

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Vagner dos Santos Malaquias

Presidente Prudente/SP

Outubro / 2003

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Vagner dos Santos Malaquias

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Edson Freitas de Oliveira.

Presidente Prudente/SP

Outubro / 2003

EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Edson Freitas de Oliveira
Orientador

Sérgio Tibiriçá Amaral
Examinador

Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior
Examinador

Presidente Prudente, 02 de dezembro de 2003.

A Constituição sobrepõe-se à entidade central, às componentes, aos próprios indivíduos e a todos os órgãos do Estado. A subordinação é que é igual. Todos são igualmente subordinados à Constituição. No momento em que a guarda da constituição decide, é o povo mesmo que se pronuncia.

(Pontes de Miranda)

AGRADECIMENTOS

*Sobretudo a **Deus**, que sempre me guiou, me amparou e me fortaleceu nos momentos de maior dificuldade em minha vida.*

*A **meus familiares e amigos próximos**, que pacientemente me suportaram durante esses cinco anos de vida acadêmica, pela crença e incentivo.*

*Ao **Bruno**, pelas horas que lhe subtrai de meu convívio e atenção, que mesmo em sua inocência, sem poder entender ainda “porque o tio fica tanto tempo no computador”, por diversas vezes aceitou ir brincar sozinho.*

*Aos professores **Edson Freitas, Sérgio Tibiriçá e Jesualdo**, pela incansável atenção dispensada nas discussões que me enriqueceram a compreensão do fenômeno jurídico e pela transposição do campo de mestres para o de amigos.*

RESUMO

O presente estudo analisa uma das formas de defesa da Carta Magna brasileira contra leis que possam violar sua condição de Supremacia. É através do controle de constitucionalidade que se busca impedir a entrada ou a permanência no ordenamento jurídico de normas inconstitucionais. O autor analisa a forma concentrada, exercida por um tribunal, de controle da constitucionalidade das leis no Brasil.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, a análise cinge-se às inovações que esse modelo de controle percebeu no Brasil, com a promulgação da lei 9868/99, que veio regulamentar o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, instrumentos processuais de combate à violação da supremacia da Lei Maior. A inovação alarga consideravelmente os poderes conferidos ao órgão responsável pelo julgamento da constitucionalidade das leis no Brasil e é sobre os efeitos dessas decisões que o autor se propôs a estudar essa missão conferida ao Supremo Tribunal Federal, que ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei pode agora determinar a retroatividade ou não dos efeitos dessa decisão. Além disso, a nova lei estabelece o efeito vinculante, que se consubstancia na impossibilidade de outros juizes ou tribunais julgarem de forma diferente do que fora decidido pelo Supremo.

O estudo concluiu pelo acerto do legislador em conferir uma maior flexibilidade aos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, que pode, a partir da nova lei, determinar seja ela *ex tunc* ou *pro futuro*.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade; Constituição; inconstitucionalidade; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present study analyzes one of the ways to defend the Brazilian Federal Constitution against laws that can violate its condition of supremacy. It is through the constitutionality control that it has been prevented the entrance or the permanence of unconstitutional laws in the legal system. The author analyzes the collected method, practiced by a court, of controlling the constitutionality of the laws in Brazil.

Without the pretension to exhaust the subject, the analysis is limited to the innovations that this model of control has undergone in Brazil, with the promulgation of the law 9868/99, which came to regulate the proceeding and judgment of the direct actions of unconstitutionality and the declaratory actions of constitutionality. These are procedure instruments of preventing the breaking of the Highest Law's sovereign power. The innovation has widened up considerably the power given to the chamber responsible for the law constitutionality's judgment in Brazil and it is on the effect of these decisions that the author considered to study this mission given to the Supreme Federal Court, that can now determine the retroactivity or not of the decision's effect when declaring the unconstitutionality of a law. Moreover, the new law establishes the binding effect, which becomes materialized in the impossibility of other judges or courts to determine a different judgment about what had already been adjudicated by the Supreme Court.

The study concluded that the legislator was right in giving a wider flexibility to the effect of the declaratory decision of unconstitutionality by the Supreme Federal Court, which may, from the edition of the new law, to determine if the decision is either *ex tunc* or *pro futuro*.

Keywords: Control of constitutionality; Constitution; unconstitutionality; Supreme Federal Court.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	9
1 A CONSTITUIÇÃO COMO LEI FUNDAMENTAL.....	11
1.1 Constituição rígida e flexível.....	12
1.2 Constituição codificada e não codificada	14
1.3 Constituição em sentido material e formal	16
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	18
2.1 Conceito e espécies de inconstitucionalidade	19
2.1.1 Inconstitucionalidade formal e orgânica ou material	21
2.1.2 Inconstitucionalidade total ou parcial	22
2.1.3 Inconstitucionalidade por ação e por omissão	23
3 DIREITO COMPARADO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ALGUNS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	25
3.1 O modelo inglês de ausência de fiscalização	25
3.2 O modelo alemão de fiscalização	25
3.3 O modelo americano de fiscalização	27
3.4 O modelo francês de fiscalização	28
3.5 O modelo austríaco de fiscalização	29
4 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	31
5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	39
5.1 Controle preventivo.....	39
5.2 Controle repressivo.....	41
5.3 Controle político e controle judicial.....	42
5.4 Considerações acerca do controle jurisdicional pela via difusa	43
6 CONTROLE JURISDICIONAL PELA VIA CONCENTRADA	50
6.1 A ação direta interventiva (da União nos Estados)	52
6.2 A ação direta de inconstitucionalidade - ADIN	54
6.3 A ação declaratória de constitucionalidade - Adecon.....	60
6.3.1 Aspectos históricos da Adecon	60
6.3.2 A constitucionalidade da emenda 03/93	61
6.3.3 A ação declaratória e o universo se sua aplicação	65
6.4 A Inconstitucionalidade por omissão	67
6.4.1 Constituição e modelo de Estado	67
6.4.2 O modelo de Estado adotado no Brasil e a aplicabilidade das normas constitucionais	69
6.4.3 A inconstitucionalidade por omissão na Constituição de 1988	71

6.4.4 O mandado de injunção	73
6.4.5 Efeitos da decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão	75
6.4.6 Efeitos da decisão no mandado de injunção.....	77
6.5 A argüição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF.....	79

7 O EFEITO VINCULANTE E A EFICÁCIA TEMPORAL DAS DECISÕES NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	87
7.1 Da inconstitucionalidade da Lei 9868/99	87
7.2 O efeito vinculante das decisões	88
7.3 A eficácia temporal da decisão que declara a inconstitucionalidade...96	
8 CONDIDERAÇÕES FINAIS	106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	109
ANEXOS.....	113

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A aceitação geral de que a Constituição é uma Lei Suprema, onde todas as demais normas devem com ela guardar similitude, onde não há espaços para que outras leis ou atos normativos com ela incompatíveis sobrevivam validamente em um sistema jurídico, nos conduz à necessidade de instituir um controle de normas, de modo a combater a ocorrência de violações a essa regra de hierarquia.

É necessário a existência de mecanismos aptos a analisar a compatibilidade ou não de uma lei ou ato normativo face à Constituição, e, quando reconhecida essa incompatibilidade, impedir a entrada em vigor, ou, caso já existente, expurgar do ordenamento a lei ou ato normativo tido por transgressor da Lei Maior.

Essa fiscalização da validade das leis é realizada através do controle de constitucionalidade, que se dá nas formas preventiva, onde se examina a validade da lei antes mesmo de sua entrada em vigor, e repressiva, onde, quando aquele primeiro controle (que no Brasil possui um caráter mais político do que jurídico) falha, busca-se expurgar do ordenamento a lei ou ato normativo que não deveria ter ingressado no sistema jurídico por apresentar o vício da inconstitucionalidade.

O controle preventivo é realizado no âmbito dos poderes legislativo, através das Comissões de Constituição e Justiça, e executivo, através do veto presidencial.

O controle repressivo é exercido no Brasil sempre pelo Poder Judiciário, através de duas formas, uma difusa e outra concentrada. Pela primeira, qualquer juiz ou Tribunal, ao analisar um caso concreto que lhe seja submetido, verificando a incidência de uma lei considerada por ele como inconstitucional, nega aplicabilidade a essa lei e aplica a Constituição; pela forma concentrada, onde o Supremo Tribunal Federal é o único órgão legitimado a julgar a constitucionalidade da lei ou ato normativo, analisa-se a validade da lei em si, independentemente da existência de um caso concreto *sub judice*.

Pois bem, o presente estudo, traçando um panorama histórico dos modelos de fiscalização da constitucionalidade das leis e fazendo uma breve incursão pelo direito comparado, chega ao atual modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, onde procura considerar a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de leis.

Busca-se analisar os efeitos das decisões proferidas nesse tipo de controle. A análise cinge-se aos efeitos temporais dessas decisões e à eficácia delas em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, no que diz respeito à submissão desses órgãos às decisões provenientes do Pretório Excelso.

O tema, tão apaixonante quanto complexo, despertou maior atenção a partir da entrada em vigor da lei 9868/99, que, ao regulamentar o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, conferiu ao órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro amplos poderes para, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, decidir que essa decisão tenha eficácia retroativa ou prospectiva, além de atribuir efeito vinculante a elas, o que despertou séria oposição de boa parte da comunidade jurídica brasileira já que essa vinculação se traduz na impossibilidade de qualquer juiz ou tribunal julgar de forma diferente do que decidido pelo Supremo, o que para muitos viola princípios constitucionais, como o da livre convicção do magistrado. Quanto aos efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* das decisões, tornou-se possível que, em respeito ao princípio da segurança jurídica, uma lei declarada inconstitucional possa produzir efeitos válidos, o que até então era inconcebível.

Outro importante aspecto abordado é a análise do caráter ambivalente que a nova lei apresenta, onde a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade pode se conduzir em uma declaração de constitucionalidade e, da mesma forma, uma ação declaratória de constitucionalidade julgada improcedente constitui-se em uma decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Assim, buscamos analisar os aspectos que a nova lei trouxe às decisões proferidas pelo Supremo, sem deixar de observar, embora não seja o foco principal do trabalho, os institutos da argüição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentado pela lei 9882/99, e da ação de inconstitucionalidade por omissão, bem como os efeitos das decisões prolatadas através desses tipos de controle de normas.

1 A CONSTITUIÇÃO COMO LEI FUNDAMENTAL

Num primeiro momento, decorrente da própria evolução do ser humano, os homens passaram a viver em sociedade, e desse convívio coletivo surgiam os primeiros desafios consistentes em resolver os problemas da própria comunidade. Do surgimento dessas comunidades originou-se o Estado e a necessidade de regular a vida em grupo para que houvesse a harmonia social. Assim, surgiu a necessidade da existência de normas, escritas ou não, as quais guardavam íntima identidade com os valores existentes nesses grupos.

