

2

Revista Jurídica da PRESIDÊNCIA

Brasília • Volume 1 • Número 2 • Jun. 1999

Centro de Estudos Jurídicos da Presidência
Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil
Presidência da República

Artigos

Incidente de Inconstitucionalidade: Uma proposta de alteração substancial do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

Gilmar Ferreira Mendes

Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República

Doutor em Direito pela Universidade de Münster

Na Revisão Constitucional de 1994, afigurou-se acertado introduzir-se o chamado "incidente de inconstitucionalidade", que permitiria fosse apreciada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os atos anteriores à Constituição, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral de Justiça e do Procurador-Geral do Estado, sempre que houvesse perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas. A Suprema Corte poderia, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão federal suscitada.

Referido instituto destinava-se a completar o complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, permitindo que o Supremo Tribunal Federal pudesse dirimir, desde logo, controvérsia que, do contrário, daria ensejo certamente a um sem-número de demandas, com prejuízos para as partes e para a própria segurança jurídica.

No substitutivo apresentado pelo Deputado Jairo Carneiro ao Projeto de Emenda Constitucional no 96/92 ("Emenda do Judiciário"), propunha-se a adoção do incidente de inconstitucionalidade, nos termos seguintes:

"Art. 107.

§ 5o Suscitada, em determinado processo, questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, e concorrendo os pressupostos do art. 98, § 1o, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no caput deste artigo, poderá processar o incidente e determinar a suspensão do processo, a fim de proferir decisão com efeito vinculante exclusivamente sobre a matéria constitucional."

Assim, mediante provocação de qualificados atores do processo judicial, a Corte Suprema ficaria autorizada a suspender os processos em curso e proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional.

Na nova versão do Relatório sobre a Reforma do Judiciário, apresentada pelo Deputado Aloysio Nunes Ferreira, reitera-se a idéia do incidente de inconstitucionalidade, tal como se pode ler no art. 103, parágrafo 5º, verbis:

Art. 103.....

Parágrafo 5º. O Supremo Tribunal Federal, a pedido das pessoas e entidades mencionadas no art. 103, de qualquer tribunal, de Procurador-Geral de Justiça, de Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado, quando for relevante o fundamento de controvérsia judicial sobre constitucionalidade lei, ato normativo federal ou de outra questão constitucional, federal, estadual ou municipal, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão, salvo para medidas urgentes, de processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão exclusivamente sobre matéria constitucional suscitada, ouvido o Procurador-Geral da República".

Ressalte-se de imediato que, a despeito da aparente novidade, técnica semelhante já se adota entre nós desde 1934, com a chamada cisão funcional da competência, que permite que, no julgamento da inconstitucionalidade de norma perante Tribunais, o Plenário ou o Órgão Especial julgue a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma, cabendo ao órgão fracionário decidir a espécie à vista do que restar assentado no julgamento da questão constitucional.

Sem dúvida, o incidente poderá ensejar a separação da questão constitucional para o seu julgamento, não pelo Pleno do Tribunal ou por seu Órgão Especial, mas, diretamente, pelo Supremo Tribunal Federal. Ao invés de cisão funcional no plano horizontal, tal como prevista no art. 97 da Constituição, ter-se-á uma cisão funcional no plano vertical.

Daí, o inevitável símile com a técnica consagrada nos modelos de controle concentrado de normas, que determina seja a questão submetida diretamente à Corte Constitucional toda vez que a norma for relevante para o julgamento do caso concreto e o juiz ou tribunal considerá-la inconstitucional (Cf., v.g., Constituição austríaca, art. 140, (1); Lei Fundamental de Bonn, art. 100, I, e Lei orgânica da Corte Constitucional, § 13, no 11, e § 80 s.).

Todavia, as diferenças são evidentes.

Ao contrário do que ocorre nos modelos concentrados de controle de constitucionalidade, nos quais a Corte Constitucional detém o monopólio da decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei, o incidente de inconstitucionalidade não altera, em seus fundamentos, o sistema difuso de controle de constitucionalidade, introduzido entre nós pela Constituição de 1891. Juízes e tribunais continuam a decidir também a questão constitucional, tal como faziam anteriormente, cumprindo ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, a uniformização da interpretação do Texto Magno, mediante o julgamento de recursos extraordinários contra decisões judiciais de única ou última instância.

A proposta apresentada pelo Deputado Aloysio Nunes Ferreira contém uma novidade específica em relação às propostas anteriores, pois permite que o próprio Tribunal eventualmente encarregado de julgar a questão constitucional, provoque o pronunciamento uniformizador do Supremo Tribunal Federal.

Nesse caso, ao invés de decidir a questão constitucional, na forma do art. 97, a Corte a quo poderá provocar um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Introduz-se, assim, modificação significativa no chamado "modelo incidental" de controle de constitucionalidade. Ao lado da possibilidade de declarar a inconstitucionalidade da lei, na forma do art. 97, poderá o Tribunal submeter a questão, diretamente, ao Supremo Tribunal Federal.

É fácil, pois, aqui uma aproximação maior entre o incidente de inconstitucionalidade e o chamado " processo de controle concreto" do sistema concentrado europeu.

