o defeito pelo veto, este, a seguir, suprimido pelo Legislativo.

Aliás, vetusta jurisprudência, *não se pode atribuir eficácia jurídica à sanção se incide sobre norma inconstitucional* (= *revogação da S. STF 5, sanção do Executivo retiraria vício formal de inconstitucionalidade*, pelos RE 109.103-MA, Min. Octávio Gallotti, v. u., RTJ 131:424; Rep. 1.099-PB, Min. Oscar Corrêa, v. u., RTJ 103:82, citam Rep. 890-GB, Min. Oswaldo Trigueiro, RTJ 69:633, Rep. 1.046-ES, Min. Rafael Mayer, RTJ 97:987, Rep. 1.043-MA, Min. Soares Munhoz, DJ de 7.8.81, Rep. 1.051-GO, Min. Moreira Alves, DJ de 15.5.81, Rep. 1.062-MS, Min. Décio Miranda, DJ de 6.11.81).

O controle concentrado se restringe às normas federais e estaduais em face da Constituição federal, exclusivo do Supremo Tribunal Federal; normas estaduais e municipais diante da Constituição do Estado, competência dos tribunais de justiça (art. 125, § 2º, CF). Do controle concentrado das normas municipais ficou excluído o confronto com a Constituição Federal (Rep.1.252-ES-QO, Min. Néri da Silveira, v. u., DJ 1.7.92, p. 10.555, Recl. 337-DF, Min. Paulo Brossard, RTJ 164:832).

### 3. Descabimento de controle concentrado de normas sem abstração

Não admitido o controle concentrado (= *cabível o difuso*) de ato regulamentar não normativo ou sem caráter de abstração, não há controle de atos administrativos (ADIn 647, Min. Moreira Alves), *impossibilidade de controle concentrado de constitucionalidade dos chamados atos de efeitos concretos, “a tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou concreto. Não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de abstração, generalidade e impessoalidade”* (ADIn 643-6/SP, Min. Celso de Mello, v. u., RTJ 139:73; ADIn 203-DF, Min. Celso de Mello, RTJ 131:1005, cita RTJ 108/505, Min. Décio Miranda, RTJ 119/65, Min. Néri da Silveira), ou de leis simplesmente autorizativas, v. g., que conferem ao Executivo poderes para alienar imóveis (TJMG, ADIn 95.115-2, Des. Rubens Xavier Ferreira; ADIn 1.716, Min. Sepúlveda Pertence);

### 4. Controle estadual de norma municipal por confronto de repetição

Entretanto, o exame da inconstitucionalidade de norma municipal não fica afastado, faz-se por controle difuso, caso a caso (STF-1ª Turma, RE 99.267-RS, Min. Néri da Silveira, RTJ 93:455, 93:459, 97:428, 104:724, 124:612, 125:618, 125:769). E por controle concentrado, conforme *criação* jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, se houver norma estadual batizada de repetição (STF-1ª Turma, RE 161.390-AL, Min. Sepúlveda Pertence, v. u., RTJ 155:974, *com ressalva do ponto de vista contrário do relator*): “*Controle abstrato de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, perante o Tribunal de Justiça, fundada em violação de preceitos da Constituição do Estado, ainda que se cuide de reprodução compulsória de normas da Constituição da República*”), isto é, sempre que a Constituição do Estado repetir, de modo explícito, normas da Constituição federal, ou que se possa deduzir a norma *não repetida* de algum preceito estadual.

O reconhecimento do controle concentrado por confronto com norma de repetição ou norma que se entende de reprodução obrigatória, significa, sem dúvida alguma, desautorizar a Constituição Federal, na exclusão de controle concentrado de norma municipal em face da Constituição Federal por tribunal estadual, e, assim, contrariar a lógica jurídica do mesmo Supremo Tribunal Federal, que assim dispôs em múltiplas ações diretas (STF-1ª Turma, RE 99.987-SP, Min. Néri da Silveira, v. u., RTJ 124:266, cita os RE 93.088, DJ 22.06.81, RE 92.169, 20.05.81, RE 87.484-4-RS, 21.10.82, RE 93.626, RE 97.080 e RE 99.987; Recl. 337/DF, Min. Paulo Brossard, v. u., RTJ 164:832, cita inúmeras decisões, RTJ, 93:455, 93:461, 91:740, 97:428, 102:749, 104:724, 124:612; 125:769). Se vedado a tribunal estadual o controle concentrado de norma municipal em face da Constituição Federal, como seria possível o mesmo controle, apenas diante do preciosismo de dizer-se repetida a norma constitucional federal pela Constituição Estadual? Em que difeririam um e outro exame? Em nada, certamente.