Num estágio mais avançado essas normas receberam posição hierárquica, onde os valores fundamentais se colocavam sempre num patamar mais elevado. Essas leis fundamentais são as que definem os princípios de uma sociedade, a maneira de sua *constituição*.

O conceito de Constituição é sempre dependente do olhar científico com que o estudioso faz incidir sobre ela. Assim, há diversos ângulos pelos quais se possa examiná-la.¹ Em um sentido bastante amplo constituição significa formação, maneira de se constituir de um ser, elementos de uma estrutura.

Assim, a Constituição, no sentido jurídico, seria a estrutura de um Estado, a organização de seus elementos essenciais.

José Afonso da Silva, analisando a constituição na sua acepção jurídica conclui que:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização de seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício de seu poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado. (2001, p. 37/38)

¹ A economia, a sociologia, a filosofia e a ciência da linguagem podem apresentar diferentes conceitos e métodos de estudo da Constituição como lei fundamental.

Para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior constituição é:

A organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional. (1999, p. 03)

Embora importante a conceituação e o tipo de olhar científico a incidir sobre a Constituição, importa no presente trabalho apenas a sua compreensão como norma, e assim, como norma fundamental, de supremacia reconhecida na ordem jurídica.

Essa supremacia nunca será eficaz se não houver mecanismos que lhe garantam juridicamente essa qualidade. Deve haver a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores, definidores do modo de produção de normas jurídicas, além da observância de sua dimensão material. A Constituição é, portanto, pela posição de supremacia que ocupa, uma ordem fundamental, mas é, também, pela ordem de valores que possui, uma ordem material. (CLÈVE, 2000, p. 25)

A existência das chamadas constituições rígidas consagra o princípio da supremacia da constituição. Nelas, a alteração dos postulados constitucionais está sempre condicionada a procedimentos mais solenes, só podendo ser modificada por um rito especial, diferenciado e mais rigoroso do que o previsto para alteração das leis ordinárias.

1.1 Constituição rígida e flexível

As constituições rígidas são conhecidas como sendo as que demandam para sua alteração um processo diferenciado do previsto para a lei ordinária. Nelas, o poder reformador atua limitado por maiores rigores quanto a sua mutabilidade.

Esse rigor pode existir no quorum previsto para sua alteração e no rol dos legitimados para esse fim, além da existência de limites circunstanciais, consubstanciados na proibição ou limitação de funcionamento do poder reformador em determinadas situações.

Além desses rigores para sua reforma, a Constituição pode apresentar ainda limites materiais a sua alteração, permanecendo, nesse ponto, imune a qualquer atividade legislativa. Aqui ela é *mais que rígida*, ela é imutável. Qualquer alteração estaria a ignorar a própria existência da Constituição.

No Brasil, o art. 60, § 4º, onde se proíbe qualquer deliberação de proposta tendente a abolir as matérias ali expressas, é exemplo desse tipo de proteção a princípios fundamentais contidos no Texto Maior.

Explicando a opção pelas constituições rígidas nos Estados modernos J. J. Gomes Canotilho leciona:

A opção por um “texto rígido” no sentido assinalado é hoje justificado pela necessidade de se garantir a *identidade* da constituição, sem impedir o desenvolvimento constitucional. Rigidez é sinônimo de *garantia* contra mudanças constantes, freqüentes e imprevistas ao sabor das maiorias legislativas transitórias. *A rigidez não é um entrave* ao desenvolvimento constitucional, pois a constituição deve poder ser revista sempre que a sua *capacidade reflexiva* para captar a realidade constitucional se mostre insuficiente. (1998, p. 209)

As constituições flexíveis não demandam mais do que o simples procedimento de produção de leis ordinárias para sua alteração, o que, a primeira vista, poderia se constituir em uma fragilidade do Texto Maior, tornando-o vulnerável às forças políticas atuantes no momento. No entanto, não tem sido isso que a história tem mostrado.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari aponta:

Tal raciocínio nem sempre corresponde a uma representação da realidade concreta, e a estabilidade de uma constituição não depende tanto da forma, mas do equilíbrio das forças sociais e econômicas que a apóiam e sustentam. Sua característica, portanto, é sua elasticidade, e não sua instabilidade, já que pode adaptar-se sem haver ruptura em sua estrutura. (1999, p. 48)

Assim como os textos constitucionais flexíveis não são necessariamente vulneráveis, os rígidos, por si só, não são capazes de assegurar a supremacia da Constituição, pois sua primazia depende muito mais da eficácia social. Sem efetividade não há verdadeira rigidez.

Uma terceira colocação se faz necessária aqui para abordarmos a existência de constituições *semi-rígida* ou *semiflexível*. Nelas, existe uma parte que exige para sua modificação um processo mais solene do que o previsto para a lei ordinária, enquanto que em outra parte essa exigência não existe, estando sujeita ao rito comum. Assim, ela pode ser preponderantemente rígida, com espaços para alterações através de procedimento ordinário ou preponderantemente flexível, onde se exige um rito solene apenas para alterações de certas matérias.

A fiscalização da constitucionalidade tem como pressuposto a existência de constituições rígidas, embora Clèmerson Merlin Clève aponte situações em que mesmo sendo flexível a Constituição pode apresentar algumas formas de controle da constitucionalidade.² (2000, p. 31). No que tange à inconstitucionalidade material, porém, somente as constituições rígidas podem apresentar controle.

Assim, a incompatibilidade entre uma norma infraconstitucional e a Lei Maior, seja essa incompatibilidade relacionada com a forma de se constituir dessa norma, seja em relação à competência do órgão que a elaborou, seja no que tange à matéria nela tratada, caracteriza uma inconstitucionalidade. No entanto, o conceito de inconstitucionalidade não fica restrito somente a essa definição, podendo apresentar outras nuances, como veremos adiante.

1.2 Constituição codificada e não codificada

² Para o autor a inconstitucionalidade material é dependente da rigidez constitucional, mas a inconstitucionalidade formal pode perfeitamente apresentar-se ainda que em face de uma Constituição flexível. “Isto porque, estabelecido, embora em normativa constitucional despida de rigidez, determinado procedimento para a elaboração das leis, qualquer violação desse procedimento consistirá em inconstitucionalidade. O mesmo ocorre quanto à violação da norma que dispõe sobre o órgão competente para a produção da lei. A alteração do procedimento ou do órgão competente dependerá de lei criada de acordo com o procedimento e a norma de competência criticados”.

As constituições costumeiras são aquelas resultantes de comportamentos reiterados de um povo, onde ao longo dos anos criou-se paulatinamente uma consciência do *dever ser* determinados comportamentos ou abstenções juridicamente obrigatórios. Essa consciência nasce no seio de toda a sociedade, não se verificando a existência de um órgão especializado para sedimentação dessas normas.

A formalização em documentos escritos dessas normas consuetudinárias não as transformam por si só em constituições formais, escritas, sendo que o que realmente define essa classificação é a origem delas, a consciência coletiva.

A existência desse modelo de *Constituição* de um Estado não permite a hierarquização dessas normas, o que torna impossível qualquer qualificação jurídica diferenciada entre elas, tornando inviável qualquer tipo de controle. Assim, uma constituição costumeira será necessariamente flexível.

A constituição inglesa, ainda hoje, conta com o modelo de constituição costumeira, onde, pelo princípio da supremacia do parlamento, não se concebe a fiscalização da constitucionalidade dos atos legislativos. Nesse contexto, podemos dizer que o legislativo inglês tem a condição permanente de Poder Constituinte.

Por constituição escrita ou formal a doutrina designa aquela elaborada, geralmente de uma só vez, pelo órgão dotado de poder suficiente para a realização desse documento, o poder constituinte. Trata-se de documento normativo construído pela força da razão e não do tempo. Nele se estabelecem todas as bases do Estado.

Apenas a condição de constituição como texto escrito, embora imprescindível, não é suficiente para o exercício do controle da constitucionalidade das leis. É necessário, ainda, que seja compreendida como lei fundamental, não só na sua denominação, pois “Chamar um texto de constitucional, para em seguida tratá-lo segundo os princípios reservados às leis comuns, equivale a desfazer a diferença que a princípio se estabeleceu”. (BASTOS, 2001, p. 51)

Clèmerson Merlin Clève ensina que: “O compreender, todavia, a Constituição como lei fundamental é exigente de pelo menos três conceitos: a)

rigidez constitucional; b) supremacia constitucional; e c) distinção entre lei constitucional e lei ordinária". (2000, p. 30)

1.3 Constituição em sentido material e formal

Partindo do conceito político de Constituição temos que são normas materialmente constitucionais aquelas que estruturam a conformação política essencial de um Estado, definindo o sistema de governo, a competência e maneira de exercício dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais.

Sempre que uma norma for definidora dessas estruturas estatais podemos considerá-la como materialmente constitucional, ainda que disposta em uma lei ordinária. Sempre que a alteração dessa norma possa causar substancial modificação na maneira de ser do Estado, em sua estrutura política, podemos dizer que a *Constituição* desse Estado foi alterada.

Já a constituição em sentido formal é aquela cujas normas, dispostas no Texto Magno, não obstante sua importância, não regulam a estrutura mínima e essencial de qualquer Estado, não são essenciais à conformação deste. Apesar de se encontrar em posição privilegiada na estrutura jurídica não corresponde à verdadeira noção de Constituição. Sua inclusão no texto constitucional retrata, via de regra, uma maior preocupação do constituinte em conferir maior proteção, maior rigidez, ao conteúdo dessa norma, de forma a garanti-la contra mudanças realizadas aos sabores do momento ou da vontade de grupos políticos, já que a alteração das normas constitucionais, quando das constituições rígidas, como é o caso da brasileira, depende sempre de um processo mais solene e difícil do que o previsto para a alteração da lei ordinária.

Assim, uma norma, embora estabelecida em documento legislativo infraconstitucional, será considerada materialmente constitucional se for definidora da estrutura política do Estado, do exercício dos poderes, ou dos direitos e garantias individuais dos governados, ao passo que uma norma não definidora desses elementos, ainda que contida na Lei Maior, será formalmente

constitucional, ou seja, estará em forma de Constituição, embora não seja possuidora dos elementos caracterizadores desta.

Para a análise constitucional brasileira, não há grande importância em estabelecer tal diferenciação, pois, para efeito de reforma constitucional sempre será levado a efeito o que está tipificado na Carta Magna, independentemente de se tratar de norma material ou formalmente constitucional. E para fins de controle de constitucionalidade, como veremos, sempre será analisada a correspondência entre a norma infraconstitucional e a Lei Maior, independentemente do conteúdo que ela traz.