Observe-se que, ao contrário do que ocorre no sistema europeu, que confere o monopólio de censura ao Tribunal Constitucional – e, portanto, obriga o juiz ou tribunal a encaminhar questão constitucional à Corte especializada –, o modelo proposto no Relatório Aloysio Nunes limita-se a facultar a submissão da controvérsia constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

Assinale-se que, caso a proposta venha a ser aprovada, o modelo difuso de controle de constitucionalidade sofrerá uma profunda alteração. É que o modelo permitirá uma maior concentração da decisão sobre questões constitucionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O incidente de inconstitucionalidade proposto oferece ainda solução adequada para a difícil questão do controle de constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Federal. Os embaraços que se colocam à utilização da ação direta de inconstitucionalidade contra a lei municipal perante o Supremo Tribunal Federal, até mesmo pela impossibilidade de se apreciar o grande número de atos normativos comunais, poderão ser afastados com a introdução desse instituto, que permitirá ao Supremo Tribunal Federal conhecer das questões constitucionais mais relevantes provocadas por atos normativos municipais.

A eficácia erga omnes e o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos hão de fornecer a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades comunais.

Essa solução é superior, sem dúvida, a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.

Outra virtude aparente do instituto reside na possibilidade de sua utilização para solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição. Aprovado o referido instituto, passará o ordenamento jurídico a dispor também de um instrumento ágil e célere para dirimir, de forma definitiva e com eficácia geral, as controvérsias relacionadas com o direito anterior à Constituição que,

por ora, somente podem ser veiculadas mediante a utilização do recurso extraordinário, cuja decisão tem eficácia limitada às partes envolvidas no processo.

Por último, convém ressaltar a importância da inovação contida no aludido instituto, que permite a instauração do incidente não apenas em relação a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, mas também em relação à interpretação constitucional.

Salário-Maternidade e Não Discriminação da Mulher

Ives Gandra da Silva Martins Filho
Subprocurador-Geral do Trabalho
Assessor Especial da Casa Civil da Presidência da República
Mestre em Direito Público pela UnB

Uma realidade vivenciada por muitas mulheres no mundo moderno é a discriminação que sofrem no mercado de trabalho, mormente em face da possibilidade de que se concretize uma das dimensões mais próprias do mundo feminino: a maternidade.

A Lei 9.029/95 foi um avanço em nosso país, ao penalizar todas as práticas discriminatórias contra a mulher, no que concerne à sua decisão de ser mãe. Assim, passaram a ser crimes a exigência, por parte da empresa, de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez, além da adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética ou promoção do controle de natalidade.

Se, por um lado, as medidas tendentes a impôr ao empregador um obrigação de não fazer em relação à mulher têm se mostrado eficazes na proteção de seu mercado de trabalho, por outro, a imposição de obrigações de fazer têm apresentado efeitos colaterais indesejáveis.

Com efeito, os encargos sociais instituídos com a finalidade de proteger a mulher frente às exigências de caráter meramente produtivo do empregador, tais como a estabilidade provisória no emprego para a gestante e a licença-maternidade, têm gerado um efeito perverso de restringir, mais do que proteger, o mercado de trabalho da mulher. O próprio art. 7º, XXX, da Constituição Federal, ao estabelecer norma programática no sentido da proteção do mercado de trabalho da mulher, através de incentivos específicos a serem instituídos por lei, tem, na verdade, mais dificultado do que ajudado a mulher trabalhadora.

Para evitar esse efeito nocivo do protecionismo legal às custas do empregador, a Constituição Federal atribuiu à Previdência Social o encargo de arcar com a principal vantagem social conferida à mulher trabalhadora: o salário-maternidade, isto é, o salário integral da empregada durante o período de 120 dias em que estiver afastada do trabalho pelo nascimento de seu filho (art. 7º, XVIII, e 201, II).

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 20/98, que aprovou a reforma da Previdência Social, colocou como teto de qualquer benefício previdenciário o valor de R\$1.200,00 (art. 14). Dando cumprimento a essa orientação geral, o Ministério da Previdência e Assistência Social editou a Portaria nº 4.883/98, limitando a esse teto também o salário-maternidade. Ou seja, o salário da empregada gestante que ultrapassasse esse teto deveria ser pago pelo empregador.

A praxe adotada com base em tal Portaria começou a apresentar os efeitos funestos dessa orientação restritiva do salário-maternidade: considerável número de mulheres passou a sofrer restrições no emprego ao engravidarem ou contraírem matrimônio, diante da perspectiva do empregador ter que arcar diretamente com o salário do período de afastamento, além de ser obrigado a contratar novo empregado durante o período. Casos como o de empregada com salário de R\$4.000,00, passaram a representar R\$2.800,00 de pagamento do salário-maternidade diretamente pelo empregador.

A rigor, a medida restritiva atingiu apenas 5% da força de trabalho feminina, uma vez que 95% das mulheres empregadas recebe menos de R\$1.200,00. No entanto, em relação a esse universo restrito, a discriminação se tornou flagrante e, em termos de redução de custos para o Estado, o benefício não compensava a medida restritiva. O que se conseguiria seria apenas restringir o acesso da mulher ao mercado de trabalho melhor remunerado, não obstante já sofrer severas discriminações quanto à própria admissão ao emprego.

