

# O Controle da Constitucionalidade das Leis na Constituição de 1988

PALHARES MOREIRA REIS

Professor de Direito Constitucional. Professor aposentado de Ciência Política. Assessor do Reitor e Vice-Presidente do Conselho de Curadores da Universidade Federal de Pernambuco. Ex-Assessor do Ministro de Estado da Educação. Membro Fundador da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Advogado

## SUMÁRIO

1. Exame e decisão sobre constitucionalidade de leis. 2. Inconstitucionalidade formal e material. 3. Decisão sobre inconstitucionalidade pelo Magistrado. 4. Inconstitucionalidade de Constituições Estaduais. 5. Eficácia incidental e eficácia "erga omnes". 6. O prequestionamento de matéria constitucional. 7. O recurso especial. 8. O procedimento para decisão em matéria constitucional. 9. A ação direta de inconstitucionalidade. 10. As medidas cautelares nas ações de inconstitucionalidade. 11. O recurso extraordinário. 12. As disposições da Lei nº 8.030, de 1990. 13. Os aspectos regimentais na Suprema Corte.

### 1. Exame e decisão sobre constitucionalidade de leis

A regra constitucional de 1988, ao conferir expressamente ao Pretório Excelso o atributo de "Guardião da Constituição", assim prevê as hipóteses de controle da constitucionalidade através da ação direta e do recurso extraordinário constitucional:

"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;

(...)

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

(...)

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.

Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

I — o Presidente da República;

II — a Mesa do Senado Federal;

III — a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV — a Mesa de Assembléia Legislativa;

V — o Governador de Estado;

VI — o Procurador-Geral da República;

VII — o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII — partido político com representação no Congresso Nacional;

IX — confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1.º — O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2.º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência

cia ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3.º 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.”

Os princípios basilares de um sistema político-jurídico, em que existe um Estado de Direito, Democrático e Federal, fundado num pluralismo político e num liberalismo econômico temperado com noções socializantes, devem orientar a análise de todas as leis e todos os atos que, total ou parcialmente, contrariarem a Constituição.

No Direito Brasileiro, os tipos processuais de fiscalização da inconstitucionalidade das normas jurídicas são os seguintes:

1) *Controle abstrato por via da ação* — Processo de controle de normas, destinado a, de forma abstrata, verificar a conformidade, formal, procedimental ou material, de normas jurídicas com a Constituição. Estes mecanismos surgiram na Constituição de 1967, com o elenco de pessoas e instituições capazes de postular incorporado em 1988. Os entes aos quais a Constituição defere a competência (art. 103) podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, na qual se verifica se a lei ou o ato normativo, já editados, estão conformes ao disposto no Texto Magno.

Em nosso direito, o mecanismo da ação direta é um procedimento de controle concentrado, pois somente o Supremo Tribunal Federal, por decisão de maioria absoluta do Plenário, pode deliberar a respeito. São partes legítimas para propor a ação de inconstitucionalidade apenas as autoridades e entidades elencadas no Texto Constitucional, grupo este que a lei não pode ampliar. O caráter contraditório surge com a participação obrigatória do Advogado-Geral da União (art. 103, § 3.º) no exercer sua missão constitucional de curador da norma impugnada, defendendo-a. O acórdão tem força obrigatória geral, pois que suspende a eficácia da norma e obriga a todas as instâncias judicantes, o próprio Tribunal e o legislador.

Não há, no Brasil, o mecanismo de controle abstrato prévio, ou de *fiscalização preventiva da inconstitucionalidade*, pelo qual se busca evitar que certos projetos de atos normativos se transformem em normas perfeitas e acabadas, com violação de preceitos maiores.

2) *Controle concreto por via de exceção* — O processo incidental de inconstitucionalidade, ou processo de fiscalização concreta, tem por objeto a apreciação da questão levantada, a título de incidente, em feito submetido

a julgamento, perante qualquer tribunal (art. 102, III). A decisão final é do Pretório Excelso, desde que o feito seja por ele conhecido e a questão constitucional prequestionada na instância recursal.

3) *Controle abstrato por omissão* — O controle por omissão destina-se a verificar a inexistência de medidas legislativas necessárias para tornar executáveis certos preceitos constitucionais (parágrafo único do art. 102). Fundamenta-se a violação da Constituição pelo silêncio legislativo. Também é norma recente no Texto Magno (cfr. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 4.ª ed. Coimbra, Almedina, 1989, pp. 791/792).

## 2. *Inconstitucionalidade formal e material*

Dois elementos de exame estão presentes quando se busca verificar a existência, ou não, de violação da Constituição por uma lei ou um ato normativo qualquer.

O primeiro deles, relativo à sua formação: se foram obedecidos os procedimentos, os trâmites, para a sua elaboração. Neste caso, pode se evidenciar uma inconstitucionalidade formal: uma disposição que a norma constitucional exige seja editada pela via de lei complementar e surge através de lei ordinária, por exemplo, sofre este vício, por descumprir a forma prescrita no *Texto Máximo*.

Também, no tocante à sua formulação, quando não seguir o rito prescrito na Carta Maior, como, por exemplo, elide-se o retorno à Casa Legislativa de origem, de projeto de lei alterado na Câmara revisora (parágrafo único do art. 65).

Ainda, se o órgão que editou a norma era competente, ou não, para fazê-lo. Num Estado federal, o aspecto do conflito de competência pode aparecer mais agudamente, pois existe a possibilidade de invasão de um Poder nas atribuições de outro, na mesma órbita política, e em órbitas políticas diferentes: como hipótese, assunto reservado à competência municipal e disciplinado por normas estadual ou federal.

Tal problema surge de modo mais crítico naqueles casos previstos constitucionalmente, de que uma órbita de Poder estatui sobre princípios gerais e outra fixa regras específicas ou operativas. Assim nos casos do parágrafo único do art. 22, nas situações previstas nos parágrafos do art. 24 e nas do inciso II do art. 30, da Constituição, pode ocorrer a invasão de uma órbita de poder na competência legislativa da outra, ultrapassando o seu leito natural.

Igualmente, quanto ao seu conteúdo. Todas as leis e atos normativos devem estar inteiramente conformes ao disposto na Constituição. Leis, decretos, regulamentos e, bem assim, os atos administrativos e atos judiciais. Daí operar a presunção de constitucionalidade de todos os atos normativos, legais e infralegais.

Sancionada que seja uma lei, não pode o dirigente executivo rever esse ato, depois de publicada a norma, sob a alegação de que foi reconhecida sua inconstitucionalidade. Este desfazimento somente pode ocorrer, seja pela revogação através de nova lei, seja por decisão judicial. Neste sentido o acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia: INCONSTITUCIONALIDADE — ARGÜIÇÃO PELO PODER EXECUTIVO — MOMENTO OPORTUNO. Não pode o Poder Executivo anular seu próprio ato, argüindo a inconstitucionalidade da lei que sancionou. A inconstitucionalidade de uma lei só pode ser questionada pelo Executivo quando o diploma legislativo lhe for encaminhado para sanção ou veto. E, ultrapassada essa oportunidade, o Executivo só pode negar cumprimento à lei sob justificativa de inconstitucionalidade após decisão judicial, cuja competência é do Supremo Tribunal Federal (TJ-BA, ac. un. Sessão Plena julg. em 12-5-89. ADCOAS, 124803).

Por outro lado, dizer que um ato está conforme a uma lei, mesmo que esta seja contrária à Constituição, e, portanto, convalidá-lo, é tese inaceitável. O Direito é um sistema e suas partes têm de formar um todo coerente. Por isso, JELLINEK considera a jurisdição como a função do Estado que oferece a proteção ao Direito na sua totalidade.