Há, no entanto, normas que são imutáveis, mas isso não guarda relação direta com sua condição de formal ou materialmente constitucional. Há, nesses casos, a presença, por vontade expressa do constituinte, das chamadas *cláusulas pétreas*³.

³ São matérias constantes do Texto Constitucional as quais o legislador constituinte entendeu como possuidoras de tal supremacia que sua modificação seria incompatível com a própria existência da Constituição. As matérias veiculadas com tais garantias são insuscetíveis de supressões, inclusive por meio de Emenda Constitucional. No Brasil as *cláusulas pétreas* se encontram positivadas no artigo 60, § 4º, da Carta Magna, que dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais. Tais matérias formam o núcleo intangível da Constituição Federal, que caracteriza sua própria identidade. Para que haja qualquer supressão desses dispositivos será necessário não simplesmente a modificação da Constituição, mas sim o surgimento de uma outra.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

As normas de direito encontram seu fundamento de validade sempre em outras normas, hierarquicamente superiores. Desde um contrato, que faz lei entre as partes, até o topo da Carta Magna, todas as espécies normativas encontram sua razão de validade em uma lei superior, formando, assim, um sistema de normas. Nesse sistema, a Constituição Federal é o ápice. Nenhuma regra de conduta pode se sobrepor a ela. Para dispor de forma diferente será preciso uma nova Constituição, o que só ocorre, via de regra, em situações de tensões sociais. Diante disso é de se perguntar: em que norma se funda a validade da Constituição?

Maria Regina Macedo Nery Ferrari (1999) aponta que o fundamento de validade da Lei Maior não se encontra em uma norma de direito positivo, pois se assim imaginássemos teríamos de levar esse raciocínio ao infinito.

Então, a ordem jurídica decorre de um pressuposto lógico-transcendental, de algo que serve de base para o ordenamento jurídico, mas que se encontra fora dele, na norma hipotética fundamental, que é uma norma pressuposta, cujo enunciado é: *devemos nos conduzir como a Constituição prescreve*; enunciado este pressuposto logicamente e que serve de base para a norma fundamental da ordem jurídica, que é a Constituição. (FERRARI, 1999, p. 43)

O direito, além de regular comportamentos humanos, fixa também quais as normas adequadas a estabelecer esses comportamentos e qual a maneira de produção delas. Assim, uma lei será tida por inconstitucional seja quando produzida em contradição com os ditames previstos para sua elaboração, ou por órgão incompetente para tal, ocasião em que estaremos diante de uma inconstitucionalidade formal, seja quando o conteúdo ali tratado não for compatível com o estabelecido na Constituição, tratando-se nesse caso de inconstitucionalidade material.

Assim, a ausência de consonância das normas inferiores com as superiores tornam aquelas sem validade em face do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, não se admite que possam produzir efeitos, seja porque

produzidas em desrespeito a sua forma, seja por apresentarem conteúdo que contrarie a lei hierarquicamente superior.

De nada adiantaria, no entanto, reconhecer a supremacia da Constituição se não existissem meios de garantir a estabilidade e preservação das normas constitucionais.

Nesse contexto, surge a necessidade de se estabelecer meios de proteção da Lei Maior contra atos legislativos que possam contra ela se insurgir, desvirtuando seu conteúdo e provocando uma instabilidade indesejada.

É com o intuito de se implementar essa proteção que surge o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos, que pode existir antes da elaboração da lei, ocasião em que estaremos diante de um controle preventivo de constitucionalidade, ou após sua entrada em vigor, onde o controle é repressivo. No primeiro caso, quando corretamente aplicado, o controle apresenta maior eficácia, pois fere de morte a norma inconstitucional em seu próprio nascedouro, impedindo que possa produzir qualquer efeito jurídico. Já no controle repressivo a norma já existe e enquanto não for declarada sua incompatibilidade com o Texto Magno produz efeitos, sendo necessário expurgá-la do ordenamento para garantir a supremacia constitucional frente às demais espécies normativas.

2.1 Conceito e espécies de inconstitucionalidade

Partindo de uma noção bastante ampla temos que a inconstitucionalidade pode se manifestar pela ação ou omissão que ofende, no todo ou em parte, a Constituição. Nessa esteira, tanto uma lei ou ato normativo podem ser violadores da Constituição como atos do mundo concreto. Tanto atos materiais praticados por particulares como atos, normativos ou não, praticados por autoridades, podem apresentar o vício da inconstitucionalidade.

Embora os efeitos e os meios de impugnação de um ato inconstitucional sejam diversos quando tal inconstitucionalidade decorra de lei ou ato normativo, ou de mero ato do poder público ou do particular, não se pode negar que a denominada inconstitucionalidade há de designar toda e qualquer

incompatibilidade entre atos, comissivos ou omissivos, e fatos e a Constituição, sejam esses atos ou fatos perpetrados por pessoa física ou jurídica, particular, pública ou até (e principalmente) pessoa política. (TAVARES, 2001, p. 166)

Naturalmente os mecanismos aptos a coibir atos ou fatos inconstitucionais ocorridos no mundo concreto são diversos dos específicos para o controle das leis e outros atos do Estado.

O controle que objetiva apurar a inconstitucionalidade e que este trabalho visa analisar é tão somente aquele ocorrido no âmbito da produção normativa.

A inconstitucionalidade por ação vem a ser, em um sentido mais restrito, aquela ocorrida no âmbito da atividade legislativa, onde a emanção de uma lei ou ato normativo vem a conflitar com uma norma ou princípio constitucional. Esse conflito pode ser em relação ao conteúdo estabelecido na Carta Magna, ao procedimento previsto para a realização do ato legislativo, ou ainda quando tal espécie normativa é emanada por órgão incompetente para sua elaboração. Como já apontado linhas atrás, no primeiro caso estaremos diante de uma inconstitucionalidade material, ao passo que nas outras situações a inconstitucionalidade será apenas formal.

A omissão inconstitucional caracteriza-se pela inércia por parte do poder competente em produzir uma norma a que está constitucionalmente obrigado. A implementação efetiva da Constituição deixa de existir ante a ausência de elaboração de lei que a própria Carta Magna determina ao legislador.

Tanto na ação quanto na omissão inconstitucional surge a necessidade de proteção à Lei Fundamental, ora determinando a expulsão do ordenamento jurídico de norma que com ela seja incompatível, ora prescrevendo a necessidade de agir por parte do poder legislativo, visando a implementação da norma constitucional, através do controle de constitucionalidade.

Chega-se à necessidade de saber como se dá esse controle e qual o órgão competente para realizá-lo. Sobre o tema voltaremos em tópico posterior.

Vale lembrar que tal controle só é possível nos Estados que adotam constituições rígidas, já que só onde se possa verificar a superioridade das leis constitucionais frente às ordinárias é que podemos reconhecer a necessidade de adequação destas em relação àquelas.

2.1.1 Inconstitucionalidade formal e orgânica ou material

A inconstitucionalidade orgânica é espécie de inconstitucionalidade formal. Ocorrerá inconstitucionalidade formal quando uma lei é elaborada por órgão diverso do que possui competência para emanar o ato legislativo, ocasião em que estaremos diante de uma inconstitucionalidade orgânica, ou quando a produção da lei se dá em desrespeito ao processo legislativo fixado na Constituição, sendo a inconstitucionalidade, nesse caso, propriamente formal.

Imagine-se hipótese que, em desrespeito ao previsto no art. 61, § 1º, da Constituição Federal do Brasil, um deputado federal apresente projeto de lei dispondo sobre o enunciado em qualquer das alíneas previstas no inciso II do referido parágrafo, que reserva exclusivamente ao Presidente da República essa prerrogativa. Estaria havendo, nesse caso, usurpação da função reservada exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo Federal, o que representa uma inconstitucionalidade orgânica.

Considera-se inconstitucionalidade formal propriamente dita a produção legislativa que desatenda o procedimento (no Brasil, fixado minuciosamente, inclusive por regimentos internos dos órgãos legislativos) previsto, como por exemplo, o quorum exigido, ou a iniciativa popular que não atenda aos requisitos fixados no § 2º do art. 61 da Constituição Federal.

A inconstitucionalidade material, por seu turno, ocorrerá quando, embora respeitado todo o procedimento previsto para a elaboração do ato, seu conteúdo normativo seja incompatível com o conteúdo da Constituição.

Clèmerson Merlin Clève (2000) aponta que todos os dispositivos residentes na Constituição, explícitos ou implícitos, servem de parâmetro para a aferição da constitucionalidade dos atos normativos, inclusive as normas programáticas e princípios. Quanto ao preâmbulo, salienta que a doutrina ainda não se pacificou quanto à possibilidade de produção ou não de efeitos normativos.

As normas programáticas⁴, ainda que não possam produzir efeitos imediatos e concretos, operam, no mínimo, uma eficácia negativa, impedindo que

⁴ Trata-se de normas que dispõem de mera eficácia *diferida*, dependente de um processo de "atualização" desencadeado pelo legislador. Não alcançam, enquanto despidas de

leis que contrariem seus postulados possam sobreviver validamente no sistema jurídico. Produzem, portanto, uma eficácia imediata. “Cuida-se, apenas, de determinar o grau (maior ou menor) da imediata eficácia que a norma está capacitada a produzir”. (CLÈVE, 2000, p. 319)⁵

2.1.2 Inconstitucionalidade total ou parcial

Como se abstrai da própria etimologia das palavras, a inconstitucionalidade total ocorre quando o desrespeito à Lei Fundamental está presente em toda a norma sob análise, ao passo que a inconstitucionalidade parcial ocorre quando apenas parte da lei (um único artigo, um inciso, ou capítulo) apresenta o vício indesejado. Assim, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o órgão competente pode fazê-lo em relação a apenas um segmento dela ou a sua totalidade.

A declaração de inconstitucionalidade parcial, no entanto, só será possível quando a supressão da parte maculada pelo vício não acarretar a perda do sentido que se quis atribuir à lei. Havendo perda de significado do que restou tido por constitucional, o órgão competente, por um critério de dependência, deverá eliminar por completo a lei do sistema jurídico.

Na inconstitucionalidade material é mais fácil visualizar a parcialidade da declaração, já que está a se analisar a matéria tratada. Havendo vício formal a situação se transmuda, pois a inobservância do procedimento ou da competência prevista para a elaboração da lei dificilmente terá o condão de permitir que parte do ato legislativo permaneça válido.

Há situações, todavia, que mesmo em se tratando de inconstitucionalidade formal ou orgânica, a declaração poderá versar somente sobre parte do ato legislativo, permanecendo a lei parcialmente válida.

regulamentação, uma vinculação total de seus destinatários. Para isso, necessitam de uma complementação legislativa.