A constitucionalidade de tal orientação do Ministério da Previdência Social, calcada no próprio texto constitucional, foi contestada judicialmente através da ADIn nº 1.946-5-DF, cujo relator foi o Min. SYDNEY

SANCHES, na qual o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária e por unanimidade, decidiu, no dia 29 de abril, deferir a liminar postulada na ação para, dando ao art. 14 da EC nº 20/98 interpretação conforme ao texto constitucional vigente, reconhecer que a Previdência Social deve arcar integralmente com o benefício da licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição.

A decisão deixou claro que o salário-maternidade é nitidamente benefício previdenciário, pois atribuir parte do ônus do afastamento da gestante ao empregador é discriminar a mulher no mercado de trabalho, restringindo, ademais, sua liberdade de ter os filhos que quiser. É que, aplicado o art. 14 da Emenda ao salário-maternidade, estar-se-ia em conflito com o art. 5º, caput, e inciso I, da Constituição Federal, uma vez que se estaria promovendo a discriminação entre homens e mulheres na obtenção e manutenção do emprego.

Como é sabido, quanto maior o protecionismo legal em relação à mulher, que onere o empregador, maior será a restrição deste na contratação de mulheres. Assim, diante do conflito de normas constitucionais que se verificou, o Supremo veio a decidir qual a que deveria prevalecer, em hermenêutica sistêmica do texto constitucional, seguindo a lição de Min. FRANCISCO REZEK: "Penso que o Judiciário que se defronta com uma Constituição do gênero da nossa, terá uma responsabilidade não menos expressiva que aquela que a Corte Suprema americana enfrentou no final do século XVIII, ante um texto por demais discreto. Aqui, cuidar-se-á de fazer algo diverso, e que comporta pequenos traumatismos na sua própria execução. Em razão de contradições tópicas que o texto possa ostentar, a corte poderia ser levada a optar entre duas normas constitucionais, dizendo qual delas prevalece" ("Constituição Brasileira 1988 – Interpretações", Forense – 1988 – Rio, pg. 15).

Assim sendo, no debate travado em torno do salário-maternidade, coube ao Supremo Tribunal Federal defender a mulher no seu duplo direito fundamental: de trabalhar e ser mãe, tendo os filhos que quiser.

50 Anos da Lei Fundamental Alemã

Vital Moreira

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Acabam de celebrar-se os 50 anos da "Grundgesetz" [Lei Fundamental], a constituição alemã de 1949. É uma história de sucesso. Nasceu quatro anos depois da Guerra como lei constitucional provisória da parte da Alemanha então ocupada pelos aliados ocidentais. Nem sequer lhe deram o nome de constituição, mas sim o de Lei Fundamental. Tornou-se, porém, na constituição definitiva da República Federal Alemã, por efeito da criação dos dois Estados alemães, um na parte ocidental e outro na parte oriental, coincidente com a zona de ocupação soviética (a República Democrática da Alemanha). Com o desmoronamento do Muro de Berlim e da própria RDA, em 1989-90, e a consequente unificação alemã, a Lei Fundamental de 1949 tornou-se incontestadamente a constituição da nova República alemã.

Uma tal longevidade seguramente poucos augurariam dos que há 50 anos a redigiram e aprovaram. A que se deve esta fortuna da Lei Fundamental de 1949?

Desde logo à aprendizagem com as lições da República de Weimar (1919-1933) e da sua morte às mãos do nazismo. A constituição de Weimar de 1919 fora ela mesma uma constituição modelo, a "mãe de todas as constituições" de entre as duas guerras, como alguém afirmou na altura. A ela se deve a constitucionalização dos direitos sociais e da economia ("constituição económica"). Foi ela que pela primeira vez ensaiou um compromisso entre o sistema de governo parlamentar, com responsabilidade do Governo perante o Parlamento, com um Presidente da República directamente eleito, dotado de importantes poderes institucionais próprios. Mas algumas das suas soluções acabaram por favorecer a instabilidade política da República de Weimar e a tomada do poder por Hitler.

É a essa luz que se explicam algumas das instituições da Lei Fundamental de Bona de 1949. É o caso da opção por um parlamentarismo racionalizado, com garantia de estabilidade governamental, sobretudo por intermédio da "moção de censura construtiva", que só permite o derrube de um governo desde que com a aprovação simultânea de um governo alternativo. É o caso da cláusula barreira dos cinco por cento, que veda a eleição de deputados por pequenos partidos extremistas e que assim impede a pulverização parlamentar. É o caso da interdição dos partidos anticonstitucionais, que permitiu a ilegalização do partido comunista alemão e do partido neonazi. É o caso do afastamento da eleição directa do Presidente da República, bem como do referendo, considerados como instrumentos propiciatórios do poder plebiscitário. É o caso da cuidada garantia dos direitos fundamentais, sobretudo por meio de um Tribunal Constitucional, directamente apelável pelos cidadãos mediante o mecanismo da "queixa constitucional", em caso de violação dos seus direitos.

Meio século depois da sua aprovação, a Lei Fundamental da "República de Bona" torna-se a Constituição da Alemanha reunificada, de novo com a capital em Berlim. Coincidentemente os 50 anos ocorrem justamente na altura da transferência da capital para a velha capital prussiana. E o Reichstag, o velho parlamento, também, ele renovado, que foi palco das desventuras da República de Weimar, torna-se a sala de visitas da nova "República de Berlim". É um novo capítulo na vida da Lei Fundamental que se abre. E nada indica que seja menos venturoso do que o anterior.