Recomenda-se, assim, atenta leitura das decisões do Supremo Tribunal, principalmente porque assentada a questão por voto da maioria, ao passo que a razão jurídica sempre esteve com os votos vencidos (Rcl 383-SP, Min. Moreira Alves, v. v., RTJ 147:404, vencidos os Ministros Carlos Mário Velloso, Francisco Rezek, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello).

### 5. *Ambigüidade do controle concentrado estadual*

O controle concentrado pelos tribunais estaduais, *novidade* da Carta de 1988, gera, como um todo, tremenda perplexidade jurídica e subtrai, sem dúvida alguma, ao Supremo Tribunal Federal parcela da guarda da Constituição.

Declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma estadual ou municipal, afirmado o confronto com a Constituição do Estado, quase certo ter sido o confronto com a Constituição Federal, por norma de repetição ou não, visto ser muito exíguo o campo normativo daquela, observada a exaustão regulamentar desta última. Sem dúvida alguma possível o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, que poderá, então, definir melhor, e com autoridade constitucional, o contorno da norma, se observante ou transbordante. Todavia, os escolhos sumulares ou a inércia dos legitimados podem permitir, como o permitem na grande maioria dos casos, o trânsito em julgado da decisão do tribunal estadual, imposta com eficácia *erga omnes* (= *afasta ou mantém a norma no mundo jurídico*). Transitada em julgado a decisão do controle estadual de repetição, a eficácia *erga omnes* também obriga o próprio Supremo Tribunal Federal, que, em lides isoladas, não poderá contrariar o entendimento estadual, *mesmo se contrário à norma constitucional repetida ou modelo da repetição*. Evidente o contra-senso. A assertiva contrária, insubmissão do Supremo, suprime a eficácia *erga omnes*, tornando inútil a decisão estadual. Ambíguo, sem dúvida, o controle concentrado de repetição, ou não.

Invocada a mesma norma em ação fora do Estado em controle incidental, as mesmas dúvidas se colocam, a jurisdição de outro Estado observará ou não a eficácia da decisão de controle alienígena? Ou a eficácia *erga omnes* se limita ao território da jurisdição do controle concentrado estadual? Se limitada espacialmente, algumas decisões podem visitar o Supremo Tribunal Federal, que julga a norma constitucional, ao passo que julgada inconstitucional no controle concentrado do outro Estado, ou vice-versa. Resumo: no Estado do controle concentrado a norma tem sua eficácia suprimida, ao passo que nos outros Estados possui força jurídica diversa ou no entendimento do tribunal estadual ou do Supremo Tribunal Federal.

Suponha-se alegação de inconstitucionalidade de taxa ou tributo instituídos por um ou vários Estados ou Municípios, porque estariam desconformes ao conceito constitucional, exclusivo, federal (art. 145, inc. I e II). Em controle concentrado de norma municipal, o Tribunal de Justiça julga inconstitucional o tributo (= *taxa de limpeza de Poços de Caldas, Minas Gerais*, ADIn 133.413-5.00, Des. Isalino Lisboa, v. u., j. 23.06.99); examinando idêntica norma de outro Município, considera-a constitucional (= *taxa de limpeza de Belo Horizonte, então idêntica à de Poços de Caldas*; ADIn 171.153/0, Des. Corrêa de Marins, v. v., j. 27.09.00). Irrecorridas as

decisões, segue-se a aplicação da taxa em um ou alguns Municípios, v. g., os que não foram acionados pelo controle concentrado, e a exclusão em outros...

