

CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE E AS CONTRIBUIÇÕES
SOBRE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO
ECONÔMICO.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, Paulista e Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e do Centro de Extensão Universitária - CEU.

A questão que me foi indicada pelo amigo Marco Aurélio Greco não diz respeito apenas às contribuições de intervenção no domínio econômico, mas a toda espécie de controle de constitucionalidade cujo exercício é outorgado ao Poder Judiciário, seja difuso, seja aquele que lhe cumpre essencialmente promover na condição de guardião da Constituição, ou seja, o controle concentrado.

Neste trabalho, pretendo “concentrar-me” no “concentrado”, e, em que pese o vernáculo tautológico, parece-me ser aquele mecanismo que efetivamente permite o real controle de constitucionalidade ¹.

¹ O artigo 102, inciso I, letra “a” e § 1º e 103, § 2º, da Constituição Federal têm a seguinte dicção: “Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I. processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; ...

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”;

O exame do controle difuso, sobre ter que aguardar o curso processual pelas instâncias e ter eficácia apenas entre as partes que dele participam –somente quando o processo chegar ao STF, é que este poderá declarar a inconstitucionalidade de lei, oficiando ao Senado para elaboração de Resolução destinada a retirar a norma do ordenamento--, implicaria exame de toda a legislação processual, não se revelando, portanto, de interesse maior ², neste trabalho.

“Art. 103 - § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias”.

Celso Bastos comenta o primeiro dispositivo dizendo: “A primeira parte do preceito versa sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Como se vê, os atos municipais estão excluídos do controle por via direta no plano federal. São impugnáveis por essa via apenas em face da Constituição Estadual. Quanto aos atos estaduais, a arguição de sua inconstitucionalidade pode se dar tanto por ofensa à Constituição Federal quanto à Estadual. Os atos federais, por sua vez, só podem ser impugnados por ação direta perante o Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se, também, que o âmbito do controle da constitucionalidade é restrito a atos normativos do Poder Público, o que significa dizer, não são passíveis de controle os atos normativos de natureza privada. Estes, quando contrários à Constituição, no dizer de Canotilho, “são actos ilícitos, susceptíveis, como tais, de impugnação judicial, mas não de controle da constitucionalidade” (Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol., tomo III, Ed. Saraiva, 2ª. ed. 2000, p. 133).

² *O artigo 52, inciso X, da Constituição Federal está assim redigido: “Compete privativamente ao Senado Federal: ... X. suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim o comenta: “Prescreve a Constituição que, declarada, no todo ou em parte, inconstitucional, por decisão definitiva (i.e., irrecorrível) do Supremo Tribunal Federal, uma lei, o Senado Federal deverá suspender-lhe a execução. Evidentemente, suspender a execução da lei no todo, se no todo for tida por inconstitucional; em parte, se só em parte tiver sido reconhecida como tal.*

Essa suspensão não revoga a lei. Seu efeito é simplesmente retirar-lhe a eficácia. Perde, então, o ato a aptidão para produzir efeitos de direito. Não pode mais ser aplicado; seu cumprimento não mais pode ser exigido de ninguém.

A suspensão não pressupõe qualquer apreciação de mérito por parte do Senado. Não pode este recusa-la por entender errônea a decisão. Apenas cabe-lhe verificar se os requisitos formais, especialmente o previsto no art. 97 (v. infra),

O controle concentrado, não. As duas leis que permitem manifestação da Suprema Corte a respeito são recentes. A lei n. 9882/99 cuida do processo para que o Pretório Excelso se manifeste sobre descumprimento de preceito fundamental e a lei n. 9868/99 veicula os processos cautelares e as próprias ações diretas de inconstitucionalidade, seja por infringência da lei suprema, seja por omissão, assim como a ação declaratória de constitucionalidade.

Todas elas podem ser utilizadas para atalhar a veiculação de leis introdutórias de contribuições de intervenção no domínio econômico, que presumivelmente violem a Carta Magna e que estão mencionadas entre as três espécies do art. 149 da Constituição Federal, com a seguinte dicção:

“Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, com instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”.