⁵ Sobre alguns efeitos que as normas programáticas possam produzir de imediato ver CLÈVE, p. 320/321.

É o caso, por exemplo, de lei ordinária, regularmente votada e sancionada, envolvendo matéria própria de lei ordinária, salvo em relação a um dispositivo (artigo, parágrafo, por exemplo) que esteja a invadir campo reservado à lei complementar. Ou de lei federal (complementar ou ordinária), de iniciativa do Presidente da República, regularmente votada e sancionada, perfeitamente ajustada aos comandos normativos de ordem formal inscritos na Constituição, salvo quanto a um ou alguns dispositivos que estejam a invadir campo reservado à atuação legiferante do Estado-membro ou do Município ou que somente poderiam ser votados em face de provocação do Supremo Tribunal Federal (iniciativa reservada). (CLÈVE, 2000, p. 49)

Assim, tratando-se de vício formal ou material deve-se, ao declarar a inconstitucionalidade de lei, verificar se é possível ou não a permanência válida de parte do dispositivo e desde que essa parte remanescente não torne inócuo o objetivo da lei, que deverá permanecer integrando o sistema jurídico.

2.1.3 Inconstitucionalidade por ação e por omissão

As Constituições desde há muito tem encontrado mecanismos destinados a combater a ação do Poder Público quando esta não se harmonize com seus comandos. Já a omissão inconstitucional, onde a implementação efetiva da Lei Maior não se concretiza por ausência de ação do poder legiferante, apresenta meios recentes de proteção, que objetivam acelerar o processo de integração e complementação das normas constitucionais.

Não existia no mundo jurídico qualquer remédio destinado a solucionar o problema da inércia legislativa. As constituições modernas, no entanto, têm buscado meios de combatê-la.

No Brasil, o legislador constituinte de 1988 estabeleceu no artigo 103, § 2º, da Constituição:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

A nova Carta Constitucional reconhece, então, que a inconstitucionalidade pode advir tanto da execução de um ato legislativo quanto da inércia em realizar esse ato.

A Constituição, possuidora de auto grau de generalidade e abstração, não esgota a matéria ali contida, chamando em alguns pontos a atividade legislativa complementar ou ordinária para efetivar seus comandos. Se essa atividade não acontece, ou é realizada apenas parcialmente, a Constituição se torna nesse ponto inoperante, surgindo, então, a omissão inconstitucional total ou parcial.

Canotilho ensina com maestria o conceito de omissão legislativa:

O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples *não fazer*, a um simples *conceito de negação*. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma *exigência constitucional de acção*, não bastando o simples *dever geral de legislar* para dar fundamento a uma omissão inconstitucional. (1998, p. 917)

Tanto na ação como na omissão descritas surge um comportamento legislativo inconstitucional, tornando necessária a adoção de meios para, ora expurgar do ordenamento jurídico o ato que resultou em uma lei contrária à Constituição, ora para reconhecer a inércia legislativa violadora da Lei Maior. No segundo caso veremos que a legislação brasileira ainda não possui meios sancionatórios eficazes ante ao reconhecimento da omissão, como se dá quando é reconhecida a inconstitucionalidade por ação, onde a lei eivada de vício é retirada do ordenamento.

Outras classificações poderiam ainda ser mencionadas (CLÈVE, 2000, p. 54/57), mas foge ao âmbito desse estudo uma análise completa do assunto. Procuramos neste tópico apenas estabelecer as principais formas de manifestação da inconstitucionalidade.

3 DIREITO COMPARADO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ALGUNS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O mundo contemporâneo conheceu diferentes tipos de fiscalização da constitucionalidade, atribuindo essa função igualmente a diferentes órgãos. Há países que deixaram ao Poder Judiciário essa competência, outros criaram um órgão próprio, integrante ou não do Judiciário; e há, ainda, o modelo político de fiscalização, que atribuiu ao Parlamento essa função. É o caso do modelo inglês.

3.1 O modelo inglês de ausência de fiscalização

No direito constitucional inglês vige a supremacia absoluta, não da Constituição, mas do Parlamento; por conseguinte, não existe um controle jurídico da constitucionalidade. Se seus atos vão de encontro à Constituição permanecem válidos, como se a houvesse modificado ou emendado.

O direito inglês não adotou a distinção entre leis constitucionais e leis ordinárias. No entanto, a falta de obstáculo jurídico aparente ao parlamento não significa que este possui poderes ilimitados, havendo limites apenas na equidade natural. “A propósito, Rui Barbosa: ‘Lord Coke, juiz supremo do *King’s Bench* sentenciou que o direito consuetudinário limita os atos do parlamento e às vezes os priva de validade, quando repugnantes à razão”’. (BARBOSA, 1958, apud PALU, 1999, p. 95)

Cumprido ao Poder Judiciário inglês, atualmente, apenas aplicar a lei votada pelo Parlamento, sendo que este é, de certa maneira, o fiscalizador de si mesmo.

3.2 O modelo alemão de fiscalização

A Constituição Federal da República da Alemanha de 1949 estabeleceu a criação de um Tribunal Constitucional Federal, sem deixar de reconhecer a existência dos tribunais constitucionais dos estados.

Naquele país coexistem dois sistemas de controle da constitucionalidade, um incidental e outro por via de ação direta. Em ambos os casos, havendo a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal o efeito é geral, implicando na derrogação da lei impugnada após a publicação da decisão no órgão de imprensa oficial. Os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade operam *ex tunc*, havendo, porém, exceções no que concerne a determinados atos administrativos, que conservam sua validade.

No que tange ao controle concreto de normas, o direito alemão estabelece que quando um Tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do Tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da Constituição de um Estado, ou à do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar de violação desta Lei Fundamental (Lei Fundamental, art. 100, par. 1º). (MARTINS e MENDES, 2001, p. 15)

O conflito jurisprudencial envolvendo Tribunais Constitucionais estaduais ou que envolva estes e o Tribunal Constitucional Federal, no que se refere à interpretação da Lei Fundamental, figura outra hipótese de controle normativo.

O controle contra ato jurisdicional e executivo se dá nos termos do artigo 95, 2, da Lei do Tribunal Constitucional, que estabelece que o ato jurisdicional e executivo será anulado quando o recurso que o impugne for acolhido pelo tribunal.

Quanto aos atos de natureza legislativa, se o recurso constitucional contra uma lei é acolhido, a lei deve declarar-se nula. Os efeitos desta declaração se produzem *ex tunc* e obrigam de tal maneira aos órgãos constitucionais, aos tribunais e autoridades de toda classe, de modo que o legislador não poderá ditar uma nova lei com o conteúdo igual à anulada, e os órgãos cujo comportamento tenha sido declarado lesivo aos direitos fundamentais não poderão repeti-lo sem que se considere violatório da Constituição. (DEL MERCADO, 1978, apud FERRARI, 1999, p. 158)

3.3 O modelo americano de fiscalização

O modelo de controle de constitucionalidade americano é o exercido pelo Poder Judiciário. Sua competência é difusa, pois exercida incidentalmente no curso de qualquer demanda, quando imprescindível para solução da causa, e praticado por qualquer juiz ou tribunal.

Não obstante ser o controle difuso, a última palavra em matéria constitucional pertence à Suprema Corte, o órgão de cúpula do Poder Judiciário, que decidindo em última instância pela constitucionalidade ou não de uma lei vincula todos os demais órgãos do Judiciário, de forma que não poderão decidir de maneira diferente.

Denota-se nesse sistema que a exigência do surgimento de uma controvérsia *in concreto* para a análise da constitucionalidade de uma lei acaba deixando de fora do controle da Suprema Corte questões que envolvam os poderes e questões que, abstratas e desvinculadas de lides particulares, têm importância nacional. A ausência de controle concentrado em um processo objetivo torna esse sistema incompleto.

Sem dúvida, foi a técnica de atribuir à Constituição um valor normativo superior em relação às leis ordinárias, juntamente com o sistema federal, a mais importante criação do constitucionalismo norte-americano e a grande inovação frente à tradição inglesa da soberania do Parlamento.

A possibilidade de um juiz declarar a inconstitucionalidade de uma lei nos Estados Unidos se consolidou em 1803, com a decisão do juiz Marshal, no célebre caso *Marbury v. Madison*. “Como acentua Polletti, ‘Marshal foi original na lógica imbatível de sua decisão, não, porém quanto à substância da idéia. Ela já era corrente na jurisprudência’”. (POLLETTI, 1985, apud CLÈVE, 2000, p. 64)

Com efeito, após a independência, em 1776, o Supremo Tribunal de New Jersey já havia afirmado que a Corte tinha o direito de sentenciar sobre a constitucionalidade das leis. Na mesma esteira caminharam decisões da Magistratura da Virgínia, em 1782, bem como dos estados de Nova York e Carolina do Norte. (PALU, 1999, p. 103)

Assim, o cerne do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade repousa na possibilidade de qualquer juiz, diante do caso concreto, percebendo o contraste de uma lei ordinária face à Lei Suprema, aplicar esta e excluir aquela. A eficácia do modelo, porém, está na força vinculante das decisões⁶. Chamada a Suprema Corte a sentenciar em matéria constitucional sua decisão será vinculante a todos os demais órgãos do Poder Judiciário. Será necessário, então, sua manifestação para que a decisão adquira eficácia *erga omnes*. Uma vez desaplicada pela Corte Suprema uma lei por inconstitucional, embora permaneça nos códigos, já que não foi expressamente derogada, será tida por uma lei morta.

3.4 O modelo francês de fiscalização

A concepção francesa do princípio da separação dos poderes sempre se deu de forma radical. Os abusos cometidos pelos juizes, que antes da revolução de 1789 nada mais eram do que a *longa manus* do poder imperial, tornaram o Poder Judiciário desprovido de confiança pelos franceses. Essa desconfiança influenciou de forma decisiva na organização desse poder, que recebeu competência tão-somente para aplicar a lei, sem questioná-la.

Assim, não era permitido ao Judiciário interferir nos negócios do Executivo, sendo que eventuais abusos por este praticados seriam policiados por um órgão extrajudicial, o Conselho de Estado, ficando o controle do Judiciário a cargo da Corte de Cassação.

Não desenvolveu o modelo constitucional francês um sistema de freios e contrapesos, como nos moldes americanos, que admitiam interferências recíprocas entre os poderes. A rígida concepção de separação dos poderes que adotaram tornou inviável um controle da constitucionalidade das leis editadas pelo Parlamento, pois, se houvesse, seria considerado como uma intromissão de um Poder em outro.