Pior, acaso recorridas umas e não recorridas outras decisões do controle concentrado, com reforma da decisão pelo Supremo Tribunal Federal, ficará a mesma taxa constitucional em alguns Municípios e inconstitucional em outros... E esta variedade de opiniões e do controle concentrado poderá ser multiplicada em cada Estado. Qual, enfim, a unidade de aplicação da norma constitucional; onde a função de guarda e vigilante conferida ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, CF)?

## 6. Controle difuso

O Código (arts. 480 e 481) disciplina o controle incidental ou difuso junto aos tribunais. Não há normas especiais quanto ao exame pelos juízes de primeiro grau. O controle difuso é próprio e necessário de qualquer julgador; a constitucionalidade ou não de uma norma é objeto de exame pelos juízes de primeiro grau e por todos os tribunais. Em se tratando de tribunais, a assertiva de inconstitucionalidade não se faz pelos órgãos fracionários, em competência originária ou recursal, senão, como determina a Constituição (art. 97) pelo plenário ou por órgão especial. O inverso não se subtrai do órgão fracionário, afirmar válida a norma diante da Constituição.

Submetem-se ao controle incidental de qualquer tribunal quaisquer normas, caracterizadas pela abstração, federais, estaduais e municipais; ao contrário do controle direto, não se distingue a competência do Supremo no confronto das normas com a Constituição Federal e dos Tribunais de Justiça, confronto das normas locais com a Constituição do Estado.

Em trâmite recurso ou ação de competência originária, se argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o Relator, após a audição do Ministério Público, submeterá a questão à Turma ou Câmara, a que tocar o conhecimento do processo (art. 480).

Rejeitada a argüição pelo próprio órgão fracionário recursal, este prossegue o julgamento, ou seja, julga o recurso. A rejeição cabe por considerar-se desmotivado o incidente (= *rectius*), porque o órgão fracionário considera a norma constitucional, julgamento que lhe cabe, ao contrário do julgamento de inconstitucionalidade (STF-2ª Turma, AgRg RE 161.475, Min. Carlos Velloso, RTJ 156:661; STF-1ª Turma, RE 158.835-RJ, RTJ 147:1.079, AgRg RE 156.557, RTJ 151:302; AgRg RE 147.702/MG, RTJ 154:674, todos v. u., Min. Celso de Mello; STF-1ª Turma, RE 156.309-MG, Min. Sepúlveda Pertence, v. u., RTJ 148:923); ou por considerar desnecessária a verificação de constitucionalidade, porque fundamentada a pretensão em outras normas não impugnadas.

Se acolhida a impugnação, lavra-se o acórdão de acolhimento e submete-se a questão ao plenário do tribunal ou ao órgão especial, em face da exigência do *quorum* especial de maioria absoluta dos membros do tribunal ou do órgão especial (art. 97). A competência do plenário ou do órgão especial se limita ao julgamento, em tese, da inconstitucionalidade; não pode julgar o recurso (= *rectius*, a causa). Cuida-se de julgamento complexo, por dois órgãos jurisdicionais (em sentido contrário, mas sem

fundamentação, afirmando possível ao plenário julgar o próprio recurso, EDC Arg. inconst. RMS 1.178-0/RS, Min. Pádua Ribeiro, v. v., RSTJ 90:23).

O órgão fracionário decide o incidente, de acolhimento ou de rejeição, por maioria simples, ao contrário do *quorum* exigido do plenário ou órgão especial. Repete-se, o órgão fracionário pode rejeitar o incidente por considerar a norma constitucional, caso em que não exigido o *quorum* especial.

Ao pleno ou ao órgão especial não cabe julgar o recurso, senão a argüição de inconstitucionalidade. Cabe-lhe decidir, antes de tudo, o cabimento da argüição. Há, como nos recursos, duplo juízo de admissibilidade, pelo que a decisão do órgão recursal fracionário não vincula o pleno ou o órgão especial, o que, caso contrário, seria inversão de hierarquia.