No entanto, no que concerne ao conteúdo das normas, deve se ressaltar que o Poder Judiciário não se envolve no deslinde de questões políticas, isto é, aquelas em que o Estado age dentro de seu campo de discricionariedade, escolhendo, decidindo a respeito de necessidade, de conveniência, de oportunidade.

É de ser anotado que, desde MARSHALL, nos Estados Unidos, a RUI BARBOSA, no início do nosso sistema federativo, entende-se, no dizer deste último, como atos políticos:

“Atos políticos do Congresso, ou do Executivo, na acepção em que esse qualificativo traduz exceção à competência da Justiça, consideram-se aqueles, a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricção prudencial do Poder, e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo.

Em prejuízo destes o Direito Constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes.”

Deduz-se daí, pois, que a "violação de garantias individuais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos Tribunais".

Neste sentido, o Acórdão unânime da 2.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A tripartição dos poderes enseja a cada um decidir, no âmbito do discricionário, a oportunidade e a conveniência. O mérito do ato é definido pelo Executivo. Ao Judiciário é vedado substituir o Administrador. O exame da legalidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pelo Executivo. Inadequado, porém, simplesmente alterar a opção daquele Poder" (DJ 1.º-10-90. ADCOAS 130585).

Assim, lenta e continuamente, vem sendo ampliado o entendimento de que a proteção ao indivíduo e aos grupos menores é indispensável para a efetivação dos direitos humanos e, em consequência, a tese anteriormente exposta, de que a proteção aos direitos e garantias individuais e coletivas é atribuição dos Tribunais, mesmo quando sua violação está embutida numa questão política, hoje é inteiramente aceita em diversos pontos do mundo.

### 3. *Decisão sobre inconstitucionalidade pelo Magistrado*

Ao ser chamado a decidir sobre a eventual inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o Magistrado deve, primeiramente, interpretar a norma vulnerada, de um lado, e o preceito constitucional, de outro, para então poder decidir sobre a inconstitucionalidade.

Isto porque, hoje em dia, quase todos os assuntos que dizem respeito às relações jurídicas têm decorrência direta ou indireta de preceito constitucional. Portanto, uma regra pode ser inconstitucional, seja em relação à Constituição como um todo, seja ao seu espírito, seja ao seu sistema, ou apenas ser ofensiva a um dispositivo específico.

A tônica predominante, porém, é mais no sentido de examinar a *legalidade* do ato, do que sua *constitucionalidade*. Em favor de qualquer lei, como se disse antes, milita a presunção de constitucionalidade, pelo próprio mecanismo de seu fazimento.

Sem dúvida, porque ela é analisada, quando ainda em projeto, pela Comissão de Constituição e Justiça da Casa Legislativa que a discute, e só prospera se for considerada constitucional. A votação congressional igualmente leva em conta este problema. Na oportunidade de análise do projeto para aceitá-lo, ou não, o Poder Executivo tem atribuição para vetá-lo, total ou parcialmente, se o considerar inconstitucional. O veto, mesmo sob esse argumento, pode, afinal, ser rejeitado na Casa Legislativa e o preceito mantido, promulgado e assim entrar em vigor.

Ao examinar a constitucionalidade, o Magistrado deve levar em conta não só a intenção do constituinte, como o sentido e a significação das palavras, o significado lógico e a experiência constitucional.

A grande lição sobre o assunto é herança cultural de CARLOS MAXIMILIANO, quando diz:

a) Tribunal ou juiz de primeira instância não julgará inconstitucional um ato, senão em caso muito claro; em geral, deixará para os Tribunais mais altos o pronunciamento final;

b) o reconhecimento da inconstitucionalidade de um decreto constará do acórdão, somente quando aprovado pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal;

c) só se decreta a inconstitucionalidade quando provocado o pronunciamento dos juizes por ação competente da parte lesada;

d) proclama-se a inconstitucionalidade apenas quando é absolutamente necessário fazê-lo, para decidir a questão *sub judice*;

e) sempre que for possível, sem fazer demasiada violência às palavras, tão restritivamente se interprete a linguagem da lei que se torne constitucional a medida;

f) se apenas uma parte de um texto é inconstitucional, e é possível separá-lo sem destruir ou diminuir a eficiência do todo para atingir os objetivos colimados pelo decreto ou lei ordinária, condene-se a parte somente;

g) não se declaram inconstitucionais os motivos da lei. Se o Parlamento agiu por motivos inconstitucionais ou reprovados, porém a lei não é, no texto, contrária ao estatuto básico, o Tribunal não a condena;

h) Presumem-se constitucionais todos os atos do Congresso e do Executivo. Só se proclama, em sentença, a inconstitucionalidade, quando esta é evidente, fora de toda dúvida razoável;

i) a magistratura regional profere a última palavra sobre o desacordo entre os atos do Governo do Estado e a Constituição respectiva;

j) uma lei inconstitucional é como se não tivesse existido.”  
(CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS, *Comen-*

tários à *Constituição Brasileira*, R. de Janeiro, Freitas Bastos, 1948, 4. ed., v. I, pp. 153 e sgs.)

No mesmo sentido, THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI ensina:

“Deve-se observar na interpretação da Constituição os seguintes preceitos, a serem observados na apreciação da constitucionalidade:

a) as palavras devem ser tomadas em seu sentido usual, considerando-se como tal o seu sentido técnico, quando utilizadas com este objetivo;

b) o exame da intenção do constituinte deve ser considerado, principalmente, no que concerne aos princípios fundamentais do regime político, à forma de governo, à estrutura do Estado, aos *objetivos sociais e econômicos predominantes*;

c) os conflitos entre preceitos contraditórios ou aparentemente divergentes devem ser interpretados em função do sistema constitucional;

d) a garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso.” (THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Do controle da constitucionalidade*, R. de Janeiro, Forense, 1966, p. 47.)

Em conferência recente, o Sr. Ministro SYDNEY SANCHES, Presidente do Supremo Tribunal Federal, analisou como o Juiz deve tratar a Constituição, dizendo:

“Em princípio, deve o Juiz estar sempre atento a que a Constituição, como Lei Maior do País, há de presidir toda sua *conduta funcional*, nos depachos, decisões, sentenças, votos e acórdãos.

As demais normas jurídicas têm sua existência, validade e eficácia dependentes, direta ou indiretamente, da Constituição.

Portanto, deve o Juiz em sua atuação funcional e nos momentos próprios, recusar a incidência de normas jurídicas infraconstitucionais e que firmam a Constituição.”

E acrescenta, com sua responsabilidade de integrante do Pretório Máximo, divergindo diametralmente da orientação de MAXIMILIANO, dantes exposta:

“Mesmo que não provocado pelas partes a se manifestar a respeito. Trata-se de dever de ofício.”

Ao analisar os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: INCONSTITUCIONALIDADE — DECLARAÇÃO — EFEITOS. O ato legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a Constituição é o querer expresso do povo. A este cabe a supremacia; se o ato legislativo o contradiz, írrito será: não é lei. Um ato inconstitucional não é lei, não confere direitos, não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É juridicamente considerado, como se nunca tivesse existido. Uma lei inconstitucional é nula de pleno direito, antes e depois de declarada a sua inconstitucionalidade, o que legitima a recusa da autoridade a cumpri-la. Em consequência de declaração de inconstitucionalidade de lei, os atos que diretamente dela emanam são, como ela, nulos e ineficazes desde a crigem, não gerando direitos, que só são resguardados quando provenham de normas legais válidas. Nulos que são, tais atos podem e devem ser desfeitos pela própria administração independente da interferência do Judiciário, que, entretanto, não fica excluído de sua apreciação, se qualquer interessado, sentindo-se lesado em seu direito, a ele recorrer. A autoridade que praticou o ato nulo é quem pode e deve desfazê-lo. Aliás, o próprio Pretório Excelso reconhece essa prerrogativa do Poder Público — Súmulas n.ºs 346 e 473. (TJ-PR Ac. 940 do Órgão Especial, julg. 16-9-88. ADCOAS 125310).