Mais importante, a Constituição alemã tem exercido uma influência incomparável fora de fronteiras. Não existe constituição europeia elaborada nas últimas décadas que não tenha colhido soluções na constituição alemã. Isso é evidente desde logo na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978. Mas tornou-se uma verdadeira vaga com as novas constituições dos países do Leste europeu, nascidas da transição democrática de há dez anos e da fragmentação da União Soviética. A Grundgesetz tornou-se um dos mais apreciados artigos alemães de exportação. E isso não se deve somente à influência da doutrina jurídica alemã em muitos países europeus, desde a Península Ibérica à Rússia, mas sim às virtudes intrínsecas da Lei Fundamental.

Na história constitucional europeia nenhuma constituição terá exercido tão profunda e duradoura influência. E a nível mundial seguramente só a Constituição americana supera a sua expressão referencial e a sua

influência externa. Com uma diferença. É que a Constituição americana tem tido numerosas tentativas de imitação, sobretudo na América Latina, mas poucas são as que vingaram duradouramente. Ao invés, a Constituição alemã, juntamente com a Constituição francesa de 1958, noutra registo ainda assim menos influente, tem sido o principal modelo daquilo a que podemos chamar uma matriz constitucional europeia, baseada nos princípios da liberdade política, da democracia parlamentar, do Estado de direito e do Estado social.

Não admira por isso que quando se fala numa futura constituição da União Europeia o padrão da Lei Fundamental alemã seja um obrigatório ponto de referência.

Hipoteca Judiciária

(benefício legal em favor do vencedor em ação condenatória)

Cláudio Teixeira da Silva
Assessor-Chefe do Procurador-Geral da República

O Código de Processo Civil vigente, em seu art. 466, disciplina matéria que, embora existisse já na legislação processual civil revogada, não vem merecendo dos advogados maiores atenções, confirmado esse fato pela carência de decisões dos órgãos jurisdicionais sobre o tema. Trata-se da hipoteca judiciária, que, mesmo antes do trânsito em julgado de decisão condenatória, pode onerar bens¹ imóveis e móveis sujeitos à hipoteca de propriedade do vencido².

Consiste a hipoteca judiciária em efeito secundário ou anexo da sentença ou acórdão que condena a parte ao pagamento de uma prestação em dinheiro ou em coisa. Significa dizer: a decisão constitui título suficiente para que o vencedor da demanda venha a ter contra o vencido, e sobre seus bens imóveis e certos móveis, direito real de garantia, desde que realizada a inscrição da hipoteca judiciária no cartório de registro de imóveis, que deve ser ordenada pelo juiz através de expedição de mandado em atenção a requerimento de especialização dos bens feito pela parte favorecida pela decisão condenatória. Por isso, pode-se afirmar que não se exige, para a sua instituição, que a parte a requeira, nem tampouco que o órgão jurisdicional sobre ela decida. Institui-se a hipoteca judiciária – e, conseqüentemente, nasce para o vencedor a faculdade de fazê-la inscrever – ex vi legis, pelo só fato da publicação da decisão do magistrado ou do Tribunal.

Para que a hipoteca judiciária seja constituída como direito real de garantia - o que ocorre com a sua inscrição no cartório de registro de imóveis³ -, faz-se necessário requerimento de expedição de mandado dirigido ao juiz formulado pela parte vencedora, no qual, obrigatoriamente, constará a descrição do bem específico a ser onerado, cujo valor deverá equivaler ao quantum debeatur fixado na decisão judicial, ou, quando esta for genérica, ao montante aproximado a que vier porventura fazer jus o vencedor. Esse pedido de especialização é o que basta para que o juiz expedir mandado determinando a inscrição da hipoteca judiciária em favor do requerente.

A hipoteca judiciária - frise-se, efeito anexo à decisão - não se confunde com pedido de natureza cautelar. O órgão julgador não perquirirá a presença de periculum in mora e nem tampouco realizará nenhum juízo cognitivo sobre a matéria. Presentes os requisitos objetivamente fixados pelo Código de Processo Civil, fica o magistrado obrigado a expedir o mandado de inscrição da hipoteca judiciária. Sobre o tema, assim escreve o Ovídio A. Baptista da Silva:

*"Interessa-nos, nessa passagem de Pontes de Miranda, acima de tudo, ressaltar, com a maior veemência, dois fatos decisivos para a compreensão da tutela cautelar: a) quando o autor se refere à hipoteca judicial, como forma de proteção, eventualmente, de segurança, apressa-se a dizer que tal garantia desde o Código revogado transformara-se em efeito da sentença. Essa transformação importa, necessariamente, em que tal proteção deixe de ser cautelar, precisamente porque sua ocorrência é inexorável, em virtude da sentença (efeito anexo), e, pois, dispensa qualquer temor de dano irreparável. Haja ou não periculum in mora, a hipoteca judiciária pode ser pedida e deve ser concedida, uma vez satisfeitos os pressupostos do art. 466 do Código de Processo Civil"*⁴.