Se fica declarado ou rejeitado o vício legal, a decisão é prejudicial, da decisão a ser proferida pelo órgão fracionário recursal, a quem se devolve o conhecimento do restante da matéria, uma vez publicada a decisão incidental de inconstitucionalidade. Não cabe recurso desta decisão (ver Súmula STF 293, *não cabimento de infringentes*), exceto declaratórios.

Eventuais recursos, ordinário ou extraordinário, serão da decisão recursal (Súmula STF 513: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão que completa o julgamento do feito”). Excluídos, entretanto, os embargos infringentes quanto à matéria constitucional (Súmula STF 455), pela divergência do órgão anterior, óbvio. Adequada a solução das Súmulas, vez que seria sem sentido propiciar da decisão incidental recurso nem se sabendo ainda de qual parte a sucumbência. Por outro lado, os atos complexos somente se aperfeiçoam com a manifestação da última vontade.

Há nulidade da decisão do órgão fracionário recursal se não respeitar a prejudicialidade da decisão do incidente de declaração de inconstitucionalidade.

Não há previsão formal sobre o julgamento, parecendo-me deva ser feito em autos apartados dos autos do recurso, mesmo porque não há necessidade de nenhuma outra peça dos autos para o julgamento incidental senão “*cópia do acórdão*”, que será encaminhada a todos os julgadores (art. 482), juntamente com a petição que levantou o incidente; desnecessário o encaminhamento dos autos recursais.

O julgamento incidental de rejeição da inconstitucionalidade não constitui declaração de constitucionalidade da norma, exceto no caso concreto, isto é, não possui eficácia *erga omnes*, não adquire imutabilidade, não se fecha pela coisa julgada material. Por este motivo, não há necessidade de *quorum* especial. Em outras decisões, pode-se concluir de forma diferente.

As partes e o Ministério Público possuem legitimidade para levantar o incidente, assim como pode ser provocado de ofício, em ambos os casos enquanto útil, isto é, antes de concluído o julgamento.

## 7. *Quorum qualificado*

Em qualquer hipótese, de controle concentrado ou difuso, exigido pela Constituição, a procedência do incidente, da ação direta ou da declaratória, *quorum* da

maioria absoluta dos membros do tribunal ou, se houver, do órgão especial (arts. 93, XI, e 97, CF). Não existe um *quorum* especial para compor o julgamento; suficiente número representativo da maioria absoluta (STF-Pleno, RE 100.148/PB, Min. Francisco Rezek, v. u., RTJ 111:393). Não há procedimento especial junto aos juízos de primeiro grau, devendo a arguição de constitucionalidade ou inconstitucionalidade ser resolvida com a sentença.

Julgamento de inconstitucionalidade pela maioria dos membros presentes, mas sem atingir a maioria absoluta dos membros do plenário ou do órgão especial (= *insuficiente de quorum*), entende-se juízo não de procedência mas de improcedência (= *considerada a norma conforme à Constituição*).

## 8. Eficácia *erga omnes* do controle

Vem se afirmando a eficácia plena (= *erga omnes*; STF-1ª Turma, RE 162.451-1/RS, Min. Moreira Alves, v. u., DJ 22.10.93, p. 22.260) do controle concentrado e a relativa do controle difuso. Acatar a certeza ou não da frase exige pequeno passeio não além da Constituição de 1946, ocasião em que não existia o controle concentrado, senão o difuso ou incidental. Declarada a inconstitucionalidade de norma pelo Supremo Tribunal Federal, incumbia ao Senado (art. 64) “*suspender-lhe a execução*”. Em outras palavras, a decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal possuía eficácia relativa, resolvia o caso concreto; era comunicada ao Senado, a quem incumbia acatar ou não a decisão no sentido de subtraí-la do mundo jurídico. Origem da distinção era a própria gênese da separação dos poderes, inicialmente a mais rígida possível, situação alterada no curso do tempo.

Na Constituição de 1967, instituiu-se o controle concentrado, via representação do Procurador-Geral da República (art. 114, I, *l*; art. 118, I, *l*, EC 1, de 1969). A ainda atual Constituição transformou a representação em ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*), criada a ação declaratória de constitucionalidade (alteração da alínea *l*, I, art. 102, pela EC 03/93). De 1946 até hoje, persiste a tarefa senatorial de suspender a execução da norma considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, CF 1988).

