

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 406, DE 2001

Acrescenta § 5º ao art. 103 da Constituição Federal.

Autor: PODER EXECUTIVO

Relator: Deputado ROBERTO MAGALHÃES

PARECER COMPLEMENTAR

É a minha intenção, neste Parecer Complementar, contraditar as impugnações formuladas, a partir do voto em separado do Deputado Régis de Oliveira e a objeção feita, no curso dos debates, pelo nobre Deputado Flávio Dino relativamente à PEC nº 406, de 2001.

Tomo como premissa o fato incontrastável de que o “incidente de constitucionalidade”, previsto na presente proposição do Poder Executivo, não está prejudicado pelo advento da súmula vinculante, nem pelo efeito vinculante de liminares em medidas cautelares.

Busco sintetizar alguns argumentos:

- 1) a súmula vinculante refere-se a matéria de direito constitucional, tendo por pressupostos reiteradas decisões de mérito e definitivas do STF;
- 2) a súmula vinculante não alcança os atos do Poder Legislativo, mas apenas os do Poder Judiciário e do Poder Executivo (administração geral);
- 3) como corolário dos pressupostos acima, há um universo extenso de questões que não serão abrangidas pelas súmulas vinculantes e, consequentemente, um largo espaço para a aplicação do “incidente de constitucionalidade”; e
- 4) são vários os países que, tendo adotado o instituto da súmula vinculante de seus tribunais, fazem com ela conviver o incidente de constitucionalidade, como a Áustria, a Alemanha, a Espanha e a Itália.

Permito-me acrescentar que em Direito não ajudam o conservadorismo nem o conformismo, sobretudo em um país como o nosso em que a justiça é lenta, o número de juízes insuficiente e muito grande a parcela de brasileiros excluídos, por diversas razões, do acesso à Justiça.

Os Tribunais Federais vivem abarrotados de recursos e processos de natureza diversa, com fins meramente protelatórios.

O incidente de inconstitucionalidade, proposto pela presente proposição, não encontra qualquer incompatibilidade com os demais instrumentos de controle de constitucionalidade existentes no ordenamento vigente, inclusive aqueles introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a denominada Reforma do Judiciário.

Cuida-se de mecanismo jurídico-processual instituído a partir da Reforma de 1929 da Constituição Austríaca em que se reconheceu aos tribunais superiores austríacos – essencialmente o Tribunal Supremo de Justiça (Oberster Gerichtshof) e o Tribunal de Justiça Administrativa (Verwaltungsgerichtshof) – a legitimidade para provocar diretamente a Corte

Constitucional, a quem competia o exercício da jurisdição constitucional. Tal procedimento era, porém, sujeito a condições. Somente tinha cabimento se o tribunal, ao decidir um caso concreto, julgasse haver fundadas razões para considerar inconstitucional a lei que deveria aplicar.

O incidente de inconstitucionalidade acabou sendo estendido, com temperamentos, ao ordenamento dos demais países europeus que instituíram sistemas de justiça constitucional nos moldes inaugurados pela Constituição Austríaca de 1920. Assim, em países como Alemanha, Itália e Espanha, passou-se a admitir, segundo assinala Cappelletti, que qualquer juiz ou tribunal, ainda que de instâncias inferiores, pudessem propor questão constitucional mediante incidente à Corte Constitucional¹. A própria Constituição austríaca, após nova modificação constitucional, promovida em 1975, também ampliou a legitimidade aos demais tribunais de segunda instância².

Tal instituto jurídico, nos termos em que adotado na Europa, não afasta das autoridades judiciais a prerrogativa de emitir juízo sobre a constitucionalidade da lei. Em momento anterior à decisão sobre a propositura da questão constitucional, o órgão judicial realiza exame preliminar para verificar se há impedimentos de ordem constitucional que obstem a aplicação da lei. Somente no caso de considerar fundadas as razões que indicam haver violação da Constituição, é que se encaminha o incidente à Corte Constitucional. É o que Fernández Segado denomina *duplo juízo de inconstitucionalidade*³.