Também não guarda semelhança a espécie de hipoteca ora examinada com a execução provisória. Preceitua o art. 466, inciso III, do Código de Processo Civil que a sentença condenatória produz a hipoteca judiciária "ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença". Vê-se, pois, que a lei expressamente distinguiu os dois institutos, de forma que o vencedor da demanda pode, simultaneamente, requerer a inscrição da hipoteca judiciária e a execução provisória do julgado, ou requerer somente uma das duas, ou, ainda, não requerer nenhuma delas.

Essa distinção legal tem importância pragmática relevante, pois freqüentemente os órgãos jurisdicionais vêm exigindo do requerente de inscrição de hipoteca judiciária, para deferi-la, a prestação de caução. Tal exigência se afigura ilegal não só em face do disposto no art. 466, inciso III, do Código de Processo Civil, mas também porque a hipoteca judiciária não tem por finalidade a expropriação, mesmo que provisória, dos bens do vencido. Ora, se na "execução provisória, enquanto o executado não sofre ameaça de perda da posse ou domínio dos bens penhorados, não se torna exigível a caução"⁵, por certo também não se pode exigir tal prestação da parte que requer a inscrição da hipoteca judiciária, que visa a "resguardar o interessado de eventual e futura fraude"⁶.

Importante analisar ainda, mesmo que de forma abreviada, a relação existente entre a regra inscrita no art. 273 do Código de Processo Civil e a hipoteca judiciária prevista no art. 466 do mesmo diploma legal.

Com a entrada em vigor da Lei nº 8.952/94, o nosso ordenamento jurídico passou a admitir pedido do autor de ação de conhecimento objetivando a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional que lhe seria conferida somente por meio da decisão final de mérito. Esse instituto, denominado de tutela antecipada ou antecipação da tutela, encontra-se positivado no Código de Processo Civil, em seu art. 273, cujo caput dispõe que o "juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial".

Ora, se a hipoteca judiciária é efeito secundário da decisão que condena o vencido no pagamento de dinheiro ou de coisa, pode o autor da ação cuja pretensão consiste naquela espécie de tutela jurisdicional requerer ao juiz da causa a antecipação de tutela visando, justamente, à instituição da hipoteca judiciária sobre bens do réu. Se deferido o requerimento, porque presentes os pressupostos legais para tanto, estaria o órgão jurisdicional antecipando efeito secundário de eventual decisão condenatória, como permitido pelo referido art. 273, caput, do Código de Processo Civil.

Parece-nos inegável que a hipoteca judiciária é instituto assegurado estabelecido pela lei em favor da parte vencedora, na medida em que representa garantia de satisfação do crédito na fase de execução do título judicial. Não se deve olvidar que a inscrição de hipoteca judiciária também tem a importante função de forçar o vencido a cumprir a sua obrigação antes do trânsito em julgado da decisão que o condenou, evitando, assim, a utilização da máquina judiciária inutilmente e o pagamento de despesas mais elevadas decorrentes do prosseguimento do processo de conhecimento e de futura ação de execução.

Aspecto interessante da hipoteca judiciária, pouco estudado pelos doutos que se dispuseram a examinar o tema, é o relativo ao órgão competente para determinar a sua inscrição no cartório de registro de imóveis.

Como antes firmado, a hipoteca judiciária é efeito anexo da decisão condenatória que determina o pagamento de uma prestação em dinheiro ou em coisa, instituída, por força de lei, no momento da publicação da sentença ou acórdão. Alcança, antes do trânsito em julgado do decisum, tanto os bens imóveis como determinados móveis sujeitos à hipoteca de propriedade do vencido. Temos, então, que o mandado do juiz determinando a inscrição da hipoteca judiciária tão-somente especializa sobre determinado bem aquilo que já estava instituído na decisão ex vi legis. Daí dizer-se que o magistrado não decide nenhum ponto controvertido (=questão) e, conseqüentemente, que o vencido não sucumbe relativamente à matéria.

Posta a questão nestes termos – a hipoteca judiciária é efeito secundário da decisão judicial condenatória e, portanto, não comporta discussão no processo no qual ficou instituída por força de lei – forçoso concluir que o órgão competente para determiná-la é aquele investido no poder-dever de presidir o feito.

Quando o processo ainda está em primeiro grau de jurisdição, naquele período compreendido entre a decisão condenatória e o recebimento da apelação pelo juízo a quo, maiores dúvidas não surgem, eis que, com certeza, é o juiz prolator da decisão condenatória o órgão competente para expedir o mandado de inscrição de hipoteca judiciária.

Idêntico entendimento deve ser esposado na hipótese de estar pendente o julgamento de embargos de declaração, porquanto o juiz prolator da decisão embargada ainda está no exercício da atividade jurisdicional quanto ao feito.

Todavia, se o juízo de origem já esgotou a sua atividade jurisdicional na causa, não mais poderá ele determinar a inscrição da hipoteca judiciária, competindo, neste caso, ao relator designado tornar efetivo aquilo que a lei conferiu ao vencedor na instância originária, ou seja: o direito de gravar determinado bem da parte adversa com a inscrição de hipoteca judiciária. Aqui, não há falar em supressão de instância ou em cerceamento de defesa, pois - repise-se - a instituição de hipoteca judiciária opera-se por imperativo legal, como efeito anexo do decisum, e independe de pedido da parte ou de decisão do magistrado.