Em recanto algum a Constituição de 1988 ou afirma não aplicar-se o consentimento do Senado no caso da ação de constitucionalidade ou atribui-lhe eficácia *erga omnes*. De duas, uma, portanto, a eficácia *erga omnes* depende da vontade do Senado ou não; impõe-se pela própria natureza do controle, conferido ao Judiciário ou mantém-se a concepção original. Reconhecida a eficácia plena ao controle concentrado razão alguma convence da exclusão da plenitude ao controle difuso. Seria por causa da forma, exame principal ou incidental? Pelo conteúdo, decerto que não, pois em nada diferem, nem na submissão ao *quorum* qualificado constitucional (art. 97).

Em nem socorre oposto, antes a desampara, verificar outra das incontáveis alterações do texto de 1988, em que se afirma a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de constitucionalidade (§ 2º do art. 102, EC 3, de 1993). Persiste quanto à *ação direta de inconstitucionalidade* e quanto ao *controle difuso* a situação normativa anterior. Não há previsão de eficácia *contra*

*todos*; ou seja, ou possuem ambos, por interpretação e nas mesmas condições, ou submetem-se à vontade senatorial.

Bizantina, portanto, a distinção da eficácia dos dois controles; interpretada a competência do Senado como forma de divulgação e de publicidade da suspensão de eficácia pelo Poder Judiciário. Harmonizam-se as tarefas, consoante o mesmo princípio constitucional de independência (art. 2º).

Nestes termos deve ser entendida a hipótese de exclusão do incidente de inconstitucionalidade (parágrafo único, art. 481, acrescido pela Lei 9.756, de 17.12.98): “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”. Ora, se não mais se apresenta a questão ao plenário ou ao órgão especial, segue-se a eficácia *erga omnes* da decisão anterior incidental de inconstitucionalidade. E se os órgãos fracionários se submetem à decisão, com mais razão os órgãos jurisdicionais de primeiro grau. Caso contrário, a entender-se desprovida de eficácia *erga omnes* a decisão incidental, a exclusão da matéria do julgamento pelo plenário ou pelo órgão especial enfrenta, sem circunlóquios, a regra constitucional de reserva de competência do plenário ou do órgão especial (art. 97).

A exclusão do julgamento pelo plenário há muito vem sendo praticada pelo Supremo Tribunal Federal por previsão regimental ou por interpretação da norma constitucional, sem contudo, afirmar a eficácia *erga omnes* da decisão (STF-1ª Turma, RE 191.890-0/PR, Min. Sepúlveda Pertence, v. u., RT 746:162; STF-1ª Turma, RE 192.218/BA, Min. Sepúlveda Pertence, v. u., RTJ 164:1093, cita RE 150.764, 169.873, 190.725, AgRg Ag 169.149 e 170.198). Mas, se excluída do órgão constitucional e imposta aos órgãos fracionários e, por conseguinte, de primeiro grau, em que consistiria a eficácia relativa do controle incidental...

### 9. Controle direto de norma não recepcionada

Eventual incompatibilidade de normas anteriores à Constituição — assentou o Supremo Tribunal Federal — não se examina pelo controle concentrado (ADIn 521-MT, Min. Paulo Brossard, v. u., RTJ, 141:56, cita inúmeros precedentes e a ADIn 2 de sua relatoria; ADIn 464-GO, v. u., Min. Francisco Rezek, RTJ 154:739, cita ADIns 74-8 e 7-DF, Min. Celso de Mello, e 517-DF, Min. Octávio Gallotti), porque a norma anterior conflitante com a nova ordem constitucional (= *não recepcionada*) considera-se revogada (ADIn 2 e ADIn 7-DF, Min. Paulo Brossard, 06.02.92, v. v. Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Néri da Silveira; ADIn 385-DF, Min. Moreira Alves, RTJ 142:22, observando o voto divergente do Min. Sepúlveda Pertence, embora não conhecendo da ação por ilegitimidade ativa; ADIn 438-RO, Min. Sepúlveda Pertence, v. u., RTJ 140:407, com ressalva do entendimento diverso, “*se rende à orientação da Corte*”; ADIn 763-SP, Min. Moreira Alves, v. u., RTJ 145:136; Rep. 1.340-BA, Min. Moreira Alves, v. u., RTJ 153:515; ADIn 1.227-RJ, Min. Maurício Corrêa, v. u., RTJ 158:491).