Tenho para mim que, em relação às contribuições de intervenção no domínio econômico, de um lado, não pode, o nível da imposição, ultrapassar o custo da intervenção regulatória e, por outro lado, devem, aqueles que suportem o peso da intervenção, ter alguma vinculação com a intervenção a ser promovida. Sem estes dois

ocorrem” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 2, Ed. Saraiva, 1992, p. 41).

aspectos conformadores, a contribuição ganha a natureza jurídica de imposto ³.

Não é, todavia, meu tema discorrer sobre o perfil legal das contribuições de intervenção no domínio econômico, mas apenas sobre os mecanismos de controle de constitucionalidade, que, como disse no início, estaria centrado no controle em abstrato ou no de descumprimento do preceito fundamental.

Participei da redação do Projeto de Lei n. 9882/99, em Comissão constituída pelo Governo Federal, com os eminentes juristas Oscar Corrêa, Arnaldo Wald, Gilmar Mendes, sob a presidência de Celso Bastos.

O projeto de lei aprovado pelo Congresso teve alguns de seus artigos vetados pelo Governo Federal.

Um deles tenho por inconstitucional, ou seja, o artigo 11, assim redigido:

³ *Escrevi: “De 3 formas pode o governo intervir no mercado, ou seja, através da intervenção monopolista, através da intervenção concorrencial e através da intervenção regulatória.*

O art. 176 da Constituição Federal cuida de típica intervenção monopolista. O art. 173 admite a intervenção concorrencial. E os arts. 171 § 1º, 172 e 173 §§ 4º e 5º cuidam de intervenção regulatória. Por outro lado, os arts. 170 “caput”, incisos II e IV e § único, 173 e 174 vedam a intervenção regulatória naquelas áreas.

Ora, a contribuição para intervenção no domínio econômico apenas poderá ser remunerada para cobrir seus custeios no concernente à intervenção regulatória, posto que, na concorrencial ou monopolista, o Estado passa a ser o próprio agente econômico e não um interventor para regular a atividade dos agentes econômicos privados.

Ora, esta intervenção ficou consideravelmente reduzida à luz da nova Constituição, posto que os §§ 4º e 5º do art. 173 apenas dizem respeito a uma intervenção punitiva pela dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros (CADE) ou por crimes contra a ordem econômica, financeira e economia popular” (Aspectos tributários da nova Constituição, Ed. Resenha Tributária, 1990, p. 288/291).

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Diversos doutrinadores já se manifestaram sobre sua inconstitucionalidade ⁴.

⁴ *Elival da Silva Ramos escreve: “É evidente a influência do disposto no art. 282, n. 4, da Constituição portuguesa, que permite ao Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restritivo do que o usual (que remonta à entrada em vigor da norma, salvo na hipótese de inconstitucionalidade dita superveniente), quando, fundamentalmente, o recomendar “a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo”.*

A nosso ver, considerando-se que as características do sistema de controle de constitucionalidade luso “apontam, em relação ao vício de inconstitucionalidade, para a aplicação de uma sanção de nulidade, de pleno direito”,

“o disposto no art. 282, n. 4, da Constituição há de ser interpretado no sentido de ter o constituinte conferido ao Tribunal Constitucional o poder de convalidar parcialmente o ato legislativo sancionado com nulidade, de modo que permita a produção dos efeitos a que se dispunha, tomando-se como limite máximo dessa convalidação a data da publicação da decisão declaratória da sua inconstitucionalidade”.

De igual modo, as características de nosso sistema de controle, extraídas das disposições pertinentes da Constituição de 1988, conduzem à conclusão, pode-se dizer pacífica, doutrinária e jurisprudencialmente, de que a lei inconstitucional, entre nós, é sancionada com nulidade.

Como se admitir, entretanto, que disposição infraconstitucional confira ao Supremo Tribunal Federal um poder de saneamento parcial da invalidade legislativa, em face do descumprimento de preceito fundamental, invalidade, com suas características de nulidade de pleno direito, que brota do sistema de controle disciplinado em nível superior?