#### 4. *Inconstitucionalidade de Constituições Estaduais*

Como qualquer outro conjunto de preceitos legais, as Constituições dos Estados-Membros de uma Federação podem conter normas violadoras dos preceitos maiores, integrantes da Constituição Federal. Destarte, também entre nós, há o controle da constitucionalidade das Constituições Estaduais, hierarquicamente inferiores à Superlei.

Ao decidir sobre representações por inconstitucionalidade das diversas Constituições Estaduais, com relação ao Texto Federal de 1967, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre diversos desses pontos enumerados pelo eminente CARLOS MAXIMILIANO, que ainda hoje têm inteira atualidade e aplicabilidade.

Assim, disse o Sr. Ministro BILAC PINTO:

“O princípio de direito constitucional que regula a declaração da inconstitucionalidade parcial da lei é o de que quando apenas algumas de suas partes forem incompatíveis com a Constituição, somente estas serão declaradas ineficazes, sem que fique afetada a obrigatoriedade dos preceitos sadios.” (Representação n.º 893-AL, julgamento em 10-10-73).

Sobre o sentido político da Constituição, disse o Sr. Ministro THE-  
MISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI:

“Na interpretação da Constituição não se deve levar em conta somente a intenção do legislador, o sentido e a significação das palavras, o raciocínio lógico no processo de interpretação, mas principalmente o sentido político da interpretação, considerando-se a Constituição como um diploma político.” (Representação n.º 746-GB, julgamento em 7-3-68).

Com o surgimento, posterior à lição de CARLOS MAXIMILIANO, da possibilidade de decidir sobre inconstitucionalidade atinente à lei em tese, pontificou, no Pretório Excelso, o Sr. Ministro ALIOMAR BALEEIRO:

“A meu ver, temos que declarar inconstitucional apenas aquilo que for uma agressão à Constituição Federal. Devemos limitar o mais possível este poder tremendo de que está revestido o Supremo Tribunal Federal. Quando um Poder tem uma arma como esta nas mãos, há uma tentação diabólica de exercitá-la. E o Supremo Tribunal tem esse poder enorme que as Constituições anteriores lhe deram e que é ampliado na Constituição de 1967. Hoje, temos o poder formidável de declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, anulando as atribuições do Congresso. Um *justice* da Corte Suprema dos Estados Unidos já disse que “quando há a impressão de que a lei não é boa, sempre arranjamos um motivozinho para declará-la inconstitucional”. Esta inclinação satânica do poder político — e este é um poder político — pode levar-nos a fricções que nunca houve, nos setenta e sete ou setenta e oito anos da vida republicana brasileira, entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal.

Tivemos fricções, como as teve o Congresso Nacional, com o Poder Executivo. Nunca as tivemos com o Congresso. Para que quebrar essa velha harmonia que a Constituição quer entre os poderes, agredindo o poder nacional que está mais agredido, mais enfraquecido, mais humilhado, mais vilipendiado? Quero fazer aqui minha profissão de fé de usar, no meu voto, desse poder somente quando for fora de dúvida a inconstitucionalidade. Aliás, parece-me que esta é uma velha regra de hermenêutica, de acordo com velhos precedentes, sempre lembrados aqui e em toda parte, do direito constitucional americano.” (Representação n.º 751-GB, julgamento em 19-10-67).

Sobre direito adquirido e Constituição, entendeu pelo voto do Sr. Ministro DJACI FALCÃO:

“Com efeito, é pacífico entre os constitucionalistas que as normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa

invocar contra eles a figura do direito adquirido. Mesmo nas Constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário e, não, ao constituinte. Por isso mesmo, BARBALHO, ao comentar o art. 11, § 3.º, da Constituição de 1891 (dispositivo que vedava aos Estados e à União prescrever leis retroativas), acentuava:

“Mas, porquanto a proibição de leis retroativas é estabelecida por amor e garantia dos direitos individuais, não há motivo para que ela prevaleça em casos nos quais ofensas não lhes são feitas e a retroação é proveitosa para o bem geral; e eis porque têm pleno efeito com relação a fatos anteriores: 1.º, as leis constitucionais ou políticas; . . .” (*Constituição Federal Brasileira — Comentários*, p. 42, Rio de Janeiro, 1902).” (Representação n.º 875-GB, julgamento em 25-10-73).

Assim, verifica-se qual o entendimento do Excelso Pretório, através de seus julgados, como se deve proceder em relação às decisões sobre inconstitucionalidade, agora ampliadas pelas possibilidades da ação direta, a discussão sobre lei em tese e a inconstitucionalidade por omissão, institutos que, no direito anterior a 1988, nem todos existiam.

O exame da constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal e estadual deve ser entendido com a abrangência que lhe é conferida pelos julgados, como nos casos adiante elencados:

“INCONSTITUCIONALIDADE — ARGÜIÇÃO — RELEVÂNCIA — É relevante a apreciação da lei ainda não declarada inconstitucional, não obstante reiteradas manifestações da Corte Superior do Tribunal de Justiça no exame de disposições símiles, uma vez que a irrelevância prevista no Regimento Interno tem incidência somente quando se trata da mesma lei.” (TJMG, Ac. unan. da Corte Superior julg. em 25-10-89 — ADCOAS 127865).

Sobre natureza e alcance de ato regulamentar:

“I — Se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, pratica ilegalidade. Neste caso, não há falar em inconstitucionalidade. Somente na hipótese de não existir lei que preceda ato regulamentar, é que poderia este ser acoimado de inconstitucional, assim sujeito ao controle da constitucionalidade.

II — Ato normativo de natureza regulamentar que ultrapassa o conteúdo da lei, não está sujeito à jurisdição constitucional concentrada. Pre-

cedentes do STF: ADINs. n.º 311-DF e 536-DF" (ADIN 589-8, votação unânime STF Pleno — DJU 18-10-91 — Sec. I).

Na hipótese de a lei argüida de inconstitucional ser revogada antes de terminar o seu exame, entendeu o Pretório Máximo que, "revogada a lei antes de julgamento, não se dá a extinção automática do processo de representação. Prosseguirá esta, para os efeitos correspondentes ao período anterior à revogação (STF — Trib. Pleno: RTJ 87/758 e 89/367). Se, porém, a norma impugnada não deixou efeitos residuais, julga-se prejudicada a representação (RTJ 114/91 e 127/417).

Ademais, "os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *ex tunc*, retroagindo, pois, até o nascimento do dispositivo legal acoimado daquele vício; por isso, a revogação da lei não impede que seja decretada a sua inconstitucionalidade" (TRF-Pleno RTFR 129/75).

##### 5. *Eficácia incidental e eficácia "erga omnes"*

Em qualquer processo que lhe seja submetido, o Juiz singular, não apenas pode, como tem o dever de declarar a inconstitucionalidade de qualquer norma — lei ou ato normativo, federal, estadual ou municipal. Seja em relação à Constituição Federal ou à Constituição Estadual respectiva.

O § 2.º do art. 125 da Lei Suprema, que trata da competência constitucional dos Estados-Membros para organizarem sua justiça, estabelece:

"Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão."