Se acertada ou não a tese, a mesma lógica impõe a mesma conclusão quanto ao controle incidental, *seriam* arquivados os anteriores à alteração constitucional.

Diante dessa premissa, a cada nova Constituição, o Supremo Tribunal Federal afirma terem ficado prejudicadas as ações de constitucionalidade anteriores, arquivando-as sem julgamento (Rep. 1.346-DF, Min. Francisco Rezek, v. u., RTJ 127:776; Rep. 1.312-RS, Min. Célio Borja, v. u., RTJ 128:515, voto do Min. Néri da Silveira, RTJ 128:537, cita Rep. 1.532-PA, 1.534-PA, 1.568-SC, 1.588-GO; Rep. 1.533-PA, Min. Djaci Falcão, v. u., RTJ 128:606).

Os argumentos do Supremo Tribunal Federal, Ministro Paulo Brossard: *“O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias”* (ADIn 521/MT, Min. Paulo Brossard).

As considerações não convencem, mesmo porque não possuem natureza jurídica, eis que revogar uma norma se situa no plano do direito positivo, e não constitucional (= *conteúdo normativo político*). Quanto ao trabalho jurisdicional em nada difere considerar uma norma revogada ou inconstitucional. O entendimento, entretanto, de estar revogada a norma não possui eficácia plena ou oponível a todos (= *eficácia erga omnes*), o que permite os mais variados juízos até que se firme, se é que se firma, o consenso, o que, todavia, não supera uma contradição, em algumas lides a norma se teve como não revogada, em outras, revogada, o que leva o cidadão à perplexidade e não cumpre com a finalidade jurisdicional de pacificar a ordem jurídica e social. Não se guarda a inteireza da Constituição; o Supremo abdica da guarda (art. 102, CF) e a transfere aos mais variados julgadores. Mais consistente o pensamento do Ministro Sepúlveda Pertence (ADIn 438-RO, RTJ 140:407), com o apoio dos Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio:

*“Reduzir o problema às dimensões da simples revogação da norma infraconstitucional pela norma constitucional posterior — se é alvitre que tem por si a sedução da aparente simplicidade —, redundaria em fechar-lhe a via da ação direta. E deixar, em consequência, que o deslinde das controvérsias suscitadas flutue, durante anos, ao sabor dos dissídios entre juízes e tribunais de todo o país, até chegar, se chegar, à decisão da Alta Corte, ao fim de longa caminhada pelas vias freqüentemente tortuosas do sistema de recursos.”*

Outros argumentos (= *refutáveis*), do Ministro Celso de Mello (QO ADIn 7-DF, Min. Celso de Mello, v. u., RTJ 145:339, cita RTJ 95:980, 95:993, 99:544; na questão, houve voto divergente do Min. Sepúlveda Pertence, que não conheceu da ação direta por outra razão, ilegitimidade do autor): *“Admitir, a inconstitucionalidade superveniente significaria generalizar, em caráter ordinário, a possibilidade de nulificação, também superveniente, de todos os atos estatais anteriores a uma nova Constituição, inobstante a sua plena e originária conformidade com a Lei Fundamental vigente à época de sua formação. Como sabemos, o fenômeno jurídico da nulidade superveniente desconstitui, ainda que com eficácia ex tunc, situações jurídicas definitivamente estabelecidas. Essa situação — é preciso acentuar — decorreria, em caráter necessário, da tese que nega a eficácia derogatória a uma nova Constituição.”*