Em suma, olvidou-se o legislador ordinário que a matéria exigia disciplina em nível constitucional e, com isso, acabou perpetrando reatada inconstitucionalidade, ao permitir algo que a Constituição não permite” (Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei 9882/99, Ed. Atlas, 2001, p. 125).

Escrevi:

“Tive oportunidade de participar da Comissão de juristas que elaborou o projeto da lei 9.882/99, que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do artigo 102 § 1º da Constituição Federal.

Embora, as decisões tomadas pela Comissão tenham sido quase sempre consensuais, em um ponto divergi de meus ilustres colegas Arnoldo Wald, Celso Bastos, Oscar Corrêa e Gilmar Mendes, qual seja, na extensão dada ao artigo 11.

Não me parece possa ser o texto mencionado tido por constitucional, na medida em que adota princípio do direito alemão de não possível hospedagem pelo direito brasileiro.

Embora tenha sido voto vencido na Comissão, passo a expor as razões de minha inteligência sobre o dispositivo.

A norma admite que uma lei considerada inconstitucional pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, possa ter eficácia “ex nunc” ou mesmo dilatada por tempo posterior à declaração.

O vício, portanto, da inconstitucionalidade não prevaleceria “ex tunc”, maculando a lei “ab-initio”, visto que por decisão de 2/3 de seus integrantes, o Supremo Tribunal Federal poderia “constitucionalizar” e “desconstitucionalizar” o mesmo texto legal, admitindo sua “inconstitucionalidade com eficácia de constitucionalidade” até a decisão, para depois declarar uma “inconstitucionalidade sem eficácia da constitucionalidade”, a

partir do novo espaço temporal determinado pelo Pretório Excelso”⁵.

Com efeito, a inconstitucionalidade atinge a lei desde a origem, não podendo o direito admitir que uma “inconstitucionalidade” seja “constitucional” antes de sua declaração e que, somente, a partir desse ato, se torne “inconstitucional”.

Já o STF decidiu que:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 21/600.

*Origem: Distrito Federal – Relator: Min. Paulo Brossard –
Requerente: Fed. Nac. dos Estabelecimentos de Ensino – FENEN
– Requerido: Presidente da República.*

*EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE.
REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE.
IMPOSSIBILIDADE.*

A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. 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

⁵ *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9882/99, ob. cit. p. 172/4.*

revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.

Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinqüentenária.

Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido”⁶.

No mais, a lei estabelece critérios de controle semelhantes ao controle concentrado, estando os seus artigos 1º e 2º assim redigidos:

“Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

...

Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I. os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade; II. (vetado).

§ 1º Na hipótese do inc. II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento de seu ingresso em juízo.

§ 2º (vetado)”⁷.

⁶ D.J. 21/11/1997, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Ementário 1892-01.

⁷ Alexandre de Moraes comenta o § 1º, dizendo: “1. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – A Constituição Federal determina em seu § 1º, do art./ 102,

Afastou-se, pois, o legislador pátrio, da lição dos direitos alemão e austríaco que reconhecem ao próprio cidadão legitimidade para argüir o descumprimento de preceito fundamental junto a Suprema Corte ⁸.

Trata-se de processo de “controle concentrado”, embora diverso daquele das ações diretas ou declaratórias. Há possibilidade de concessão imediata de suspensão da norma ou da ação violadora de preceito fundamental, cuja definição do perfil jurídico pertine ao

introduzido pela E.C. n. 3, de 17/3/1993, que a argüição de descumprimento do preceito fundamental decorrente da Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada, que depende de edição de lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição. Como destacado por Andrade Filho, “trata-se de matéria em que a atuação do Poder Legislativo é imprescindível para estabelecer os contornos processuais em que esse direito possa ser exigido e quais as pessoas que estariam legitimadas a apresentar essa argüição”.

José Afonso da Silva reclamava a edição de um “dispositivo que poderá ser fértil como fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo nosso Pretório Excelso”.