⁶ Sobre a força vinculante e os efeitos das decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira em sede de controle de constitucionalidade remetemos o leitor ao capítulo 7

Outra razão para não se admitir o controle da constitucionalidade das leis pelo Judiciário foi a idéia que sempre se teve do Parlamento naquele país, como representante da vontade do povo e, portanto, soberano e de atos inquestionáveis.

Somente com a constituição de 1958 a França conheceu um controle de constitucionalidade das leis. Foi com a criação do Conselho Constitucional que, no entanto, exerce papel marcadamente político, não se admitindo ainda um controle jurisdicional. Sua atuação é apenas preventiva, sendo que uma vez não rejeitado o ato legislativo por este órgão e entrando a lei em vigor, seu cumprimento será obrigatório e inquestionável pelo Poder Judiciário, não havendo mecanismos repressivos de excluir a lei do ordenamento, exceto pelos meios tradicionais de derrogação.

3.5 O modelo austríaco de fiscalização

Até 1920 a Áustria não conhecia nenhuma espécie de controle da constitucionalidade das leis. Provavelmente por influência do direito francês, era reconhecida a soberania do Parlamento e sendo as leis por este emanadas a expressão da vontade popular não caberia a qualquer órgão estatal, nem mesmo ao Poder Judiciário, contestar a validade delas.

Em 1920, entretanto, a Constituição austríaca, adotando a teoria desenvolvida por Kelsen (KELSEN, 1979, apud CLÈVE, 2000, p. 67), instituiu uma espécie de controle de constitucionalidade diferente daquele desenvolvido pelos americanos. Sua principal característica está na apreciação da legitimidade da lei *in abstracto*, não havendo necessidade da existência de uma demanda envolvendo interesses subjetivos em andamento, como nos moldes existentes nos Estados Unidos.

Foi instituída uma Corte Constitucional competente para, de modo concentrado e unicamente por meio de ação direta, analisar a constitucionalidade das leis daquele país.

Sendo a apreciação da constitucionalidade da lei o motivo principal da ação e não havendo partes interessadas, o processo possui caráter objetivo e a decisão dada pela Corte tem eficácia *erga omnes*, ou seja, uma vez pronunciada, a inconstitucionalidade alcança a todos, como se a lei tivesse sido revogada. Nesse caso, pode-se dizer que a Corte Constitucional atua como legislador negativo.

Seguindo o modelo desenvolvido por Kelsen, o sistema austríaco considera que uma lei inconstitucional não tem somente efeito declaratório, sendo a declaração de inconstitucionalidade de natureza constitutiva. Assim, os efeitos da declaração são *ex nunc*, ou seja, se projetam apenas para o futuro, não alcançando atos pretéritos, que permanecem regidos pela lei em vigor à época de sua constituição.

Pode o Tribunal, ainda, estabelecer prazo de até um ano para a entrada em vigor da cassação da lei (MARTINS e MENDES, 2001, p. 13), o que realça o caráter legislativo negativo da decisão proferida pela Corte Constitucional austríaca.

Com a reforma constitucional de 1929, a Áustria, complementando o modelo existente, passou a admitir espécie de controle de constitucionalidade concreto, provocado no curso de uma demanda judicial. Esse controle, no entanto, não facultava a qualquer juiz, diante do caso concreto (como no modelo americano) apreciar a constitucionalidade da lei, tendo sido criados dois órgãos judiciários superiores “com legitimidade para submeterem à Corte Constitucional as questões sobre constitucionalidade de leis, relativas a casos concretos que por eles tramitasse” (FERRARI, 1999, p. 156). Neste caso, a decisão anulatória pronunciada pela Corte Constitucional possui efeitos retroativos.

Finalmente, cumpre anotar que o sistema austríaco prevê ainda a possibilidade de revigorar a legislação revogada pela lei agora julgada inconstitucional. Essa reprivatização tem por objetivo evitar um *vácuo legislativo* e deverá ser ordenada pelo tribunal, quando este considerar recomendável.

4 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

A Constituição brasileira de 1824, promulgada sob o regime imperial não permitiu, como já ocorria nos Estados Unidos, qualquer espécie de controle de constitucionalidade. A razão disso se deve ao fato de que, provavelmente por influência francesa, não era permitido a outro poder controlar a atividade legislativa. Cabia somente ao próprio legislativo “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar pela guarda da Constituição” (art. 15, n. 8º e 9º).

A existência do chamado Poder Moderador, por outro lado, se constituía em outro óbice à existência de qualquer controle sobre os atos legislativos. Por ele, ao imperador era assegurado o super mister de velar pela guarda da constituição e pela harmonia entre os demais poderes, sendo-lhe facultado alterar os atos legislativos por meio de outros critérios que não os da legalidade ou constitucionalidade.

Assim, num sistema de vigilância suprema do Imperador sobre os demais poderes é evidente que jamais caberia ao Poder Judiciário exercer qualquer fiscalização sobre o Legislativo. Esse controle só poderia ser exercido exclusivamente pelo Poder Imperial.

A Constituição republicana de 1891, ao extinguir o poder Moderador, que adoecia o princípio da separação dos poderes, introduz modificações que se revelaram bastante avançadas para a época.

É nesse período que surge, inspirado no modelo norte-americano, o controle de constitucionalidade difuso incidental, cabendo ao Poder Judiciário a apreciação da adequação ou não de determinada disposição normativa face ao Texto Constitucional. O art. 59 do Texto Maior, ao disciplinar a competência do Supremo Tribunal Federal, no seu § 1º dispunha: “Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar

a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

A Emenda Constitucional de 1926 estabeleceu, no artigo 60 § 1º, que “Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos de governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

Diferentemente dos Estados Unidos, onde a criação de tal controle de constitucionalidade nasceu por obra da Suprema Corte, no Brasil a Constituição de 1891, bem como a Emenda Constitucional de 1926, atribuíram expressamente à Corte Suprema brasileira a tarefa de controlar a atividade legislativa, o que sofreu inicialmente certa resistência por parte dos membros daquele órgão, que ainda se encontravam ancorados na tradição da rígida separação dos poderes propugnada pelo constitucionalismo francês e no modelo monárquico que se extinguiu.

A maior deficiência desse controle estava no fato de que sendo ele de natureza exclusivamente difusa, não havendo ainda um meio de controle *in abstracto* das normas, não havia qualquer previsão de extensão dos efeitos da decisão do Supremo aos casos semelhantes, permanecendo válida no ordenamento jurídico a lei que esse órgão declarasse inconstitucional, tendo tal decisão o condão de afastar a aplicação da lei impugnada apenas do caso concreto.

Diferentemente do que ocorria nos Estados Unidos, onde o nascimento desse controle se deu de forma costumeira e a decisão da Suprema Corte possuía efeito vinculante, por aqui, mesmo que declarada sua inconstitucionalidade, qualquer outro juiz poderia diante de um caso concreto aplicar a lei repugnada pelo órgão máximo do Judiciário brasileiro.

Tornava-se necessário a criação de um modelo que estendesse os efeitos da decisão a todos os outros casos, expurgando por definitivo do ordenamento a lei tida por inconstitucional.

A Constituição de 1934, mantendo o controle difuso incidental, introduziu no sistema importantes alterações.

A declaração de inconstitucionalidade nos tribunais, diante do artigo 179, ficava condicionada aos votos da maioria absoluta de seus membros.

Importante inovação ocorreu no artigo 91, item IV, da referida Carta que incumbia ao Senado Federal competência para “Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

Tal dispositivo, sem ferir o princípio da separação dos poderes, já que somente por decisão do Senado Federal (órgão legislativo), seria possível suspender a execução da lei tida por inconstitucional, pela primeira vez passa a possibilitar a atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em última instância em sede de controle de constitucionalidade, o que tornaria desnecessário novas manifestações do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro envolvendo a mesma matéria já decidida.

Embora não houvesse ainda um modelo concentrado de fiscalização da constitucionalidade, é na Constituição de 1934 que surge uma ação direta cujo julgamento constituía pressuposto para decretação de intervenção federal nos Estados-membros.

Por essa ação, que tinha no Procurador Geral da República a legitimação exclusiva para sua propositura, se analisaria a constitucionalidade da lei federal que decretasse intervenção no Estado-membro, cuja elaboração era de competência do Senado Federal (art.41 § 3º, da Constituição de 1934) e sua decretação do Congresso Nacional, e sendo esta lei reconhecida como constitucional poderia se efetivar a intervenção.

A elaboração de tal lei interventora seria o meio eficaz para coibir violação de qualquer dos princípios constitucionais previstos no artigo 7º da referida carta (forma republicana representativa, independência e coordenação dos Poderes, temporariedade das funções eletivas etc). Eram os chamados princípios

constitucionais sensíveis. Mas só a elaboração da lei não era o suficiente para a intervenção, que só poderia se dar após a manifestação positiva do Supremo, nos termos do artigo 12 § 2º.

A Constituição de 1937, outorgada por um golpe militar, mostra a preocupação com o fortalecimento do Poder Executivo e provoca importantes modificações no controle de constitucionalidade.

Foi mantido o controle difuso de constitucionalidade, inclusive no que se refere ao quorum mínimo para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, embora a carta não fizesse qualquer referência à participação do Senado Federal nesse controle.

A mais importante alteração se deu no artigo 96 § único, que, numa nítida intenção de atenuar a supremacia do Judiciário dispôs que: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do Povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

Para Celso Ribeiro Bastos (2001) a possibilidade de o Parlamento revalidar a norma tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal equivalia a uma emenda à Constituição.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1999), citando Anhaia Mello, vê no dispositivo a figura do Presidente da República elevada à condição de instância recursal em matéria de Constituição.⁷

A promulgação da constituição de 1946 não trouxe grandes alterações no controle de constitucionalidade existente. O controle difuso seguiu o mesmo modelo inaugurado em 1891 e aperfeiçoado com a Constituição de 1934, prevendo o quorum qualificado dos tribunais para a declaração de

⁷ “a partir de sua manifestação, a lei, ainda que viciada, poderia voltar a ser reconfirmada pelo Legislativo, fato que, desconsiderando a manifestação do mais auto tribunal do país, proporcionaria, em termos reais, uma efetiva reforma constitucional, porque, sendo o sistema jurídico um todo harmonioso, não se pode conceber que em seu bojo possa haver duas normas de hierarquias diversas conflitantes”. (BASTOS, 1975, apud FERRARI, 1999, p. 76)

inconstitucionalidade e a participação essencial do Senado na suspensão da norma declarada inconstitucional pelo Supremo.

É suprimido o artigo 96 § único da Constituição anterior e o Poder Judiciário, através do STF, volta a ter a última palavra em matéria constitucional.

No que se refere à ação interventiva, que era a semente do controle concentrado que mais tarde viria, a Constituição de 1946 realizou algumas alterações que na essência permanecem até hoje.