Evidente que admitir a inconstitucionalidade superveniente não possui a mais remota conotação com a possibilidade de interferir com os atos estatais anteriores, porque protegidos pela Constituição anterior (= *ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada*), porque constitucional, então, no passado (= *antecedente*), a norma, pois o que se discute é a inconstitucionalidade *superveniente*! Não há falar de incidência de nulidade superveniente em casos anteriores, ao tempo, repete-se, em que a norma era hígida pelos padrões constitucionais, não havendo, assim, interferência alguma da desconformidade constitucional posterior com as normas jurídicas *anteriormente* estabelecidas. E assim, noutro julgado, pontifica o Min. Celso de Mello: “*Em face de nosso sistema de direito constitucional positivo o respeito às situações definitivamente consolidadas traduz o único limite constitucional à eficácia das leis no tempo*” (STF-Pleno, ADIn 605-3-DF, v. u., ESTF 1694-2, DJ 05.03.93). E se acaso fosse possível a interferência com situações anteriores à luz da norma constitucional anterior, seria produzida, da mesma forma, pela revogação (= *superveniente*) ou pela colisão (= *posterior*) com a nova ordem ou norma constitucional...

Recomenda-se, sobretudo, a leitura do voto *divergente* do Ministro Sepúlveda Pertence (QO ADIn 7-DF, RTJ 145:351-369; e na ADIn 381-DF, Min. Moreira Alves, RTJ 144:69), em que analisa a questão em outros países, deixando clara e incontestemente a orientação doutrinária no sentido do exame da questão por ação direta, e não pela simples assertiva de revogação.

Se a Constituição revogasse normas anteriores, certo que estaria ela, a Constituição, submetida à disciplina positiva da revogação (= *se não positivada, pelos conceitos doutrinários*). No caso, a Constituição seria examinada pelas regras da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (art. 2º): a) a Constituição não poderia revogar normas ordinárias de vigência determinada (= *contrario sensu da previsão do comando, art. 2º*); b) a Constituição revogaria a norma anterior quando (§ 1º, art. 2º) *expressamente o declarasse* (= *situação bem à la brasileira*), *fosse com ela incompatível* ou *regulasse inteiramente a matéria de que trata a lei anterior* (= *situação até possível dentro da normomania brasileira*). Situação mais curiosa será a de constatar que a Constituição (= *lei nova*) em suas *disposições gerais ou especiais, a par das já existentes* (= normas anteriores), *não revoga nem modifica a lei anterior*. Como descobrir o que se considera norma geral ou especial na Constituição diante das normas anteriores? E como verificar a revogação de uma norma por contrariar um princípio constitucional, v. g., o *princípio democrático*, ou as normas cogentes apelidadas de *modelo federal*?

Apenas um exemplo, a atual Constituição proíbe — à semelhança da EC 1, de 1969 — a reeleição das Mesas das Casas Legislativas Federais (art. 57, § 4º). Normas estaduais ou municipais anteriores que permitissem a recondução das Mesas das Casas Legislativas Estaduais e Municipais, normas anteriores à EC 1/69 ou à Missiva de 1988 estariam revogadas, por ferir o princípio democrático ou o modelo federal da Constituição? Para alguns, sim, a vedação de reeleição fazia parte do princípio democrático constitucional brasileiro (José Afonso da Silva e Michel Temer), ou do princípio republicano (Geraldo Ataliba). A seguir a orientação do Supremo Tribunal constata-se uma situação absurda: normas anteriores não podem ser examinadas em

ação direta, com o que uma disparidade de julgamentos ocorrerá, fatalmente, ao contrário de normas posteriores que podem ter, de vez, uma solução pela ação direta. No caso de norma posterior de reeleição de Câmara Municipal, entendeu a Justiça mineira, com acentuada divergência, ser inconstitucional por violar o princípio democrático (TJMG-Corte Superior, ADIn 50.611-3, Des. Orlando Carvalho, v. v., j. 14.02.96). A seu turno, em controle de norma estadual posterior, assentou o Supremo tese diametralmente oposta, não decorrer a proibição de reeleição de Mesa de Casa Legislativa Federal quer do princípio democrático quer do republicano (ADin 793-9, Min. Carlos Mário Velloso, v. u., ESTF 1869-01, DJ 16.05.97, cita Rep. 1.245-RN, Min. Oscar Corrêa, v. u., RTJ 119:964; ADIn 792-RJ, Min. Moreira Alves, cita Rep. 1.754).