Parece-nos que foi atendido pelo legislador, pois o Congresso Nacional editou a Lei n. 9882, de 3/12/1999, em complementação ao art. 102, § 1º, da Constituição Federal, regulamentando a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Argüição de descumprimento de preceito fundamental –norma constitucional de eficácia limitada: STF – Como salientou o Min. Sydney Sanches, “... para argüição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, exige lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito” (STF – Agravo Regimental em petição n. 1140-7 –Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, 31/5/1996, p. 18.803). No mesmo sentido: STF – Petição n. 1369-8 – Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 8 out. 1997, p. 50.468” (Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9882/99, ob. cit. p. 16).

⁸ O direito austríaco permite que o cidadão argua a inconstitucionalidade (artigo 144 da Constituição Federal) e o alemão sempre que os artigos 20 alínea 4 (direito de restrição), 33 (igualdade de direitos civis), 101 (proibição de tribunais de exceção), 103 (leis penais retroativas) e 104 (garantias jurídicas contra a perda de liberdade).

Judiciário, visto que não há exaustiva enunciação na lei n. 9882/99 das hipóteses de violação.

Todas as “contribuições” de intervenção no domínio econômico que vierem a ser veiculadas por leis ineptas e em conflito com a Constituição poderão ser objeto de argüição de descumprimento de princípio fundamental pelas pessoas legitimadas nos termos do art. 103 da Constituição Federal ⁹.

Em relação às ações diretas de inconstitucionalidade, a lei foi mais exaustiva, nela constando dispositivo que também reputo inconstitucional, ou seja, o artigo 27 da Lei 9868/99 assim redigido:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

O disposto é semelhante ao do artigo 11 da Lei n. 9882/99, prevalecendo os mesmos argumentos retroexpostos para o artigo 27. A diferença entre um e outro está na enunciação do quorum qualificado para a adoção de eficácia “ex nunc”.

⁹ O artigo 103 da Constituição Federal está assim redigido: “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 da 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”.

As três ações a que se refere a lei n. 9868/99 (direta de inconstitucionalidade por violação ou por omissão e declaratória de constitucionalidade) conformam, de rigor, uma única ação, ou seja, a de consultar o Supremo sobre a constitucionalidade ou não de uma lei estadual ou federal ou de um ato normativo editado pela União ou pelos Estados.

A declaratória considerada improcedente, transforma-se em ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade da norma ou ato normativo. A direta de inconstitucionalidade, se considerada improcedente, transforma-se em declaratória de constitucionalidade.

O nome “declaratória de constitucionalidade” foi por mim ofertado a este tipo de ação, em artigo que publiquei no O Estado de São Paulo, tendo o atual Advogado-Geral da União, Gilmar Mendes, no texto que preparou, com o apoio do então Senador Roberto Campos, para o Congresso Nacional, no bojo da Emenda n. 3/93, hospedado tal designação, após inúmeras conversas que mantivemos --nada obstante não ter conseguido convencê-lo de minha tese de que, na declaratória, todos os legitimados no artigo 103, deveriam poder se manifestar, num prazo de 15 dias, para permitir o contraditório à proposta governamental ¹⁰.

¹⁰ *Arnoldo Wald lembra que: “Por outro lado, coube ao Prof. Ives Gandra Martins desenvolver a idéia de uma ação declaratória de constitucionalidade que obedecesse ao devido processo legal e refletisse a posição do Judiciário. Efetivamente, quando o governo Collor enviou ao Congresso Nacional projeto de Emenda Constitucional, coube ao ilustre tributarista encontrar uma fórmula “para evitar mal maior”, de acordo com suas palavras. A proposta previa um amplo debate, permitindo que, no prazo regulamentar para que o Ministério Público falasse, todas as entidades com legitimidade ativa para a ação direta de inconstitucionalidade pudessem ingressar no feito, contestando os fundamentos da ação, como assistentes.*

15. Na ocasião, combatendo a advocatória e justificando o novo instrumento processual por ele concebido, afirmou o Prof. Ives Gandra Martins que: “Manifesto-me, hoje, contra a emenda constitucional que pretende reintroduzir a advocatória. Entendo, todavia, que o controle real da constitucionalidade não pode ficar apenas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ou contra ato ou lei, maculados pelo vício maior no universo jurídico.

Há necessidade de uma ação de contrapartida, isto é, uma ação “declaratória de constitucionalidade”, cuja titularidade para proposição seria de todas as pessoas elencadas no art. 103 da C.F., que cuida das ações diretas de inconstitucionalidade”.