Assim, a partir de 1946, diferentemente do que ocorria na Constituição de 1934, a intervenção passa a ter como condição a decretação de inconstitucionalidade do ato estadual e não do decreto de intervenção. O Procurador Geral da República submetia ao exame do Supremo o ato argüido de inconstitucional e se aquele órgão decidisse pela inconstitucionalidade de tal ato o Congresso Nacional decretaria a intervenção.

A Emenda Constitucional 16, de 26/11/1965, instituiu no Brasil o controle concentrado da constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais. O dispositivo, em seu artigo 2º, alterou o artigo 101, item I, alínea *k*, da Constituição de 1946, aumentando, assim, o rol das competências do Supremo Tribunal Federal, dispondo que caberia a este órgão “processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República”.

Assim como na representação interventiva, a legitimidade para a provocação do Supremo Tribunal Federal nesse caso repousava exclusivamente na figura do Procurador Geral da República. No entanto, com aquela não se confunde. Aqui, o que se busca é a preservação de todos os dispositivos constitucionais ao passo que naquela o objetivo é a resolução de um conflito político entre a União e um Estado-membro, que ocorria quando houvesse violação dos princípios constitucionais sensíveis.

Estava inaugurado, entre nós, o controle de constitucionalidade em tese, que, desvinculado de um caso concreto, seria apto a expurgar do ordenamento jurídico brasileiro qualquer lei federal ou estadual incompatível com a Carta Magna. A defesa do ordenamento jurídico era a razão direta, apta a inaugurar o processo objetivo de controle de constitucionalidade.

A Emenda constitucional 16/65 autorizou, também, os Estados a criarem processo de fiscalização das leis municipais em face da Constituição Estadual, cabendo aos Tribunais de Justiça locais a competência para o julgamento de tais demandas (art. 19, que acrescentou o inciso XII ao art. 124 da Constituição de 1946).

Com a promulgação da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 não se observou grandes alterações no controle de constitucionalidade então vigente.

Entre as alterações que consideramos importantes houve a transferência do, Congresso Nacional para o Presidente da República, da competência para suspender ato ou lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em matéria relativa à intervenção, quando essa suspensão for suficiente para restabelecer a normalidade no Estado (art. 11, § 2º).

A Carta de 1967 não conservou o dispositivo trazido pela Emenda 16/65, autorizador da representação de inconstitucionalidade genérica no âmbito estadual. O texto de 1969 disciplinou no artigo 15, § 3º, letra *d*, um controle de constitucionalidade estadual para fins de intervenção nos Municípios. A Emenda 7/77 trouxe a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar em representação de inconstitucionalidade solicitada pelo Procurador Geral da República (art. 119, I, *p*).

O sistema difuso permaneceu nos mesmos moldes, inclusive com a participação do Senado Federal na suspensão da norma declarada inconstitucional.

O Texto Constitucional de 1988 representou significativa alteração no modelo de controle da constitucionalidade então vigente. Mantendo as linhas mestras com o controle difuso incidental e o controle concentrado, tivemos as mais significativas alterações no segundo modelo, onde o legislador constituinte, pretendendo democratizar o acesso ao Supremo, por meio da Ação direta de inconstitucionalidade, que veio a substituir a chamada representação contra a inconstitucionalidade, alargou consideravelmente o rol dos legitimados para sua propositura, antes concentrado apenas no Procurador Geral da República.

O artigo 103 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu:

“Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;
V - o Governador de Estado;
VI - o Procurador Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

O Procurador Geral, além de legitimado à propositura da ação direta, será ouvido em todas as ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do STF (art.103 § 1º).

Criou-se a figura do Advogado Geral da União, que atuará como defensor do ato impugnado (art. 103 § 3º).

Quase tudo que se disse até aqui foi com relação à manifestação de inconstitucionalidade contida em uma ação legislativa e, mais uma vez inovando, o Poder Constituinte de 1988 criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, disciplinando no art. 103, § 2º, que:

§ 2.º 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.

Foi instituída também a possibilidade de os Estados-membros instituírem a declaração da inconstitucionalidade em tese, mediante representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (art. 125, § 2º).

A Emenda Constitucional 3/93, acrescentando o § 4º ao artigo 103 da CF veio a prever a ação declaratória de constitucionalidade, com o objetivo de, diante de uma controvérsia jurisprudencial, possibilitar a manifestação do Supremo não

no sentido de declarar a inconstitucionalidade do ato discutido, mas de declarar a sua conformação com o Texto Constitucional. Tal medida veio a complementar ainda mais o controle de constitucionalidade brasileiro, porém seu rol de legitimados não teve a mesma extensão prevista para a ação de inconstitucionalidade. Para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade o legislador legitimou apenas o presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador Geral da República.

Como se observa foram de grande impulso para a defesa da constitucionalidade as inovações trazidas pela Carta Magna de 1988. Porém, não deixa o novo modelo de merecer algumas críticas.

Carece, ainda, de previsão normativa a declaração de inconstitucionalidade por omissão legislativa no âmbito estadual, bem como a possibilidade de controle da constitucionalidade através da ação declaratória de constitucionalidade de leis estaduais e municipais frente à Constituição Federal, já que esta só se presta a declarar a constitucionalidade de lei federal.

Um grande avanço se deu recentemente com a edição das leis 9868/99 e 9882/99, a primeira destinada a regulamentar o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade no âmbito federal e a segunda a regulamentar a argüição de descumprimento de preceito fundamental prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição. Essas leis ordinárias vieram a complementar os dispositivos constitucionais que tratam do assunto e determinar os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato da constitucionalidade.

5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Procurou-se até aqui traçar um panorama histórico dos tipos de controle de constitucionalidade existentes, que só possuem razão de existir ante ao reconhecimento da Constituição como lei Suprema, em posição hierárquica privilegiada, onde todas as outras normas só se apresentam como válidas quando com ela compatíveis.

No Brasil, onde o Texto Constitucional apresenta essas características, vimos que várias foram as modificações até se chegar ao modelo hoje existente.

Assim, os tipos de controle praticados no Brasil podem se apresentar de diferentes formas, mas sempre com o objetivo de preventiva ou repressivamente, de forma judicial ou política, proteger a Lei Maior.

5.1 Controle preventivo

Controle preventivo é o método pelo qual se busca impedir a entrada no ordenamento jurídico de normas que guardem incompatibilidade com o Texto Constitucional. É no próprio exercício do processo legislativo que se analisa a validade ou não da norma que se pretenda ver aprovada.

O controle preventivo de constitucionalidade no Brasil se dá apenas no âmbito dos poderes legislativo e executivo e sua primeira manifestação se dá após a fase de iniciativa legislativa, quando o texto a ser apresentado em plenário é submetido a uma Comissão de Constituição e Justiça.

A função precípua dessas comissões é verificar a compatibilidade do projeto de lei frente à Constituição Federal, analisando seus aspectos formais, legitimidade de sua iniciativa e o conteúdo material.

O artigo 58 da Constituição prevê a criação dessas comissões na forma dos regimentos internos das casas legislativas sendo que o artigo 32, III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e o artigo 101 do Regimento Interno do Senado Federal regulamentam a questão, instituindo a comissão de

constituição e justiça e de redação no primeiro caso e a comissão de constituição, justiça e cidadania no segundo.

Os regimentos internos dessas casas prevêm inclusive recurso para o plenário da decisão proferida em sede de comissão.

O segundo meio preventivo de controle da constitucionalidade no Brasil se verifica pela participação do chefe do poder executivo, que, através do veto, pode impedir, alegando inconstitucionalidade, que um projeto ou emenda venham a integrar o ordenamento jurídico (art. 66 § 1º).

Não se pode perder de vista porém que no Brasil a eficácia maior no controle da constitucionalidade se dá no modelo repressivo, por apresentar o controle preventivo um teor mais político do que jurídico.

Com efeito, o veto presidencial não é suficiente para barrar uma lei tida por inconstitucional, haja vista que por voto da maioria absoluta dos membros de cada casa legislativa poderá ele ser derrubado e o ato normativo questionado entrar incólume no ordenamento jurídico, o que não o exclui de um eventual crivo posterior do Judiciário.

A ineficácia do controle preventivo se mostra clara pelas inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal, onde, escapando ao controle *a priori*, várias espécies normativas eivadas do vício da inconstitucionalidade se presenciam em nosso sistema normativo.

Cumprе ressaltar, ainda, que alguns autores apresentam uma exceção à ausência de participação de Poder Judiciário nessa fase:

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem entendido que o controle preventivo pode ocorrer pela via jurisdicional quando existe vedação na própria Constituição ao trâmite da espécie normativa. Cuidase, em outras palavras, de um “direito função” do parlamentar de participar de um processo legislativo juridicamente hígido. (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 1999, p. 26)⁸

⁸ Decisão tomada no Mandado de Segurança nº 20.257 - DF

5.2 Controle repressivo

O controle repressivo é o que apresenta maior eficácia no ordenamento brasileiro. É exercido pelo Poder Judiciário e pode se dar por duas vias. Uma difusa, também chamada de indireta, de exceção ou de defesa, que consiste na argüição perante qualquer juiz ou tribunal de uma inconstitucionalidade existente em uma lei ou ato normativo que é prejudicial ao julgamento da demanda. Ocorre no curso de um processo qualquer onde uma das partes requer sua exceção ao cumprimento de determinado comando normativo por apresentar ele o vício da inconstitucionalidade. A análise da alegação se dará nos estreitos limites da relevância que a lei representa para o julgamento da causa e reconhecendo o juiz a inconstitucionalidade argüida deixará de aplicar a lei apenas àquele caso que lhe fora submetido.

A outra forma de controle repressivo se dá através da via direta, ou de ação, ou controle abstrato de normas, onde qualquer dos legitimados elencados no artigo 103 da Constituição Federal, e somente eles, poderão propor diretamente perante o Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade. O objetivo aqui é expurgar por definitivo do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo federal ou estadual que contrarie no todo ou em parte a Lei Maior. Não se faz necessário, diferentemente do que ocorre na via difusa, a existência de um litígio em andamento. Aqui, o objeto principal da ação é a própria declaração de inconstitucionalidade.

Embora o exercício desse controle seja de competência do Poder Judiciário podemos dizer que o Poder Legislativo também pratica o controle repressivo.