Do mesmo modo, qualquer Tribunal, ou seus Órgãos Especiais, exercendo sua competência originária ou recursal, poderá declarar inconstitucional qualquer ato normativo. Inclusive o Superior Tribunal de Justiça. Sempre possível o recurso ao Pretório Excelso, na forma determinada pela lei processual e pelo Regimento Interno da mais alta Corte. Nas decisões colegiadas, porém, qualquer delas, a validade somente ocorre pelo voto da maioria absoluta de membros do colégio judicante.

Vale registrar, a respeito da exigência da maioria absoluta para decisão sobre matéria constitucional, hoje inscrita no art. 97 da Carta Maior, a decisão da 1.ª Turma do STF: "Inconstitucionalidade. *Quorum*. Os Tribunais estaduais são sujeitos ao *quorum* da maioria absoluta de seus

juízes, quando tiverem de declarar a inconstitucionalidade de leis, ainda que locais.” (17-5-1974. RTJ 71/233.)

Também, no mesmo sentido, a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo — CF, arts. 97 e 93, XI; CPC, arts. 480 e 481. Declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, na forma acima indicada, as turmas ou câmaras darão aplicação, nos casos futuros, à decisão do tribunal ou do órgão especial.” (STJ ac. unân. 2.<sup>a</sup> T. DJ 11-6-90 — ADCOAS 128946.)

Em tais casos, o julgamento sendo incidental somente prevalece em relação às partes, é apenas eficaz naquela decisão concreta.

A sentença incidental, no entanto, pode ultrapassar o limite da validade *inter partes*, quando a matéria, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, é fruto de decisão terminativa e, em última instância, este entende pela inconstitucionalidade da norma e encaminha sua decisão ao Senado Federal para que, no exercício de sua competência, suspenda-lhe este a eficácia, no todo ou em parte (art. 52, X, da Constituição).

O Pretório Excelso entendeu, desde 1972, que “a comunicação ao Presidente do Senado deverá ser feita sempre que, em caso concreto, o STF declarar a inconstitucionalidade não só de lei ou decreto, como também de ato normativo”. (DJU 16-5-77, p. 3125.)

Ainda no que concerne à decisão *erga omnes*, agora não resultante de questão *inter partes*, senão de uma ação direta de inconstitucionalidade, a lição do Ministro SYDNEY SANCHES é altamente elucidativa, merecendo transcrição:

“Já a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual só pode ser alcançada mediante uma ação direta, processada e julgada, originariamente, pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a).

Na verdade, o julgamento de procedência da ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal desconstitui a lei ou ato normativo federal ou estadual. Esse julgamento não comporta execução exatamente porque é desconstitutivo.

E, nesse caso, a lei ou ato normativo federal ou estadual está desconstituído perante todos e não apenas em face das partes daquele processo.” (SYDNEY SANCHES, “O Juiz e a Constituição Federal”, RTJE, vol. 62, mar. 1989, p. 64).

Tanto assim é que, nos casos de ação direta de inconstitucionalidade, proposta por qualquer das autoridades legitimadas para tanto pelo art. 103 da Superlei, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a comunicação ao Senado não é necessária, pois a decisão proferida pelo STF, declarando a inconstitucionalidade, encerra em si mesma o efeito de excluir a eficácia da lei ou ato normativo. Neste caso, basta a comunicação do art. 354 do seu Regimento (*DJU* 16-5-77, p. 3123).

## 6. O prequestionamento de matéria constitucional

Fundada no Texto Constitucional de 1967, a mais alta Corte deliberou que, sem ter havido prequestionamento perante a instância recursal, certas questões não poderiam ser objeto de deliberação por aquela Casa.

Com efeito, em processo onde se discute a aplicação de um ato normativo qualquer, continua possível igualmente propor a análise deste em relação à norma constitucional.

No entanto, para que o tema possa vir a ser examinado pelo Supremo Tribunal Federal, necessita ter sido *prequestionado* pela parte que pretenda suscitá-lo perante a mais alta instância. (Cfr. para todo este tema, SAMUEL MONTEIRO, *Recurso extraordinário e arguição de relevância*, S. Paulo, Hemus, 1987, *passim*).

Prequestionar quer dizer “abordar, expressamente, de maneira clara, a questão federal, o direito federal ou a ofensa direta à Constituição”.

Segundo o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, em decisão unânime do Tribunal Pleno, “diz-se prequestionada determinada matéria, quando o órgão prolator da decisão impugnada haja adotado explicitamente tese a respeito e, portanto, emitido juízo.

Incumbe à parte interessada provocar o julgador sobre o tema que entende englobar o fato jurígeno suficiente a alterar o desfecho da controvérsia” (Embargos de Declaração — AG em RR n.º 227/84 — *DIU* 6-6-86).

A ausência de prequestionamento existe como óbice para julgamento no Pretório Máximo: “Não se conhece do recurso extraordinário que alega violação do princípio do duplo grau de jurisdição, sem prequestionamento” (STJ — Ac. unân. 1. T., *DJ* 26-3-90 — ADCOAS, 128600).

O prequestionamento não pode estar subentendido ou implícito. Deve, sempre, ser expresso e apresentado no momento da apelação, das contra-razões, do recurso adesivo, enfim, do recurso para a segunda instância

(RE n.º 101.562-PR; AC n.º 106.292-MG — 2.ª Turma do TFR. DJU 12-6-86). É o momento único, salvo raríssimas exceções, que o Supremo Tribunal Federal admite que ele surja.

Nenhuma questão de direito federal, constitucional ou não, dispensa o prequestionamento expresso. Não há outra forma de prequestionar o direito federal, a não ser de modo claro, preciso, direto e expresso.

Neste sentido, o julgado unânime do STF: “Não há prequestionamento implícito, ainda quando se trate de questão constitucional” (RTJ 125/1.568).

Essas raríssimas exceções somente podem ocorrer quando a decisão inquinada de inconstitucionalidade é obtida na instância recursal, pois que, “racional e logicamente, impossível seria a parte prever, quando do ajuizamento do apelo, que uma dessas situações (decisão *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*), ocorreria no julgamento”. Neste sentido, quando o problema “surge apenas no órgão de 2.º grau, pelo que seria impossível o vencido prequestioná-lo na Apelação, “o Supremo Tribunal Federal dispensa o prequestionamento, como entendeu pelo voto do Sr. Ministro RAFAEL MAYER. Ou quando, por exemplo, o julgamento de 2.º grau é nulo, por defeitos formais.

Igualmente, na hipótese de terceiro prejudicado, configurada no entendimento da 2.ª Turma do STF:

“1. Prequestionamento para efeito de recurso extraordinário. Se o recurso é de terceiro prejudicado, que o interpõe precisamente para denunciar a inobservância das regras legais relativas ao litisconsórcio necessário, não pode obstar-lhe o conhecimento o óbvio silêncio do acórdão recorrido. Voto vencido.

2. Litisconsorte necessário não chamado à lide. Nulidade *ab initio* do processo.

3. Recurso conhecido e provido.” (12-5-74).

No seu voto, diz o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, também Relator para o Acórdão:

“Parece-me, desde logo, que, tratando-se de recurso de terceiro interessado e prejudicado, que não integra a relação processual, e por esse motivo o interponha, não poderia obviamente a questão ter sido objeto de consideração na instância *a quo* (...) entendo que a falta de prequestionamento está relevada pela própria índole da questão suscitada e pela posição do recorrente, que é terceiro prejudicado.” (RTJ 71/72.)