Cumprido referir-se, ainda, ao caso de estar a apelação naquele período situado entre a sua subida para o

Tribunal e a sua distribuição a um relator. Aqui, a nosso ver, o órgão competente para determinar a expedição de hipoteca judiciária será o Presidente da Corte, porquanto, por um lado, o juízo a quo já não pode mais praticar atos no processo, porque encerrada, para o caso, a sua função jurisdicional, e, de outro, ainda não existe relator designado, apesar de o Tribunal já ser o órgão jurisdicional competente para processar e julgar o feito.

Finalmente, resta apreciar a hipótese de estar pendente recurso extraordinário ou especial. Se ainda não realizado o juízo de admissibilidade do recurso, caberá ao Presidente do Tribunal de origem determinar a inscrição da hipoteca judiciária, porquanto o relator do acórdão recorrido já terá cumprido por inteiro a sua função jurisdicional, cabendo àquele, que ainda deverá se pronunciar no processo e que o está presidindo, dar efetividade ao direito da parte vencedora. Entretanto, levado a efeito o juízo de admissibilidade, não mais será competente nenhum órgão do Tribunal de origem para expedir o mandado de inscrição, competindo aos órgãos do Tribunal ad quem deferir o requerimento de inscrição de hipoteca judiciária, na forma como anotado linhas atrás.

Diante dessas breves considerações, podemos asseverar que a hipoteca judiciária afigura-se como importante e salutar efeito das decisões condenatórias ao pagamento de prestação em dinheiro ou em coisa, posta à disposição da parte vencedora para fazer valer o seu direito de crédito contra a parte vencida. Impõe-se aos advogados utilizarem em benefício de seus patrocinados esse instituto processual, como forma de garantir-lhes a efetivação de seus direitos. Necessário, também, que os magistrados não tenham o temor - justificado pela ausência de decisões sobre o tema - de expedirem mandados de inscrição de hipoteca judiciária quando requerida de forma precisa, com observância de todos os requisitos exigidos pela lei.

1 Como adverte CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, valendo-se da doutrina de PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, "não tem cabimento a hipoteca de bens futuros" (Instituições de Direito Civil, Vol. IV, Forense, 8ª ed., p. 255). Isso não significa, no entanto, que os bens que venham a ser incorporados ao patrimônio do vencido após a prolação da decisão condenatória e antes de seu trânsito em julgado não possam ser gravados com hipoteca judiciária.

2 Importante lembrar que a decisão condenatória proferida contra a Fazenda Pública não tem como efeito secundário a instituição de hipoteca judiciária, pois os bens públicos não podem ser gravados com direito real de garantia.

3 "Enquanto não inscrita, a hipoteca não passa de crédito pessoal, porque subsistente apenas inter partes. Depois de inscrita, vale erga omnes: direito real" (Caio Mário da Silva Pereira, op. cit., p. 264).

4 A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro, Forense, 4ª ed., p. 216/217.

5 RSTJ 71/188.

6 Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, RT, 3ª ed., p. 675, nota 1 ao art. 466.

O controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias

Gilmar Ferreira Mendes

Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República

Doutor em Direito pela Universidade de Münster

1. Considerações Preliminares

Nenhuma dúvida subsiste sobre a admissibilidade do controle abstrato em relação às medidas provisórias. O Supremo Tribunal Federal tem concedido inúmeras liminares com o propósito de suspender a eficácia dessas medidas enquanto ato dotado de força normativa, ressaltando, porém, a sua validade enquanto proposição legislativa suscetível de ser convertida ou não em lei.

Não se questiona, diante da jurisprudência tradicional do Tribunal que, rejeitada expressamente a medida provisória ou decorrido in albis o prazo constitucional para sua apreciação pelo Congresso Nacional, há de se ter por prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade.

Igualmente pacífico se afigura o entendimento segundo o qual "não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade material de medida provisória a sua intercorrente conversão em lei sem alterações, dado que a sua aprovação e promulgação integrais apenas lhe tornam definitiva a vigência, com eficácia ex tunc e sem solução de continuidade, preservada a identidade originária do seu conteúdo normativo, objeto da arguição de invalidade".

Não parece, todavia, isenta de dúvida a jurisprudência que entende prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade em decorrência da aprovação da medida provisória com alterações, considerando inadmissível até o eventual aditamento da inicial para os fins de adequação do pedido originariamente formulado à nova conformação do texto normativo.

As medidas provisórias não se confundem com as leis temporárias exatamente porque suas disposições são dotadas de pretensão de definitividade e destinam-se a ser mantidas sob a forma de lei. Em outros termos, precária é apenas a medida provisória enquanto ato normativo; as disposições dela constantes estão vocacionadas a uma vigência indeterminada.

Relevante, portanto, para o processo de controle de normas, não é saber se determinada medida provisória foi aprovada com alteração, mas sim se essas modificações alteraram, substancialmente, o objeto da ação instaurada, de modo a afetar a sua própria existência.