16. Indicando as vantagens da ação direta de constitucionalidade, prosseguiu o eminente mestre de nosso direito e batalhador incansável em favor dos direitos e liberdades individuais, expondo que: “Entre as vantagens de tal proposta sobre a advocatória, militam: a) a competência do Supremo Tribunal Federal seria originária e não decorrencial; b) os motivos para a sua proposição seriam “jurídicos” e não meramente “políticos”; c) não haveria interferência direta nas decisões de 1ª. instância suspendendo sua eficácia, mas decisão definitiva sobre sobre a questão suscitada; d) em questões polêmicas, a uniformização far-se-ia com rapidez, ofertando-se ao cidadão e ao Estado uma interpretação definitiva.

Gilmar Mendes, em seu excelente Controle da Constitucionalidade (Ed. Saraiva, 1990), lembra, na evolução do direito alemão, o caminho seguido, desde as ações de inconstitucionalidade à Corte Constitucional até as ações declaratórias de constitucionalidade com o que a Corte Constitucional do país, hoje, tanto pode ser acionada para declarar a inconstitucionalidade quanto a constitucionalidade de atos e leis da federação germânica”.

17. E finalizou, exemplificando os efeitos benéficos das soluções por ele preconizadas: “O impasse gerado pelos 147% dos aposentados talvez sirva para uma reflexão maior sobre a matéria e a eventual substituição da Emenda Constitucional, que reintroduz a advocatória, por uma nova emenda propondo, no elenco do art. 103, a ação declaratória de constitucionalidade, cujos titulares seriam as mesmas pessoas legitimadas a propor a ação de inconstitucionalidade. Se já tivéssemos o remédio processual, o Supremo Tribunal Federal, certamente, teria se manifestado, e o drama gerado pelas variadas decisões sobre os 147% já teria, de uma forma ou de outra, sido resolvido. A meditação sobre o tema, portanto, faz-se necessária”.

18. Tendo sido objeto de projeto de emenda constitucional a introdução em nosso direito da ação declaratória de constitucionalidade, nos moldes em que foi concebida por Ives Gandra Martins, este e o douto Procurador Gilmar Ferreira Mendes reconheceram, em artigo publicado na imprensa, que: “Pelo exposto, verifica-se que a emenda constitucional apresentada pelo Dep. Roberto Campos para a instituição de uma ação declaratória de constitucionalidade, inspirada em estudos nossos, poderia suprir lacuna ainda hoje existente no direito constitucional pátrio de apenas permitir a eficácia “erga omnes” e o efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade”.

19. Posteriormente, foi transformado o projeto original pela Emenda Constitucional n. 3, de 17/3/93, dele se retirando o caráter contraditório, e reduzindo-se o número de pessoas legitimadas para o exercício da ação, ensejando a violação do princípio do devido processo legal. Em conseqüência, houve vários novos pronunciamentos de quem concebera, originariamente, a ação direta de constitucionalidade como instrumento democrático de participação da

Pessoalmente, entendo que a solução da E.C. 3/93 saiu desfigurada, não tendo havido correção, até o presente.

A lei n. 9868/99 consolidou o regime jurídico adotado pela Suprema Corte até então, à falta de lei processual, em que o colegiado pode conceder a medida liminar, em provimento cautelar, assim como decidir definitivamente declarando a inconstitucionalidade, com pelo menos seis votos no sentido do reconhecimento do vício. Um julgamento do qual participem nove ministros e o resultado final for de cinco votos pela inconstitucionalidade e quatro pela constitucionalidade, a norma continuará a ter eficácia e vigência, à falta do número mínimo de 6 votos pela violação da lei suprema.

A lei inovou no que concerne ao direito de sustentação oral, nos pedidos de liminares, inexistente no regime anterior, ao permitir maior elasticidade na atuação dos representantes de autores e poderes constituídos (Legislativo e Executivo).