Na apresentação do recurso de Apelação, o Tribunal de 2.<sup>a</sup> Instância — Tribunal Regional Federal (como o antigo Tribunal Federal de Recursos), Tribunal de Justiça dos Estados, ou Tribunal de Alçada, — toma conhecimento dos termos prequestionados. Irrelevante a questão de alçada para a interposição do recurso de apelação com discussão de questão constitucional: “É cabível Apelação independentemente da existência de alçada, quando se discute, diretamente, matéria de índole constitucional (Súmula n.º 246 — TFR).” TRF 2.<sup>a</sup> R. Ac. unân. 2.<sup>a</sup> T. DJU (Sec. II), 24-10-91.

Quando, nos casos em que, por valor de alçada — onde somente cabe, em princípio, embargos infringentes —, houver prequestionamento em matéria constitucional, a apelação apresentada como sucedâneo (recurso que devolveria a competência à superior instância) não pode ser indeferida e, se tal ocorrer, cabe agravo de instrumento, abrindo assim caminho para que o exame da controvérsia possa chegar, pela via do recurso extraordinário, até ao Supremo Tribunal Federal.

Pelo prequestionamento, a parte leva ao Tribunal recursal sua intenção de ver o Pretório emitir julgamento sobre as questões de direito federal, especialmente as de ofensa à Constituição.

E o Tribunal estará, assim, obrigado a decidir, de modo inequívoco, sobre todos e cada um dos pontos prequestionados. Se não o fizer, cabe embargos de declaração, para que essa manifestação — reputada indispensável no nível superior — expressamente ocorra. Se, eventualmente, algum ponto ficar omitido, ainda assim cabe novo embargo declaratório, até que seja exaurido o exame dos pontos prequestionados. Escapando algum desses óbices ao exame daquele Pretório, não deliberará a respeito o Supremo Tribunal Federal. “Quando é o acórdão recorrido que teria ofendido implicitamente o texto constitucional, o prequestionamento se faz mediante a interposição de embargos declaratórios, para que se supra a omissão quanto à questão constitucional por ele não enfrentada.” (RT) 123/383).

Isto porque não cabe recurso extraordinário se o tema não foi objeto de decisão, nem na apelação, nem nos embargos de declaração. Neste sentido, a Súmula n.º 356 do STF:

“O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito de prequestionamento.”

No mesmo sentido, explicitando:

“Verificado o silêncio, deixando o juízo de admissibilidade de exercer o competente crivo quanto ao enquadramento, ou não, do extraordinário no permissivo legal, deve a parte interessada

instá-lo ao pronunciamento via agravo regimental. Conclusão diversa implica inobservância da organicidade que preside especialmente o direito instrumental, substituindo-se o Supremo ao Presidente da Corte de origem, e, o que é pior, com transgressão de direito da parte, via afastamento da duplicidade de pronunciamentos." (STF Ac. unân. 2.ª T. *DJ* 17-5-91 — ADCOAS 132868).

O recorrente não pode, no entanto, suscitar questão nova, não examinada até o momento, sob o manto de estar pretendendo prequestionar o assunto. "Não configura prequestionamento, para os efeitos da Súmula 556, questão nova proposta nos embargos de declaração, sem que tivesse sido presente ao juízo de apelação mediante sua dedução nas razões de recurso." (STF, 1.ª T., Ag. 101.689-SP, Rel. Min. RAFAEL MAYER, *DJU* 19-4-85.)

Na Apelação Cível, ou nas hipóteses correspondentes já assinaladas, pois, é que se pode e deve prequestionar o direito federal, nos seguintes pontos:

- a) ofensa à Constituição Federal;
- b) ofensa ao direito adquirido (art. 5.º, XXVI);
- c) negativa de prestação jurisdicional (art. 5.º, XXXV).

Se, eventualmente, numa decisão do Superior Tribunal de Justiça, de competência originária ou não, houver matéria constitucional envolvida, surgindo naquele julgamento, e a parte pretender levá-la a exame pelo Pretório Excelso, o prequestionamento igualmente se impõe.

Do mesmo modo, além desses pontos de cunho genérico, o prequestionamento deve ser específico, registrando-se as disposições legais federais diretamente vulneradas e relacionadas com o mérito da questão, pois ao se *negar vigência à lei federal*, igualmente se estará ofendendo a norma mais alta, o princípio da legalidade (art. 5.º, II).

Também é indispensável o prequestionamento nos casos de incompetência absoluta.

Chegando a matéria, pela via do recurso extraordinário, e tendo sido oportuna e devidamente prequestionada, ao Pretório Máximo, haverá o exame pelo Procurador-Geral da República (art. 103, § 1.º) e, em seguida, o processo é examinado pelo Plenário, na forma regimental.

## 7. *O recurso especial*

As matérias, dantes da competência do Pretório Excelso, pelo texto de 1967, relativas a decisões visando (a) à negação de vigência de tratado

ou de lei federal, ou que venham a contrariar tais instrumentos; (b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; ou (c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, deixaram de ser competência do Pretório Supremo, passando à alçada do Superior Tribunal de Justiça, pela via de recurso especial (art. 105, III, da Constituição).

Se bem que não sejam, mais, objeto de recurso extraordinário constitucional, a proximidade dos temas indica que o mesmo deva ser tratado nesta oportunidade.

O mesmo mecanismo se aplica na apreciação prévia do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ESPECIAL — PREQUESTIONAMENTO. “Se os dispositivos citados pela recorrente não foram objeto de apreciação na decisão recorrida, incidem, no caso, as Súmulas n.ºs 282 e 356 do STF.” (STJ, Ac. unân., 2.ª T., DJ 23-9-91, Sec. I, p. 13071).

Além da Súmula n.º 356, já citada, diz a de n.º 282: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”

Sobre o assunto, assim dispõe a Constituição de 1988:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

.....  
III — julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

No período de transição, decorrente da instalação do Superior Tribunal de Justiça e da repartição da competência recursal (daquilo em que dantes era cabível o recurso extraordinário, agora convertido em recurso especial), ficou assente que: RECURSO ESPECIAL — APÓS A CONVERSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO — SÚMULA N.º 279 DO STF — APLICAÇÃO. “A eficácia da aplicação do disposto no art. 326 do Regimento Interno do STF está condicionada ao sistema disciplinado pela Emenda Regimental n.º 2/85. Na fase de adequação da nova ordem jurídica constitucional, os Presidentes dos Tribunais de origem podem exami-

nar a admissibilidade do recurso especial decorrente da conversão, *ipso jure*, do recurso extraordinário, quanto à matéria infraconstitucional. A atribuição prevista no art. 34, parágrafo único, do Regimento Interno do STJ, assegura ao Relator a apreciação plena do cabimento do recurso especial, independente, portanto, na abrangência do inconformismo manifestado nos agravos de instrumento que são encaminhados para esta Corte, hipótese que enseja a aplicação da Súmula n.º 279 do STF” (STJ. Ac. unân., 5.ª T., DJ 16-4-90 — ADCOAS 128996).

A mencionada Súmula n.º 279 da Excelsa Corte é a seguinte: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (em caso que, hoje, é base para interposição de recurso especial).

Segundo o texto basilar, somente cabe recurso especial de decisões dos Tribunais da Justiça Comum (os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios). A indagação é concernente a dissídio jurisprudencial em relação a decisões da Justiça Comum e da Justiça Especializada (como, por exemplo, tema que, dantes era da competência da Justiça Federal, e depois da Justiça do Trabalho, e vice-versa). Ou com relação ao Tribunal de Contas de União, que tem competência até para apreciar matéria constitucional.

Súmula n.º 347: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

O Tribunal Regional Federal, sediado em Porto Alegre, assim entendeu:

“Sendo constitucional o recurso especial, as hipóteses em que ele é cabível estão elencadas na Constituição”.