Desse modo, a introdução do incidente de inconstitucionalidade implica claro aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade pâtrio, adequando-se às linhas mestras da Reforma do Judiciário. Ora, a instituição de mecanismo que implique aceleração de processos judiciais de massa com grande potencial de proliferação no âmbito das instâncias ordinárias constitui, evidentemente, avanço do qual não se deve abrir mão.

¹ Cf. Mauro Cappelletti – *O controle judicial...*, p. 109; também Louis Favoreu – *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1993, p. 73-74, p. 92 e p. 121-122.

² Cf. Francisco Fernández Segado – op. cit., p. 34.

³ Cf. Francisco Fernández Segado – op. cit., pp. 32-33.

Não se pode pretender descartar novo procedimento judicial com o argumento de que produz o mesmo efeito que outros. Ora, o instituto ora proposto distingue-se dos demais justamente na processualística que lhe é peculiar. No caso, permite-se a remessa ao STF de questão constitucional referente a processo ordinário que tramita na esfera da justiça comum, característica que, *a priori*, não é típica de nenhum dos instrumentos de controle de constitucionalidade vigentes no país.

O “incidente de constitucionalidade” ajusta-se, assim, ao quadro geral de controle concentrado e difuso da constitucionalidade do ordenamento jurídico.

Quanto à objeção do nobre Deputado Flávio Dino, de que as decisões liminares do Supremo Tribunal Federal têm efeito vinculante por força de reiteradas decisões daquela colenda Corte, pode-se alinhar os seguintes contra-argumentos:

- 1) o efeito vinculante conferido a uma decisão provisória em medida cautelar não a transforma em decisão de mérito e tampouco definitiva, contrariando assim o disposto no § 2º do art. 103 da Constituição Federal;
- 2) as questões constitucionais, em seu universo incomensurável, não poderiam, em sua totalidade, ser abrangidas por decisões de mérito definitivas ou provisórias do STF;
- 3) tal efeito vinculante poderá trazer graves prejuízos aos interessados, tendo em vista que a provisoriação convive com a possibilidade de revisão da decisão liminar; e
- 4) o efeito vinculante nas liminares em ADIN não substitui os efeitos e o alcance do “incidente de constitucionalidade” pretendido pela PEC nº 406, de 2001.

A propósito, vale citar uma das conclusões do professor de Direito Constitucional, ROGER STIEFELMANN LEAL (*in O EFEITO VINCULANTE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL*, Ed. Saraiva, 2006, pág.189). Diz ele:

*“As medidas cautelares proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal não apreciam propriamente a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do ato normativo questionado, mas apenas a plausibilidade jurídica da tese sustentada perante a Corte (*fumus boni juris*) e a iminência de danos de difícil reparação (*periculum in mora*). A precariedade do juízo cautelar traz graves inconvenientes para a vinculatividade dos fundamentos determinantes da decisão. O mero juízo de plausibilidade não se reveste da consistência exigida para que seja obrigatório aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Nesse sentido, seria conveniente a promoção de alterações nas Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99 com a finalidade de afastar a aplicação de efeito vinculante aos provimentos cautelares prolatados em controle abstrato de constitucionalidade.”*

Com este parecer complementar, confirmo o meu parecer anterior, no sentido de que as objeções levantadas não me convencem, *data venia*, da inadmissibilidade da PEC nº 406, de 2001, porquanto a proposição não viola normas pétreas previstas no § 4º do art. 60 da Constituição vigente.

As alegações apresentadas a favor da inadmissibilidade, ora são jurídicas mas não procedem, ora são questões de mérito, cuja competência para a apreciação caberá à Comissão Especial.

Reafirmo, assim, o meu voto pela admissibilidade da PEC nº 406, de 2001.

Sala da Comissão, em 10 de setembro de 2007.

Deputado ROBERTO MAGALHÃES
Relator