Hospedou, a lei, a eficácia “ex nunc” no tocante às liminares, salvo para as situações não constituídas, em que prevalece a decisão imediata do STF para suspender sua constituição, como também a eficácia “ex tunc” para as decisões definitivas, com a ressalva ao

sociedade na elaboração do direito e no reconhecimento da compatibilidade das leis com a Constituição.

20. Assim, em 1/6/1993, escreveu, em O Estado de S. Paulo, Ives Gandra Martins: “Devo lembrar que o nome da ação foi por mim sugerido pela primeira vez em artigo para O Estado de S.Paulo e nele publicado em 25/1/92 com idêntica rotulação, no então Caderno de Justiça (p. 8)”.

Não gostaria, entretanto, que o batismo oficial pudesse levar alguns colegas a pensar que o bizarro texto surgido tenha algo a ver com a minha proposta original. Sou pai do nome, mas não da ação” (Ação declaratória de constitucionalidade, Ed. Saraiva, 1996, p. 19/22)..

artigo 27, que, a meu ver, desfigura a tradição do direito brasileiro
11.

Maiores comentários sobre a lei, eu os fiz no livro escrito com Gilmar Ferreira Mendes, remetendo o leitor a sua consulta (Controle concentrado de constitucionalidade, Ed. Saraiva, 2001).

Destaco, todavia, sobre a eficácia “ex tunc” e “ex nunc”, o seguinte trecho por mim escrito:

¹¹ *Em caso de situação não constituída escrevi: “Quando da liminar concedida para suspender a eficácia do Convênio 66/88 quanto as companhias de navegação aérea, houve por bem o Supremo Tribunal Federal decidir que, as execuções ajuizadas anteriormente ao provimento cautelar, deveriam restar suspensas não podendo os Estados exigir o ICMS até a decisão do mérito da ADI, nada obstante a liminar ter eficácia “ex nunc”.*

O Ministro Octávio Gallotti, com pertinência, ao decidir o caso das companhia aéreas, em que o governo do Amazonas solicitou cobrança do ICMS anterior, após a concessão da liminar da ADIN 1089/92 proposta pela Procuradoria Geral da República, declarou:

“SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 726-2/AMAZONAS

Reqte: Estado do Amazonas (Advs. Oldeney Sá Valente e outro)

Reqdo.: Relator do Mandado de Segurança nº 29400700-8 do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Impte.: Viação Aérea São Paulo S/A – VASP

(Advs.: Ives Gandra da Silva Martins e outro).

DESPACHO: - 1. *Pela liminar ora atacada, foi suspenso o pagamento de parcelas da dívida fiscal, referente ao ICMS incidente sobre transporte aéreo.*

2. Reconheço o relevo da tese do Estado requerente, quando invoca o princípio constitucional da garantia do ato jurídico perfeito, no caso representado pelo acordo, judicialmente homologado, que dispôs sobre o parcelamento.

3. Em termos, porém, de juízo de suspensão de liminar, não posso considerar satisfeito o pressuposto da grave lesão à economia pública, pelo simples adiamento da arrecadação de um tributo sujeito à repetição na hipótese, sem dúvida plausível, de vir a ser declarada a inconstitucionalidade de sua exigência, já provisoriamente admitida pelo Supremo Tribunal, ao conceder medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (ADIn nº 1.089, sessão de 4-8-94).

Indeferido o pedido. Publique-se.

Brasília, 19 de dezembro de 1994.

Ministro OCTAVIO GALLOTTI – Presidente” (Arguição de Descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9882/99, ob. cit. p. 177/178).

“O primeiro diz respeito à liminar concedida no processo cautelar da ação direta de inconstitucionalidade. Por ser da natureza dessa medida garantir os efeitos definitivos da ação --visto que no processo cautelar garante a liminar a utilidade do provimento decorrente de prestação jurisdicional principal, ao contrário da liminar em mandado de segurança, que garante o próprio direito lesado ou ameaçado-- tem o S.T.F. entendido desde a Representação 1391/CE, que os efeitos da liminar são "ex nunc" e não "ex tunc".