O Tribunal competente para julgá-lo é o Superior Tribunal de Justiça, na forma do art. 105, III, da Constituição, e é ele *Corte Nacional* no âmbito da Justiça Comum com jurisdição sobre a Justiça Estadual e a Federal não especializada. Não se insereve, portanto, na sua competência a apreciação de matéria atinente à Justiça Especializada, como a de natureza trabalhista.

Ademais, já decidiu a 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro DIAS TRINDADE, que “não há previsão de recurso especial de acórdão sobre matéria trabalhista, ainda que proferida por Tribunal Regional Federal, no exercício de sua competência residual do § 1.º do art. 27 do ADCT (DJ de 8-4-1991, p. 05887). Despacho do Presidente do TRF de Porto Alegre, DJ 1.º-10-1991, Sec. II, p. 24.053.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu diversamente, em casos próximos, a saber:

“1. Em reclamação trabalhista, da competência residual da Justiça Federal, decidida em última instância por Tribunal Regional Federal, cabe

recurso especial, na forma do art. 105, III, da Constituição, sendo competente para o seu julgamento o Superior Tribunal de Justiça” (STJ. Ac. unân. 3.<sup>a</sup> T., *DJ*, Sec. I, p. 15.253).

Assim, deve se entender que, em sendo o tema de Direito do Trabalho, comum, na parte residual, a duas esferas de competência, em havendo decisão de Tribunal Trabalhista, incorre o recurso especial, o qual persiste para as decisões do mesmo jaez, de órgãos da Justiça Federal.

Existem normas procedimentais próprias, relativas ao recurso extraordinário e recurso especial, e a outros processos que especifica, perante a Excelsa Corte, fixadas pela Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990 (*DO* de 29-5-1990).

A jurisprudência do STJ é, igualmente, pela clareza da arguição da inconstitucionalidade: RECURSO ESPECIAL — INCONSTITUCIONALIDADE — ARGUIÇÃO IMPLÍCITA. “O recorrente deve descrever o fato que, em tese, se subsuma às categorias legais. Não basta, pura e simplesmente, argüir a decisão desfavorável para ensejar recurso especial. Direito é norma e fato. Outro entendimento conduziria à interpretação de o juízo de admissibilidade esgotar-se no requerimento do interessado. A arguição de inconstitucionalidade é decisão formal, através de *quorum* qualificado, não se confundindo com o deixar de aplicar a lei porque contrária à Constituição (STJ. Ac. unân. 2.<sup>a</sup> T. *DJ* 7-5-1990 — ADCOAS 128867).

Súmulas do STF que se referem ao recurso extraordinário antigo, relativo ao dissídio jurisprudencial, ainda hoje são aplicáveis no STJ, como por exemplo:

Súmula n.º 291: “No recurso extraordinário pela letra *d* do art. 101, n.º III, da Constituição, a prova do dissídio jurisprudencial far-se-á por certidão, ou mediante indicação do *Diário da Justiça*, ou de repertório de jurisprudência autorizado, com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

Súmula n.º 369: “Julgados do mesmo Tribunal não servem para fundamentar o recurso extraordinário por divergência jurisprudencial.”

Ainda a recente decisão do próprio Superior Tribunal de Justiça: “Não prova dissídio jurisprudencial a simples juntada de acórdãos divergentes, ainda mais sem autenticação (Art. 255 do RI do STJ com a redação da Emenda Regimental n.º 1, publicada no *DJ* de 3-7-91. Agravo a que se nega provimento.” (STJ, Ac. unân. 2.<sup>a</sup> T. DP 23-9-91, p. 13071).

Ainda: “Feita a citação apenas de ementas, publicadas no *Diário da Justiça*, não se conhece do recurso quando não se evidencie, de maneira

induvidosa, que o entendimento adotado em julgamento abrange, também a hipótese em exame, o que só a íntegra do acórdão pode esclarecer.” (STJ. Ac. unân. 3.<sup>a</sup> T., D) 17-9-91 — ADCOAS 130526.)

## 8. O procedimento para decisão em matéria constitucional

A apreciação da questão constitucional pelo Pretório Excelso somente acontece pela via do recurso extraordinário ou pela ação direta de inconstitucionalidade, seja com referência a qualquer ato normativo diretamente aplicado, seja em relação à lei em tese, seja atinente à inconstitucionalidade por omissão. Ressalvados os casos de competência originária, o único propósito do recurso extraordinário é assegurar o perfeito e adequado cumprimento da norma constitucional, uma vez que ele não tem o dom de reapreciar as decisões das instâncias inferiores, pois não se trata de um recurso complementar em relação à jurisdição ordinária.

No mais, o procedimento no Pretório Excelso está disciplinado não só pelo Código de Processo Civil, como pela sua norma regimental. Segundo o preceito constitucional cabe-lhe “elaborar seu regimento interno, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” (art. 96, I, a).

Merece transcrição o decisório que distingue entre a representação e a arguição de inconstitucionalidade: INCONSTITUCIONALIDADE — REPRESENTAÇÃO E ARGUIÇÃO — DISTINÇÃO. “O processo de representação visa a um único fim: a declaração, em tese, da inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo. Distingue-se, fundamentalmente, da arguição de inconstitucionalidade em caráter incidental, regida pelos arts. 480 e 482 do CPC e 100 a 104 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal. No segundo caso, o pronunciamento que afirme ou negue a incompatibilidade entre a norma em foco e a Lei Maior assenta premissa necessária da solução de litígio singular e concreto, oriundo de ato determinado. Quando suscitado o incidente perante órgão diverso do Egrégio Órgão Especial, uma vez resolvida por este a questão da inconstitucionalidade, os autos retornam àquele, para que complete o julgamento, aplicando à espécie a norma alvejada, se, ainda que simplesmente por não ter alcançado o *quorum* especial do art. 116 da CF/69, a inconstitucionalidade não tiver sido declarada. No primeiro caso — o da representação —, a atividade cognitiva esgota-se com a decisão que acolhe ou rejeita o pedido de declaração de inconstitucionalidade. O órgão judicial declara que a norma é constitucionalmente ilegítima, ou abstém-se de declará-la tal, seja porque a maioria se haja pronunciado pela legitimidade, seja porque, embora predominante a manifestação contrária, não se haja alcançado o *quorum* especial. Declarada que seja a inconstitucionalidade

da norma, e feita abstração da hipótese de intervenção do Estado no Município — CF/69, art. 15, § 3.º, *d*, Estadual, art. 9.º, IV — cumpre apenas, em complementação ao julgamento, enviar cópia da decisão à Assembléia Legislativa, para que suspenda a execução da lei ou do outro ato normativo — Constituição do Estado, art. 35, XXIV; Regimento Interno, art. 104, § 10, combinado com o art. 110, parágrafo único — além da comunicação aos outros órgãos interessados — Regimento Interno, art. 110, *caput*. Importa frisar que, no processo de representação, — diversamente do que acontece na hipótese de arguição incidental — o Poder Judiciário não examina qualquer ato singular e concreto, porventura praticado sob a égide da norma cuja constitucionalidade se discute. Assim, essa forma de controle da constitucionalidade se caracteriza por exercer-se o controle através de uma ação judicial com a finalidade específica de examinar a constitucionalidade da lei, sem que nenhuma relação jurídica esteja em discussão. Pode ocorrer, à evidência, que o Judiciário tenha de apreciar a validade de algum ato singular e concreto, realizado com fundamento na norma de que se trata. Mas, semelhante apreciação só terá cabimento noutro processo, que eventualmente se venha a instaurar em razão de litígio concernente ao ato, ou dele oriundo. No processo da representação não há cogitar de semelhante problema (TJ — RJ. Ac. do Órgão Especial reg. em 7-10-88. Repres. inconstitucionalidade 003/86 — Rel. desig. J. C. BARBOSA MOREIRA — ADCOAS 121.406).