A primeira hipótese de exercício dessa atividade está prevista no artigo 49, V, da Constituição Federal, que prevê competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Esse processo se dá através da edição de um decreto legislativo sustando o decreto presidencial ou a lei delegada por infringir a norma constitucional prevista para suas edições (art. 84, IV, art. 68). (MORAES. 2003, p. 587/587)

A medida provisória editada pelo presidente da república também está sujeita ao controle repressivo de constitucionalidade praticado pelo órgão legislativo. Com efeito, depois de editada, ela se converte em lei que terá prazo de validade de 60 dias, devendo o Congresso Nacional aprová-la, convertendo-a em lei, ou rejeitá-la. Note-se, que, enquanto espécie normativa a medida provisória, ainda que temporariamente, chega a fazer parte do ordenamento jurídico, produz efeitos e sua rejeição pelo congresso configura-se em verdadeiro controle repressivo.

5.3 Controle político e controle judicial

O controle político de constitucionalidade é aquele exercido por outro Poder que não o Judiciário. Por vezes ocorre com a criação de um órgão distinto dos demais poderes com a finalidade precípua de controlar os atos normativos, de forma preventiva (como ocorre no sistema francês com o Conselho Constitucional) ou de forma repressiva.

O órgão político competente pode ser também, como ocorre no controle preventivo brasileiro, o próprio Poder Legislativo, o que na prática se torna ineficaz pois seria difícil imaginar que esse Poder iria organizar um meio de reprimir violações de direitos praticados por ele mesmo. (DUGUIT, 1921, apud FERRARI, 1999, p. 64). O que se vê na prática, nesse tipo de controle, é apenas a opinião política do órgão que elaborou o ato substituída pela opinião do órgão controlador, que se atém mais aos critérios de conveniência ou oportunidade do que à concordância dos atos legislativos frente à Constituição. (BASTOS, 1982, apud FERRARI, 1999, p.64)

O controle jurídico consiste na fiscalização da constitucionalidade realizada pelo Poder Judiciário. As bases deste sistema surgiram nos Estados Unidos por meio de sua jurisprudência, consolidada no famoso caso *Marbury v. Madson*, já que não existia previsão expressa na Constituição.

O exercício desse controle pode ocorrer através de um único órgão, como ocorre no sistema austríaco, alemão e italiano, onde prevalece o sistema

concentrado de fiscalização ou por qualquer juiz ou tribunal, como é o caso dos Estados Unidos, onde vige o sistema difuso.

No Brasil a história constitucional mostra que de início se optou pelo modelo difuso, seguindo os passos do sistema norte-americano e posteriormente, a partir da Emenda constitucional 16/65, foi admitido entre nós também o modelo concentrado de controle, sendo destinado ao STF a função de controlar abstratamente a constitucionalidade das leis brasileiras.

Assim, no sistema jurídico brasileiro podemos observar a convivência de ambos os modelos, difuso e concentrado, e quanto ao controle político temos que sua atuação se dá nos limites das comissões de constituição e justiça existentes nas casas legislativas e através do veto do chefe do executivo.

Deve-se registrar, ainda, a existência de um controle misto, que ocorre quando a Constituição submete certas leis e atos normativos ao controle político e outras ao controle jurisdicional. (MORAES, 2003, p. 582)

Maria Regina Macedo Nery Ferrari (1999) aponta que a participação do Senado Federal na suspensão da norma declarada inconstitucional pelo STF (Art. 52, X, CF) não se constitui em espécie mista de controle, já que a atuação desse órgão legislativo se dá apenas após a declaração proferida pelo Poder Judiciário, não podendo ele interferir na decisão prolatada, cabendo-lhe apenas tornar mais amplos os efeitos da decisão.

5.4 Considerações acerca do controle jurisdicional pela via difusa

Nesta forma de controle, também chamada de via de exceção, via incidental, ou via de defesa, discute-se o caso concreto. Deve existir uma demanda em andamento, onde a parte, querendo ver-se excepcionada do cumprimento da lei a que todos estão obrigados, argui a sua inconstitucionalidade. Essa alegação pode advir tanto do pólo passivo como ativo da lide. O termo via de defesa quer significar não a defesa em juízo, contra o adversário da demanda, mas a defesa contra a lei tida por inconstitucional.

O veículo processual utilizado pode ser das mais variadas formas. Ação ordinária, hábeas corpus, mandado de segurança etc.

Sendo esse tipo de controle exercitável no curso de qualquer processo, qualquer juiz poderá, diante do caso concreto a ele submetido, declarar a inconstitucionalidade. Essa decisão só se aplicará ao caso em exame, não vinculando qualquer outra situação em que a lei seja aplicável. Assim, a lei permanece integrando normalmente o ordenamento jurídico, criando direitos e impondo obrigações.

A declaração de inconstitucionalidade é analisada como preliminar de mérito, não podendo ser, nesse tipo de controle, o objeto principal da lide e os efeitos da decisão que a declaram se operam apenas *inter partes* e *ex tunc*, ou seja, o que ficou decidido no julgamento da lide valerá apenas para aquele caso e terá força retroativa.

A decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade pode, por via recursal ou pela competência originária, chegar aos tribunais que, de acordo com o artigo 97 da Constituição Federal, só poderão declarar uma lei ou ato normativo do Poder Público inconstitucional por voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial.

Assim, se a declaração de inconstitucionalidade emanada do Tribunal não se constituir por número de votos que atendam ao requisito do artigo 97 da CF, permanecerá tida por constitucional a lei em apreço.

Há no STF, no entanto, entendimento de que tal reserva de plenário não será necessária quando presentes dois requisitos:

- a) existência anterior de pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal;
- b) existência, no âmbito do tribunal *a quo*, e em relação àquele mesmo ato do Poder Público, uma decisão plenária que haja apreciado a controvérsia constitucional, ainda que desse pronunciamento não tenha resultado o formal reconhecimento da inconstitucionalidade da regra estatal questionada. (MORAES, 2003, p. 590)

Por meio de recurso extraordinário a decisão proferida pelos tribunais pode, ainda, chegar ao órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro.

Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior esclarecem com maestria os limites da decisão proferida pelo Supremo, que “ao julgar a matéria, trata de reconhecer, ou não, a inconstitucionalidade do tema, fato que, por si, não determina a expulsão da norma do sistema, pois, no caso, a coisa julgada restringe-se às partes do processo em que a inconstitucionalidade foi argüida”. (1999, p. 27)

Assim, a solução encontrada pelo legislador, desde a constituição de 1934, foi determinar que após a decisão do Supremo, esta deve ser comunicada ao Senado Federal para que esta casa legislativa, nos termos do artigo 52, X, da Carta Magna atual, possa suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva.

A suspensão pelo Senado da norma definitivamente declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário tem o efeito de retirar sua eficácia do mundo jurídico, tornando-a sem efeito, como se tivesse ocorrido sua revogação. Com isso, a decisão que até então só era eficaz para as partes envolvidas na demanda passa a se estender a todos (efeito *erga omnes*), com a ressalva de que para as demais pessoas o efeito dessa suspensão só valerá do decreto suspensivo em diante, não alcançando fatos pretéritos, como ocorre para as partes que provocaram a atuação jurisdicional.

Assim, ainda que o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma tenha se dado em última instância, no controle difuso, enquanto não suspensa pelo Senado Federal, essa norma não eximirá outras pessoas de seu cumprimento, sendo que para se beneficiar de tal decisão deve-se intentar uma outra ação judicial, novamente questionando tal vício no sistema normativo.

No Brasil a decisão do Supremo em sede de controle difuso não vincula os demais juizes ou tribunais (diferentemente do que ocorre atualmente com o controle concentrado, como veremos), que poderão decidir de forma diferente, o que torna necessária a participação do Senado para que a inconstitucionalidade seja definitivamente eliminada.

Não é o que ocorre nos Estados Unidos nesse mesmo tipo de controle de leis. Com efeito, naquele país vige o princípio do *stare decisis*, na força vinculante das decisões judiciais. Por força desse princípio, a decisão envolvendo qualquer

questão constitucional proferida pelo órgão máximo do Judiciário americano vincula todos os demais juizes e tribunais. Com isso, basta a decisão de última instância envolvendo um caso concreto para que se lhe atribua eficácia *erga omnes*. (CLÉVE, 2000, p. 66).

Quanto ao momento em que o Senado brasileiro poderá exercer sua competência no sentido de suspender a norma definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal parece não mais haver dúvida na doutrina de que vige aí uma atividade discricionária, de natureza política, podendo este órgão, adotando critérios de conveniência e oportunidade, determinar o momento de levar a efeito a resolução suspensiva. Já com relação aos efeitos dessa suspensão a questão não é pacífica.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior ensinam que:

O momento do exercício da competência do artigo 52, X, é ato de política legislativa, ficando, portanto, ao crivo exclusivo do Senado. Não se trata de dar cumprimento à sentença do Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela via de exceção. Na verdade, a decisão do Senado Federal é no sentido de estender a sentença do Supremo, pertinente à inconstitucionalidade (não à prestação de fundo do peito – caso concreto), para todos. Os efeitos da resolução, portanto, são sempre a partir de sua edição, ou seja, *ex nunc*. (1999, p. 28)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari ensina:

Só a partir de sua suspensão é que a lei perde a eficácia, o que nos leva a admitir seu caráter constitutivo. A lei até tal momento existiu e, portanto, obrigou, criou direitos, deveres, com toda sua carga de obrigatoriedade, e só a partir do ato do Senado é que ela vai passar a não obrigar mais, já que, enquanto tal providência não se concretizar, pode o próprio Supremo, que decidiu sobre sua invalidade, alterar seu entendimento, conforme manifestação dos próprios ministros do Supremo, em voto proferido na decisão do Mandado de Segurança 16.512, de maio de 1966.⁹

E prossegue a ilustre jurista:

⁹ Revista Trimestral de Jurisprudência 38/5 e ss.

Assim sendo, não estão com a razão aqueles que consideram ter efeito retroativo a suspensão pelo Senado, pois, se não podemos negar o caráter normativo de tal ato, o mesmo, embora não se confunda com a revogação, opera como ela, já que retira, por disposição constitucional, a eficácia da lei ou ato normativo. (1999, p. 152)

Partilham de entendimento contrário, sustentando que a resolução suspensiva produz efeitos *erga omnes e ex tunc* o eminente constitucionalista Clémerson Merlin Clève, que na mesma linha de raciocínio que Gilmar Ferreira Mendes, aponta que tal dispositivo teve origem na Constituição de 1934, quando a suspensão da execução da lei “importava na extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual”. (MENDES, 1990, apud CLÈVE, 2000, p. 123)

Em que pesem as controvérsias em torno da questão, Alexandre de Moraes aponta que:

Tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Senado Federal, entendem que esse não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada *in concreto* pelo Supremo Tribunal; sendo, pois, ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política, de alcance normativo. (2003, p. 592)

Aponta ainda o festejado autor que uma vez editado o decreto suspensivo exaurida estará a competência constitucional do Senado, não podendo este órgão, *a posteriori*, alterar seu entendimento para tornar sem efeito ou mesmo modificar o sentido da resolução. (MELLO FILHO, 1986, apud MORAES, 2003, p. 592)

Entendemos com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior que no “âmago de qualquer ordenamento reside o objetivo de segurança das relações jurídicas”. (1999, p. 28)

Assim, pensamos não ser o melhor o entendimento que atribui efeito retroativo à resolução suspensiva do senado, já que dentro de seu poder discricionário que esta função lhe confere este órgão poderia postergar tal suspensão por durante anos, o que no momento de sua ocorrência estaria a

alterar um sem número de situações jurídicas plenamente constituídas sob a lei em debate.