A primeira vista, poder-se-ia admitir, numa aproximação menos avisada, que tais efeitos permitiriam a existência de uma dupla interpretação, semelhante ao direito alemão, isto é, de que a norma seria constitucional e inconstitucional, sendo constitucional até a decretação de sua suspensão e inconstitucional a partir dela. Seria uma espécie de norma material hermafrodita, com duplo e simultâneo perfil de constitucionalidade e inconstitucionalidade, durante a vigência da liminar.

*Em outras palavras, numa visão mais apressada, aquela decisão tem sido interpretada **como se a norma material --não a processual--** fosse constitucional e inconstitucional no tempo, valendo sua constitucionalidade anterior na plenitude até a declaração de sua inconstitucionalidade.*

Meridianamente, não foi isto que a Suprema Corte decidiu naquela ocasião.

*O que tem decidido a Suprema Corte, nas liminares concedidas contra o Poder Público no processo cautelar de ações diretas, é que a liminar suspende a eficácia e a vigência da norma, mas não desconstitui ainda as relações jurídicas **constituídas** e **completadas**. Em outras palavras, as relações jurídicas já constituídas, à luz de um direito tido por constitucional, não serão*

desconstituídas por força da medida liminar, mas apenas pela decisão definitiva ou pela discussão em sede de controle difuso.

*Se a mera suspensão da vigência e eficácia da norma com efeitos "ex nunc" exteriorizasse a constitucionalização desta norma no tempo pretérito, atingido estaria o próprio direito à discussão da relação jurídica conformada pela norma, via controle difuso, visto que ao declarar, o Supremo Tribunal Federal, a norma inconstitucional, para o futuro, **consolidaria** a sua constitucionalização da norma para o tempo pretérito, aberração inadmissível no direito pátrio.*

E, à nitidez, fosse correta esta exegese, a eficácia "ex nunc" e o efeito vinculante teriam, de forma absoluta, assegurado a inconstitucionalidade futura, vedando ao Poder atuar de acordo com a norma, e garantido ao Poder Público a constitucionalidade pretérita, sem qualquer direito do cidadão, seja via controle difuso, seja pela negativa de cumprimento de lei ou ato não constitucional, de opor-se à norma tida por violadora da lei suprema.

Nada seria tão ilógico quanto ofertar esta visão de hermafroditismo jurídico, com dupla conformação da norma, a de ser e não ser constitucional no tempo.

Há, portanto, que distinguir os dois efeitos da liminar, ou seja, o primeiro de suspender a vigência e eficácia da norma a partir daquele momento e o segundo, o de considerar aquela norma inconstitucional desde o início, não se admitindo existência ou não do vício, à luz do enfoque temporal.

E, à nitidez, se há suspensão da eficácia e vigência "ex nunc", a desconstituição de situações definitivas só se dará após a decisão definitiva na ação principal.

O que em nenhum momento, em face dos elementos atrás apresentados, pode-se admitir, é a complementação de relação ainda não definitivamente constituída ou completada, após o julgamento da medida cautelar em sentido contrário.

Neste ponto, há de se considerar uma dupla face do mesmo assunto.

Se, à luz do direito tido por inconstitucional, tiver sido relação jurídica constituída e completada, nem por isto, em sede de controle difuso de constitucionalidade, estará o prejudicado pela constituição impedido de contestar tal situação, correndo o processo judicial seu caminho normal para que se manifeste o Poder Judiciário sobre a materialidade do direito para o que há de se levar em consideração --sem ainda estar obrigado de forma vinculada-- a sinalização da Suprema Corte.

Se, todavia, a relação jurídica não tiver sido definitivamente constituída e completada, à evidência, não poderá o Poder Público tentar completá-la sob a alegação de que a eficácia da medida vale para o futuro e que a norma que lastreou seu pedido seria constitucional para o passado.

Nesta hipótese, à evidência, poderá o Poder Público ser tido por litigante de má-fé, visto que pretende completar uma relação jurídica --ainda não constituída ou completada-- lastreada em norma tida por inconstitucional pela Suprema Corte, isto é, pretende exigir o cumprimento de uma norma tida por inconstitucional, no seu aspecto material.