#### 9. *A ação direta de inconstitucionalidade*

A Constituição de 1988 consagrou a possibilidade da ação direta de inconstitucionalidade, dando legitimidade ativa para sua propositura, não só ao Procurador-Geral da República, mas igualmente às autoridades elencadas no art. 103. Nesta amplitude é que se deve interpretar o disposto no art. 169 do CPC, sobre a competência de submeter ao STF, “mediante representação, o exame de lei, ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade”.

A natureza da ação direta de inconstitucionalidade já foi objeto de decisão judicial, que se transcreve a seguir:

**INCONSTITUCIONALIDADE — AÇÃO DIRETA — ATOS CONCRETOS.** A ação direta de inconstitucionalidade configura meio de preservação da integridade da ordem jurídica plasmada na Constituição vigente, *atua* como instrumento de ativação da jurisdição constitucional concentrada no STF e enseja a esta Corte, no controle em abstrato da norma jurídica, o desempenho de típica função política ou de governo. O objeto do controle concentrado, perante o STF, são as leis e os atos normativos emanados da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No controle abstrato de normas, em cujo âmbito instauram-se relações

processuais objetivas, visa-se a uma só finalidade: a tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou concreto. A ação direta de inconstitucionalidade não é sede adequada para o controle da validade jurídico-constitucional de atos concretos, destituídos de qualquer normatividade. Não se tipifiquem como normativos os atos estatais desvestidos de qualquer coeficiente de abstração, generalidade e impessoalidade (STF — Ac. unân. Tribunal Pleno, *DJ* 20-4-90, ADIN 203-1-DF ADCOAS 128.681).

A matéria constitucional, no Supremo Tribunal Federal, é da competência do Plenário, que decidirá não só sobre as representações oriundas das autoridades elencadas na Constituição, como também sobre os pedidos de liminares nas ações cautelares a que alude a norma constitucional (art. 102, I, *p*).

O Procurador-Geral da República pode, a qualquer tempo, além da iniciativa própria, quando suscitado por qualquer autoridade ou por terceiro, representar ao Pretório Máximo sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal ou estadual.

O particular não tem direito de propor a ação de inconstitucionalidade, mas apenas o de submeter ao Procurador-Geral da República o pedido para que represente ao Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Houve quem buscasse ladear essa prerrogativa, pela via do Mandado de Segurança. No entanto, a decisão do Pretório Máximo não deu guarida ao pleito: MANDADO DE SEGURANÇA — AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — SUBSTITUIÇÃO — IMPOSSIBILIDADE. O mandado de segurança não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade e nem pode substituí-la, sob pena de grave deformação do instituto e inaceitável desvio de sua verdadeira função jurídico-processual (STF Ac. Un. Pleno, *DJ* 1.º-6-90 — ADCOAS 129503).

Já a Súmula 266 dizia: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

Não há limitação de prazo para a propositura da ação de inconstitucionalidade: “Não há prazo de decadência para a representação de inconstitucionalidade prevista no art. 8.º, parágrafo único, da Constituição Federal”. (Súmula n.º 360 do STF.)

Se o pedido é feito por outrem — que não aqueles com a competência constitucionalmente originária —, fica a critério do Procurador-Geral da República encaminhá-lo, ou não, podendo, entretanto, fazê-lo com parecer contrário.

O tema antigo, de saber se o Procurador-Geral da República tinha, ou não, a obrigação de dar seguimento às representações que recebia, ou

de as fazer endossando necessariamente a tese exposta, relativa à arguição de inconstitucionalidade, hoje é matéria incontroversa.

“Não é de se conhecer da representação formulada para declaração de inconstitucionalidade quando o próprio Procurador-Geral da República, logo ao oferecer a representação, declara inexistir eiva de inconstitucionalidade na lei objeto da arguição que lhe foi dirigida por terceiros”. (RTJ 129/41.)

Não é admissível que o Procurador-Geral ingresse com representação de inconstitucionalidade e declare, de pronto, não estar convencido de sua procedência. No entanto, não está impedido de, afinal, opinar contra a representação (STF-RF 629/225). Mesmo porque ele é obrigado a se pronunciar, afinal, sobre o mérito da questão, antes de ser o feito submetido a julgamento pelo Plenário da mais alta Corte.

A regra federal ampliando a competência para propor a ação de inconstitucionalidade encontra similitude nas Constituições Estaduais, especialmente ante o comando maior de que não se pode deferir a competência de propositura desta ação a um único órgão. No entanto, não podem, nem a lei nem a prática forense, alargar ainda mais o elenco de autoridades habilitadas à autoria desse mecanismo. Neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“É inadmissível a arguição de inconstitucionalidade em tese, de lei ou ato normativo municipal, mediante representação do chefe do Ministério Público local, por não estar autorizado pelo sistema constitucional vigente, extinguindo-se o processo com fundamento no art. 267, VI, do CPC.” (TJMG — DJ 4-9-90 — ADCOAS 130799.)

#### 10. *As medidas cautelares relativas à inconstitucionalidade*

No caso em que haja pedido de medida cautelar, o relator submetê-la-á ao Plenário e, somente após a decisão solicitará as informações.

A concessão de medida cautelar em representação de inconstitucionalidade gera efeitos imediatos, quando aprovada pelo Plenário da Suprema Corte, e, por isso, “não é bastante a evidência do *fumus boni juris*, sendo indispensável a demonstração do *periculum in mora*” (RTJ 125/56), e só deve ser concedida quando, à evidência, sua vigência acarretar graves transtornos com lesão de difícil reparação” (RTJ 101/928; 102/488).

Ao operar *ex nunc*, ou seja, a partir do momento em que o Supremo Tribunal a defere, a medida cautelar suspende a execução da lei. Mas, não o que se aperfeiçoou durante a sua vigência, isto é, entre a sua eficácia e a suspensão pela liminar (STJ — Pleno, DJ 24-6-1988, p. 16-112). Ademais, tal medida torna aplicável a legislação anterior acaso existente, e não impede que se edite nova lei na conformidade das regras constitucionais inerentes ao processo legislativo (RTJ 120/64).

A exigência de decisão do Plenário é da Constituição Federal em relação ao Supremo Tribunal Federal, o mesmo não acontecendo em todos os Estados-Membros, por ser, apenas, norma de imitação. Em Minas Gerais, por exemplo, "compete à Corte Superior deferir ou não as liminares em ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais, podendo o Relator, em casos urgentes, julgá-los *ad referendum* da Corte". (TJMG — DJ 3-10-90 — ADCOAS 130590).

#### 11. O recurso extraordinário

Terminado o julgamento da instância recursal, são cabíveis, tanto o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, quanto o recurso extraordinário para o Pretório Máximo. Esta propositura pode ser, ou alternativa, ou mesmo cumulativa.

No caso do recurso extraordinário, em que se busca deslindar questão constitucional, é indispensável — como de resto em todas as peças processuais — uma nitidez e clareza da questão constitucional proposta, e com especial ênfase, o dispositivo constitucional que se entende vulnerado.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que "não se conhece de recurso extraordinário em que não foi mencionado o dispositivo constitucional (artigo e alínea, se for o caso) que o autoriza" (RTJ 123/375).

No mesmo sentido: "Desatende aos requisitos do art. 321 do RISTF, e por isso não é conheável, o recurso extraordinário que não faz a precisa indicação do dispositivo ou alínea que o autorizam (RTJ 115/1409; 123/529).

Igualmente "é inadmissível recurso extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia", como está na Súmula n.º 284.