É fácil ver que a aprovação de medida provisória com simples alteração formal do texto originário não deveria suscitar maiores problemas no juízo abstrato de normas, uma vez que restaria íntegro e plenamente válido o pedido formulado, sendo facultado ao Tribunal, se entender devido, requerer novas informações junto ao Poder Executivo, bem como solicitar as informações do Congresso Nacional. As manifestações da Advocacia-Geral da União e do Procurador-Geral da República, se já verificadas, poderiam ser, igualmente, aditadas sem nenhum prejuízo para a ordem processual.

Evidentemente, se a medida provisória for aprovada com alterações de tal monta que importem mesmo na derrogação da disposição normativa impugnada, nada mais resta senão proceder-se à extinção do processo.

Ao contrário, subsistente, na sua essência, a disposição que deu ensejo à propositura da ação, não deve o feito ser extinto, porque resta íntegra a pretensão formulada legitimamente por um dos titulares do direito de propositura, inexistindo solução de continuidade no plano de vigência das normas.

Assim, se o art. 1º da Medida Provisória x continua a vigorar, na sua essência, como art. 1º ou como art. 2º da Lei y, não há que se cogitar de derrogação ou ab-rogação.

Dúvidas poderiam surgir se o texto impugnado da Medida Provisória fosse aprovado com significativas alterações de forma ou de conteúdo.

Como explicitado, as modificações de índole formal não parecem aptas a afetar a existência do processo de controle abstrato, instaurado com o objetivo de aferir a legitimidade de determinada disposição em face da Constituição, não devendo assumir, por isso, maior importância o fato de a disposição ter sido aprovada como art. 4º da Lei y e não como art. 1º, tal como proposto na medida provisória. Da mesma forma, alterações redacionais não devem levar ao entendimento de que se cuida agora de uma outra norma, que, por isso, deve ter a sua constitucionalidade aferida em novo processo.

A questão poderia merecer disciplina legislativa específica tendente a superar o problema, com a autorização para que o Tribunal conhecesse da ação em semelhantes casos, sempre que se não pudesse afirmar que, no processo de conversão em lei, a disposição impugnada constante da medida provisória sofreu alterações que afetaram profundamente a sua própria identidade.

Assim, ficaria o Tribunal legitimado a aferir a legitimidade e, eventualmente, a declarar a inconstitucionalidade também de disposição incorporada ao texto da lei em que se converteu a medida provisória, desde que houvesse identidade fundamental entre a disposição originalmente impugnada e o texto normativo constante da lei.

A propósito, mencione-se que, nos termos do § 78 da Lei do Bundesverfassungsgericht, está o Tribunal autorizado a estender a declaração de inconstitucionalidade "a outras disposições da mesma lei", entendida a expressão não apenas como autorizativa de pronúncia de nulidade em relação a outros dispositivos da mesma lei, mas também a disposições semelhantes que alterem ou derroguem o texto impugnado.

Orientação semelhante poderia ser adotada entre nós, tendo em vista sobretudo a necessidade de solver o problema – indubitavelmente sério – do controle de constitucionalidade abstrato das medidas provisórias.

2. Cautelar e Medida Provisória

No prazo constitucional estabelecido para a vigência da medida provisória (trinta dias) é praticamente impossível uma decisão definitiva sobre a constitucionalidade desse tipo de ato normativo.

O Supremo Tribunal Federal tem concedido liminares contra determinadas medidas provisórias, ressaltando que, ante a sua característica ambivalente (ato com força de lei e projeto de lei), a medida cautelar destina-se tão-somente a retirar a força normativa do ato normativo em referência.

Caberia, portanto, ao Congresso Nacional apreciar a medida provisória enquanto simples projeto de lei.

Essa orientação tem permitido que o Executivo promova a reedição de medidas provisórias que já tiveram o seu conteúdo parcial ou totalmente suspenso por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Evidentemente, esse déficit acaba provocando grande desconforto, permitindo que atos que sofreram uma explícita censura, ainda que em sede de cautelar, continuem a vigorar no ordenamento jurídico.

Numa tentativa de minimizar os problemas decorrentes da reedição da medida provisória impugnada em sede de ação direta, tem o Supremo Tribunal Federal admitido que se proceda a um pedido de aditamento, de modo que se permita o prosseguimento de ação e a extensão dos efeitos da cautelar eventualmente concedida.

De legenda ferenda, recomenda-se a adoção de um procedimento sumário que permita ao Tribunal decidir definitivamente a controvérsia constitucional dentro de um prazo razoável sem a necessidade de concessão de cautelar.

O Projeto de Lei elaborado por Comissão de Juristas, sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (Projeto de Lei no 2960) contém proposta de texto normativo que estabelece um procedimento sumário para o julgamento de determinadas questões, como se pode ler no art. 12 da proposta, verbis:

"Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação".

Embora não se destine exclusivamente à hipótese de julgamento da constitucionalidade de medida provisória, é certo que a aplicação desse "procedimento sumário" poderá obviar uma série de dificuldades relacionadas com a cautelar que suspende a vigência de uma medida provisória.

Esse entendimento parece encontrar respaldo no próprio desenvolvimento doutrinário desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal. É o que se pode ler, v.g., na seguinte passagem do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, verbis:

"Ao enfrentar, pela primeira vez, uma ação direta contra uma medida provisória – ADIn no 162, relativa à prisão temporária -, observei que, sob pena de frustrar-se a jurisdição constitucional do Supremo sobre a medida provisória, particularmente em relação às arguições, contra a sua validade formal, seria inevitável que, muitas vezes, no julgamento dos pedidos cautelares, se aprofundasse a cognição do mérito da arguição muito além da deliberação normal nos juízos liminares".