Visualizo, com notável clareza, uma nítida distinção entre a norma tida por inconstitucional "ex tunc" e os efeitos da liminar sobre as relações constituídas e completadas que são "ex nunc", sem prejuízo de sua contestação, via controle em concreto.

Cristalinamente, todavia, relação jurídica não constituída ou não completada à luz do direito pretérito, não poderá, após a decretação da inconstitucionalidade de norma, mesmo em sendo de medida liminar, ser constituída ou completada, como se vigente fosse ainda aquele direito.

Não há como confundir a estruturalidade da norma, que é ou não é constitucional "ex tunc", com a suspensão de sua vigência e eficácia, que se dá só para estes efeitos "ex nunc"” ¹².

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão equivale, em nível de controle concentrado, ao mandado de injunção, no controle difuso, devendo o Poder Executivo cumprir a decisão judicial em 30 dias e o Congresso apenas ser alertado de que deve produzir novo diploma legal, mas sem possibilidade de estabelecimento de prazo para cumprimento da decisão.

Aplicam-se, por inteiro, às contribuições de intervenção no domínio econômico, os três tipos de ações, sempre que alguma delas for instituída com franca violação de preceito constitucional ¹³.

¹² *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nº 2, volume 7, abril/junho 1995, p. 97/98.*

¹³ *Gilmar Ferreira Mendes sobre a Lei n. 9882/99 escreveu: “Esse projeto foi submetido à apreciação do Professor Celso Bastos, que entendeu que já havíamos evoluído bastante na formulação do novo instituto. Afigurava-se recomendável que o tema fosse submetido a uma Comissão de especialistas. A sugestão foi levada à consideração do Ministro Íris Resende, da Justiça, que, em 4 de julho de 1997 editou a Portaria nº 572, publicada no D.O.U de 7 de julho de 1997, instituindo comissão destinada a elaborar estudos e anteprojeto de lei que disciplinasse a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Foram designados, para compor esta comissão: o Prof. Celso Ribeiro Bastos (Presidente), o autor deste artigo, o Prof. Arnaldo Wald, o Prof. Ives Gandra Martins e Prof. Oscar Dias Corrêa. Após intenso debate realizado em São Paulo, a comissão chegou ao texto final do anteprojeto. Assim, encerrados os trabalhos da comissão, o Prof. Celso Bastos encaminhou o anteprojeto, acompanhado de relatório, ao Ministro da Justiça.*

Uma última observação é necessária. A Suprema Corte brasileira, já recebeu em torno de 2.500 ações, entre diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, tendo-as julgado como verdadeira Corte Constitucional, em face da disposição do artigo 102 de que é a guardiã da lei suprema. Isso significa que, o STF, já examinou, mais ações no controle abstrato do que as Cortes Constitucionais alemã, italiana ou portuguesa, com competência privativa e exclusiva sobre a matéria.

Estas breves considerações é que gostaria de trazer à reflexão dos participantes de mais um Simpósio eminente amigo Marco Aurélio Greco, agora sobre contribuições de intervenção no domínio econômico.

SP., 10/05/2001.

A proposta de anteprojeto de lei cuidou dos principais aspectos do processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos e para os efeitos do disposto no § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Estabeleceu-se o rito perante o STF, elencando-se os entes com legitimidade ativa, fixando-se os pressupostos para suscitar o incidente, bem como estabelecidos os efeitos da decisão proferida e sua irrecorribilidade.

Tendo em vista que o disciplinamento do instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental afetava as atribuições do STF, resolveu-se colher a opinião do Tribunal, em 4 de maio de 1998, mediante o aviso nº 0624, do Ministério da Justiça, dirigido ao presidente, Ministro Celso de Mello, que respondeu o referido aviso em 7 de maio de 1998, por meio do Ofício nº 076/98, informando ter encaminhado cópias do texto do anteprojeto para todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Em 30 de junho de 1998, o trabalho realizado pela comissão Celso Bastos foi divulgado e, artigo publicado na Revista Consulex nº 18, ano II, vol. I, p. 18/21, sob título “Preceito fundamental: argüição de descumprimento”.

e.mail: ivesgandra@gandramartins.adv.br

IGSM/mos/A2001-31 Contr Interv Ecol