Ademais, os fundamentos do recurso extraordinário constantes da petição de interposição, não podem ser aditados ou alterados, pois não vigora, quanto à fase preliminar de conhecimento desse recurso, o princípio *jura novit curia*. (RTJ 90/516; 113/1.409).

#### 12. As disposições da Lei n.º 8.038, de 1990

Esta Lei institui normas procedimentais especiais, inclusive o Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. No sistema anterior, até mesmo os recursos ordinário e extraordinário eram julgados conjuntamente pelo Tribunal Pleno, quando interpostos no mesmo processo de mandado de segurança ou de *habeas corpus* (Súmula n.º 299, do STF), o que persiste. Agora, a Lei Mais Alta deferiu competência a Tribunais diferentes, para julgamento do recurso especial e do recurso extraordinário.

A Lei n.º 8.038, de 1990, disciplinou expressamente a questão da interposição de tais recursos, especificando prazos e mecanismos de operação processual.

O recurso extraordinário, nos casos previstos na Constituição, será interposto no prazo de quinze dias (que será comum se, simultaneamente, for igualmente interposto o recurso especial), perante o Presidente do tribunal recorrido. Petições distintas, cada uma delas dirigida ao tribunal competente, conterão: (I) a exposição do fato e do direito; (II) a demonstração do cabimento do recurso interposto e (III) as razões do pedido da reforma da decisão recorrida (art. 26).

A Súmula n.º 322, do STF, já restringe a postulação, ao determinar que “não terá seguimento pedido ou recurso dirigido ao STF, quando manifestamente incabível, ou apresentado fora de prazo ou quando for evidente a incompetência do Tribunal”.

Recebida e protocolada a petição, pela Secretaria do Tribunal de cuja decisão se recorre, será intimado o recorrido, sendo-lhe aberto o prazo de quinze dias para a apresentação de contra-razões, ao fim do qual serão os autos conclusos para admissão, ou não, do recurso, no prazo de cinco dias. Admitidos apenas com efeito devolutivo, serão os autos com os recursos extraordinário e especial, de imediato remetidos ao Superior Tribunal de Justiça e, concluído o julgamento do recurso especial, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para a apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado (art. 27).

Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial daquele em decisão irrecorrível, sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Pretório Excelso para julgar o extraordinário. No entanto, se o relator do recurso extraordinário, em despacho irrecorrível, não o considerar prejudicial, devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial (art. 27, §§ 5.º e 6.º).

Na hipótese de denegação dos mencionados recursos pelo Presidente do Tribunal recorrido, caberá agravo de instrumento para o Presidente da Corte Mais Alta competente, no prazo de cinco dias.

Cada um dos agravos de instrumento deverá ser instruído com as peças indicadas pelo agravante e pelo agravado, e além das mencionadas no parágrafo único do art. 523 do CPC, deverá conter o acórdão recorrido, a petição de interposição do recurso e as contra-razões, se houver.

Distribuído o agravo de instrumento, o relator proferirá decisão. Na hipótese de provimento, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial, o relator determinará, desde logo, sua inclusão em pauta, observando-se, daí por diante, o procedimento relativo àqueles recursos, admitida a sustentação oral. Idêntico procedimento se aplica ao agravo de instrumento contra a denegação de recurso extraordinário (salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar).

Da decisão do relator que negar seguimento ou provimento ao agravo de instrumento, cabe agravo para o órgão julgador, no prazo de cinco dias.

**INCONSTITUCIONALIDADE — AÇÃO RESCISÓRIA — NÃO ARGÜIÇÃO — IRRELEVÂNCIA.** A argüição de inconstitucionalidade, se não tratada no *decisum* rescindendo, é motivo para considerá-la irrelevante. Ademais, se se pretender estender inconstitucionalidades declaradas pela Suprema Corte quanto a dispositivos de lei de outros Estados que cuidem da mesma tese, é, portanto, extensão analógica, tema que se rechaça. (TJ-MG, Ac. Cam Cív. Reun. DJ 16 a 18-5-90. ADCOAS 129227).

### 15. *Os aspectos regimentais na Suprema Corte*

Reunido com a presença de, no mínimo, seis Ministros, o Supremo Tribunal Federal tem *quorum* para deliberar, em matéria constitucional, de oito Ministros, votando igualmente o Presidente.

O Ministro Relator pedirá informações à autoridade de quem tiver emanado o ato, ou ao órgão legislativo que for autor da norma, podendo até serem dispensadas, caso seja julgado de urgência pelo Ministro Relator. Com as informações, ou sem estas, e entendendo ainda o Ministro Relator que a decisão é urgente, em face do relevante interesse de ordem pública que envolve, poderá, com prévia ciência das partes, submetê-lo ao conhecimento pelo Tribunal, que terá a faculdade de julgá-lo com os elementos de que dispuser.

Recebidas as informações, será ouvido o Procurador-Geral da República, que se manifestará em 15 dias, findo os quais se marcará dia para julgamento.

Ao estatuir que “o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal” (art. 103, § 1.º), o Texto Maior conferiu-lhe a atribuição de participar de todos os processos em que a análise da constitucionalidade venha a ocorrer, não só as suscitadas em ação direta, como nos demais processos submetidos ao crivo do Pretório Máximo pela via do recurso extraordinário.

Por outro lado, “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” (art. 103, § 3.º).

São funções distintas: ao Procurador-Geral da República é dada a competência para opinar, favorável ou contrariamente — ser previamente ouvido —, enquanto ao Advogado-Geral da União, a Norma Fundamental atribui a função de defender o ato ou texto impugnado. Na primeira hipótese, há uma faculdade de resultado alternativo; na outra, existe a obrigatoriedade de ação de defesa do ato ou texto em exame.

Interpretando essa obrigação constitucional, foi definido pela Corte Suprema: **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO — COMPETÊNCIA — § 3.º DO ART. 103 DA CF/88 — EXEGESE —** *Compete ao Advogado-Geral da União, em ação direta de inconstitucionalidade, a defesa da norma legal ou ato normativo impugnado, independentemente de sua natureza federal ou estadual. Não existe contradição entre o exercício da função normal do Advogado-Geral da União, fixada no caput do art. 131 da Carta Magna e o da de defesa da norma ou ato inquinado, em tese, como inconstitucional, quando funciona como curador especial, por causa do princípio da presunção de sua constitucionalidade*". (STF — Ac. unan. Tribunal Pleno DJ de 30-3-90 — Rel.: Min. MOREIRA ALVES).

Efetuada o julgamento, com o *quorum* mínimo de 8 Ministros, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros.

Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o *quorum*.

Na circunstância de se examinar matéria constitucional oriunda do Tribunal Superior Eleitoral, onde têm assento Ministros da Suprema Corte, cumulativamente, estes não estão impedidos no julgamento constitucional, mesmo que "tenham funcionado no mesmo processo ou no processo originário" (STF — Súmula n.º 72).

Proclamada a constitucionalidade ou não alcançada a maioria para a declaração da inconstitucionalidade, a representação será julgada improcedente.

Declarada a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, o Presidente do Tribunal imediatamente comunicará aos órgãos interessados e, transitado em julgado o acórdão, remeterá cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado, para que, de acordo com o disposto no inciso X do art. 52 da Carta Maior, "suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Também cabe ao Pretório Excelso deliberar sobre a inconstitucionalidade por omissão, sempre que um órgão de Governo não tomar as medidas necessárias para tornar efetiva uma norma constitucional. Neste caso, declarada essa inconstitucionalidade por omissão, "será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

A decisão é terminativa. A esse respeito já entendeu o Supremo Tribunal Federal que "não cabe ação rescisória contra acórdão proferido em representação de inconstitucionalidade" (RTJ 94/49).