Se se afigura necessário proceder a um exame mais aprofundado do mérito, parece de todo recomendável que o Tribunal adote um modelo de procedimento sumário que permita o julgamento definitivo da controvérsia, tornando dispensável a discussão da matéria em sede de cautelar.

3. Cautelar e Aditamento da inicial

Embora o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não contemple, expressamente, a possibilidade de alteração na petição inicial, a jurisprudência do Tribunal reconhece a possibilidade de aditamentos ou emendas à inicial.

As medidas provisórias suscitam problema específico, uma vez que, aprovadas dentro do prazo de 30 dias, são convertidas em lei, não raras vezes, com alterações significativas de forma e de fundo.

O Supremo Tribunal Federal vinha considerando inadmissível o prosseguimento de ação proposta contra a medida provisória mediante simples aditamento da inicial.

Foi o que se decidiu na ADIn no 258, da relatoria do Ministro Celso de Mello, como se depreende de passagem da ementa:

"A lei de conversão, derivada de medida provisória objeto de ação direta de inconstitucionalidade, tendo operado alterações profundas no conteúdo material desse ato normativo editado pelo Presidente da República, constitui espécie jurídica diversa, não podendo ser impugnada na mesma ação, mediante simples aditamento da inicial".

Essa orientação afigura-se duvidosa do prisma do processo e da dogmática constitucional, porquanto rejeita a possibilidade de continuação do processo pelo fato de a medida provisória ter sido convertida em lei, sem que tenha havido solução de continuidade ou interrupção – e, portanto, mudança substancial – no plano de vigência do ato normativo.

Da mesma forma, parece inconsistente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que exige o pedido de aditamento da inicial para prosseguimento do processo e julgamento de ADIn proposta contra medida provisória reeditada ou reproduzida sucessivas vezes.

Se o Tribunal admite a reedição como legítima, inclusive para fins de contagem do prazo para exigência da contribuição social (CF, art. 195, § 6o), não se afigura compreensível que, para o efeito do julgamento da subsistência ou não do processo, faça a questão depender da iniciativa continuada do requerente, que se vê obrigado a apresentar repetidos aditamentos em face das sucessivas reedições das medidas provisórias.

Assim, se passasse a entender que, deferida a liminar, restaria suspenso o conteúdo normativo da medida provisória (medida provisória enquanto ato normativo), independentemente das múltiplas reedições, o Tribunal prestaria um grande serviço ao próprio requerente, que ficaria desobrigado de reiterar sucessivas vezes o pedido de aditamento de inicial. Da mesma forma, não tendo ocorrido o julgamento do pedido de liminar dentro do prazo de vigência da medida provisória, poderia o Tribunal dele conhecer, quando da reedição, independentemente de qualquer aditamento.

Com isso, exonerar-se-ia o requerente da ADIn do dever de protocolar sucessivos pedidos de aditamento em relação a objeto normativo idêntico.

A jurisprudência atualmente em vigor provoca um outro efeito igualmente danoso para a credibilidade do sistema.

O requerente da ADIn pode-se valer do não-aditamento da inicial para "desistir" da ação, especialmente se não obteve a liminar ou, se, no julgamento desta, colheu sinais inequívocos de que não logrará êxito na decisão definitiva. Ao considerar "prejudicada" a ADIn pela reedição sem a apresentação do aditamento, o Tribunal está a provocar exatamente o resultado desejado pelo requerente, que, com sua inércia, busca desistir da ação direta cujo desfecho agora se lhe afigura desfavorável.

Portanto, a atual orientação do Supremo Tribunal Federal dá azo a que o requerente desista da impugnação depois de ter colhido o indeferimento do pedido de liminar.

Se se entender que o tema merece uma disciplina legal específica, propõe-se seja acrescentado ao Projeto de Lei no 2960, que dispõe sobre o controle abstrato de normas no âmbito do STF, a seguinte disposição:

"Art. 5º Alterada substancialmente disposição de medida provisória objeto de ação direta de inconstitucionalidade, deverá o requerente solicitar imediatamente o aditamento da inicial, sob pena de arquivamento da ação.

Parágrafo único. O processo relativo a ação direta de inconstitucionalidade contra disposição de Medida provisória reeditada ou convertida em lei, sem alteração substancial, prosseguirá independentemente de pedido de aditamento".

Referida proposta permite superar tanto o problema da medida provisória alterada substancialmente no curso da ação direta quanto aquele outro, referente à medida provisória objeto de sucessivas reedições sem alteração substancial.

De qualquer forma, afigura-se recomendável que se altere a orientação hoje dominante, admitindo-se o prosseguimento da ADIn contra medida provisória reeditada ou convertida em lei, desde que a reedição ou a conversão não introduza alterações que afetem a substância da decisão de caráter normativo contida na medida provisória impugnada.

O aditamento da inicial somente seria exigido para aqueles casos em que se operou uma alteração substancial de conteúdo normativo no contexto da reedição das medidas provisórias ou de sua conversão em lei.