As normas jurídicas — constitucionais sob uma ordem constitucional — podem conflitar com ordem constitucional posterior; o que era constitucional deixa de sê-lo, não se recepciona, não se recebe pela nova Constituição. Neste sentido, nenhum o argumento do Ministro Brossard de ser congênita a inconstitucionalidade; pois, sem dúvida alguma, pode ser demonstrada pela situação de confronto com a Constituição posterior, pois, caso contrário, a que título seria considerada revogada, *senão e simplesmente por confrontar a nova Carta, isto é, por inconstitucionalidade superveniente* (Lúcio Bittencourt, José Afonso da Silva, doutrina citada, mas não aceita na QO ADIn 7-DF, Min. Celso de Mello, v. u., RTJ 145:339)? Quando se afirma a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma nada mais e nada menos se diz do que haver entendimento ou desentendimento, conformidade ou inconformidade, da norma com a Constituição. E o que se diz com a revogação, *senão a mesma coisa, incompatível com a norma posterior?* Por outro lado, se deveras ambígua a revogação de uma lei por outra que simplesmente afirme *revogam-se as disposições em contrário*, que dizer-se do *revoga-se a lei por força de todo um sistema normativo ou Constituição?* Evidente que aos milhares de juízes, promotores, advogados e leigos a solução não será assim tão simples. Uma norma pode ter vigência anos e anos após a nova Constituição até que se considere não recepcionada por algum tribunal. Entretanto, como não se permite, na interpretação do Supremo Tribunal Federal, controle concentrado ou incidental, a solução de um caso concreto poderá ser diversa de inúmeros outros. Uns obterão amparo jurisdicional por força de lei não recepcionada; outros, não. E nenhum tribunal do país terá força suficiente para pacificar o meio social com uma definição do problema: *ser ou não ser constitucional*.

Dizer se uma norma posterior à Constituição é inconstitucional em nada difere do dizer se uma norma anterior está revogada ou não recepcionada. Mais ainda, em nada difere do estabelecer se uma lei posterior é ou não constitucional. Mormente se considerada a razão do controle de constitucionalidade, *afastar as controvérsias e estabelecer a segurança jurídica em sendo questionada a norma* diante da Constituição. Assim não se cuida de exigir do legislador do passado visão prospectiva de inconstitucionalidade, mas exame contemporâneo do julgador do presente.

A situação mais se esclarece em consideração à ação declaratória de constitucionalidade. Certo que a norma anterior recepcionada se considera conforme à nova ordem constitucional, isto é, norma constitucional. E se surgirem dúvidas, sérias

dúvidas sobre a recepção ou não. Alguns entendem a norma recepcionada, outros rejeitada. Não caberia a declaratória de constitucionalidade? Se positiva a resposta, qual a diferença da hipótese anterior? Ou a ação declaratória de constitucionalidade cuida apenas de normas posteriores à Constituição plantonista? Não parece ser esta a solução, e nem é a solução legislada pela Lei 9.868, de 10.11.99, que dispõe simplesmente como causa de pedir da declaratória “*a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória*”.

Certo, ainda, que a assertiva legal restringe o âmbito da ação declaratória, condicionando-a à prévia controvérsia *judicial*, e relevante. Suficiente, a despeito do texto legal — *adulador*, sem dúvida, diante das milhares de arguições e recursos junto ao Supremo Tribunal Federal —, a existência da dúvida, desde que fundamentada. A declaratória de constitucionalidade se editou sem condicionantes, exceto o conceito jurídico de ação declaratória, e ao que se saiba *basta a incerteza da relação jurídica* ou, no caso, *incerteza sobre o texto legal, independentemente da autoria*.

A aguardar-se a controvérsia relevante derivada de decisão judicial, certo que a Constituição possui recurso melhor, o extraordinário, nada impedindo que nele se provoque o incidente de inconstitucionalidade, pois, com certeza, quem melhor do que os Ministros do Supremo Tribunal Federal para fazê-lo de modo convincente?