Se entendêssemos pela retroeficácia da decisão resolutória do Senado diante da declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Corte Suprema parece que estaríamos deixando de lado o princípio da segurança jurídica, pois, diante de qualquer manifestação, *in concreto*, desse órgão reconhecendo a contrariedade de uma norma frente à Constituição, essa norma, desaplicada no caso concreto, estaria desacreditada pelas demais pessoas, pois, embora em vigor e obrigando aos demais, poderia se chegar ao extremo de se deixar de cumpri-la esperando que esta recusa seja posteriormente legitimada pelo Senado Federal quando de sua suspensão da ordem jurídica.

Parece ser de bom acerto, em respeito ao princípio da segurança jurídica, entendermos que os efeitos de tal resolução se operam *erga omnes* e *ex nunc*, e essa tem sido a tendência atual, já que mesmo no controle concentrado, como veremos, onde entendimento diverso seria mais aceitável, a decisão de última instância nem sempre atinge fatos pretéritos.

Cumprе lembrar, que, assim como nos demais tribunais, o Supremo Tribunal Federal só poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo por votos que representem a maioria absoluta de seus membros (CF, art. 97; RISTF, arts. 176 e 177).

O sistema difuso de controle da constitucionalidade de leis tem como falha a impossibilidade de se analisar a legitimidade de uma lei ou ato normativo frente à Constituição enquanto não haja uma demanda *in concreto*, em que o dispositivo viciado seja aplicável,¹⁰ além de abalar a exigência da certeza do direito e mesmo a segurança nas relações sociais disciplinadas pelo direito, já que no Brasil, somente após a Resolução do Senado suspendendo o ato normativo definitivamente declarado inconstitucional pelo Supremo é que sua aplicação deixará de prevalecer. Enquanto isso, ainda que já julgada a questão pela mais alta Corte, outros membros do Poder Judiciário, colegiados ou singulares,

¹⁰ “Nos Estados Unidos, com o objetivo de fugir a essa falha, encontramos demandas simuladas, a fim de provocar a manifestação do judiciário sobre a constitucionalidade de determinada lei”. (FERRARI, 1999, p. 139)

poderão decidir casos semelhantes de maneira diferente, já que não vigora aqui a força vinculante das decisões Superiores.

Nesse diapasão, a partir da Emenda Constitucional 16/65, com o objetivo de complementar a fiscalização da constitucionalidade no Brasil o legislador instituiu o controle concentrado, que visa combater a inconstitucionalidade presente em uma norma *in abstracto*, independentemente da existência de uma demanda envolvendo a aludida norma. É o que passaremos a analisar.

6 CONTROLE JURISDICIONAL PELA VIA CONCENTRADA

O controle de constitucionalidade pela via concentrada surgiu efetivamente no Brasil, como vimos, com a edição da Emenda Constitucional 16/65, (apesar da existência em nosso sistema, desde 1934, da representação interventiva), que, incorporando ao Estado brasileiro o modelo austríaco de fiscalização, fruto da criação de Hans Kelsen (CLÈVE, 2000, p. 67), veio a complementar o controle difuso então vigente.

Esse modelo tem por objeto a preservação da Lei Maior contra leis ou atos normativos federais ou estaduais que lhe sejam contrários. Diferentemente do que ocorre no controle difuso, onde a declaração da inconstitucionalidade é questão incidental que só será apreciada nos estreitos limites de sua pertinência com o caso em exame, aqui o objetivo principal da ação é exatamente o ataque à lei ou ato normativo contrário à Constituição, não sendo necessário a existência de uma lide em curso para ensejar a provocação do judiciário na análise da causa. O interesse processual se faz presente pela própria existência do vício da inconstitucionalidade no sistema normativo brasileiro, ou pela dúvida quanto à legitimidade de alguma lei ou ato normativo federal, sendo que neste último caso terá lugar a ação declaratória de constitucionalidade.

Alexandre de Moraes (2003) apresenta quatro formas de controle concentrado contempladas pela Constituição Federal. São elas: a ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a); a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, *in fine*; EC nº 03/93).

O foro competente para o julgamento dessas ações é unicamente o Supremo Tribunal Federal e essa concentração de competência em um único órgão tem a especial vantagem de dar uma única e definitiva decisão quanto à legitimidade do ato normativo impugnado, não existindo aqui o problema apresentado no controle difuso decorrente de decisões conflitantes. A decisão proferida pela Corte Suprema apresenta eficácia *erga omnes*, portanto aproveitando a todos.

A decisão definitiva em sede de controle concentrado tem o condão de paralisar eventuais ações em andamento que tramitem perante outros juízos por via difusa. Explicando: enquanto não proposta ação direta de inconstitucionalidade para impugnar de forma genérica lei ou ato normativo viciado, outras pessoas podem requerer, por via difusa, perante qualquer juiz ou tribunal, a sua exclusão do cumprimento de tal comando. Se durante o trâmite do processo em que tal pedido de exclusão foi realizado sobrevier decisão definitiva da Corte Suprema relacionada àquela impugnação, o processo incidental perderá seu objeto no que concerne a tal pedido, por já conter a decisão suprema os efeitos que se pretendia. O mesmo ocorrerá se sobrevier a revogação da lei argüida de inconstitucional. Nesse caso, até mesmo o controle concentrado perderá seu objeto.

O controle concentrado brasileiro tem por objeto: expurgar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo inconstitucional, caso em que o instrumento para se alcançar tal intento será a ação direta de inconstitucionalidade; declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo eivado de dúvida jurisprudencial quanto a sua legitimidade constitucional, onde o veiculo processual adequado será a ação declaratória de constitucionalidade; provocar a atuação do Poder Legislativo diante de uma omissão inconstitucional, que ocorrerá quando este órgão deixar de legislar sobre matéria que está Constitucionalmente obrigado, sendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão o meio processual adequado para manejar tal pedido¹¹; provocar a intervenção federal nos estados membros, para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis, arrolados no artigo 34, VII, da Constituição Federal, caso em que atuará a ação direta interventiva.¹²

Passamos a tratar de cada uma dessas ações.

¹¹ Como veremos, posteriormente, o Brasil ainda não apresenta meios eficazes para o combate da omissão inconstitucional, não podendo o Poder Judiciário atuar na esfera de competência legislativa.

¹² A ação direta interventiva, embora possa ser considerada como o primeiro sopro de controle concentrado no Brasil, não apresenta todas as sua características, como veremos no capítulo seguinte.

6.1 A ação direta interventiva (da União nos Estados)

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva surgiu em 1934, com a denominação de representação interventiva e tinha o objetivo solucionar judicialmente conflitos federativos. Era meio apto a ensejar a intervenção federal nos Estados-membros em caso de violação por estes dos princípios constitucionais sensíveis, hoje previstos no artigo 34, VII, de nossa Carta Política Federal.

Não se constitui em verdadeiro controle concentrado, mas não se pode negar que foi através dela que se deu o primeiro passo ao modelo abstrato de fiscalização hoje existente. “Cuida-se de procedimento fincado a meio caminho entre a fiscalização da lei *in thesi* e aquela realizada *in casu*. Trata-se, pois, de uma variante da fiscalização concreta realizada por meio de ação direta.” (CLÈVE, 2000, p. 125)

Embora integrante do sistema concentrado não apresenta características de uma ação abstrata, como as demais, eis que possui efeitos concretos. Não desencadeia um processo objetivo onde inexistem partes e cuja instauração pode se dar independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico. Aqui, o objeto do processo não é a declaração em tese da inconstitucionalidade de um ato estadual, mas a solução de um conflito entre a União e um Estado-membro, decorrente da violação, por este, de princípios federais. Sua característica é ser uma ação judicial de efeitos, também, políticos.

A autonomia de que gozam os entes federativos no Brasil, prevista no artigo 18 da Constituição, está sujeita à exceção, ocasião em que a união poderá intervir nos Estados-membros e no Distrito Federal, ou estes nos municípios. Ocorrerá a intervenção, no primeiro caso, quando houver violação de um dos princípios constitucionais sensíveis, previstos no artigo 34, VII, quais sejam: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. No âmbito dos Estados, a mesma

intervenção poderá ocorrer nos municípios quando estes deixarem de respeitar princípios estabelecidos nas constituições estaduais.

Assim, qualquer lei ou ato normativo do Poder Público, no exercício de sua competência, que venha a violar qualquer dos princípios sensíveis, poderá dar ensejo à sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política, que se dará pela via da ação direta interventiva.

Como nas demais espécies de controle abstrato, o órgão detentor de competência exclusiva para o julgamento da ação direta interventiva será o Supremo Tribunal Federal, que atuará mediante provocação do único legitimado para tal propositura, o Procurador Geral da República.

Podemos dizer que são *partes* no processo de ação interventiva a União, representada pelo Procurador Geral da República¹³, e o Estado-membro ao qual se atribua haver violado princípio constitucional da União. O Procurador Geral, no entanto, com base na independência funcional do órgão que representa e na discricionariedade com que atua, diante de uma representação que lhe tenha sido dirigida, pode perfeitamente, se entender descabida, determinar seu arquivamento.

A ação direta interventiva possui dupla finalidade, pois pretende a declaração da inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a decretação de intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal (finalidade política), constituindo-se, pois, um *controle direto, para fins concretos*, o que torna inviável a concessão de liminar. (CLÈVE, 1995, apud MORAES, 2003, p. 630)

¹³ Não andou bem o legislador constituinte de 1988 ao atribuir ao Chefe do Ministério Público da União competência para representar esta em processos de ação interventiva. Tal atribuição estava bem posta antes da atual Carta Magna, quando não existia, ainda, a figura do Advogado Geral da União. Ao copiar disposições das constituições anteriores o legislador deixou de considerar que antes o Procurador Geral acumulava as funções de chefe da representação judicial e extrajudicial da União e de chefe do Ministério Público da União, sendo que tais atribuições foram, com a Constituição atual, divididas entre o Advogado Geral da União, no primeiro caso, e o Procurador Geral da República, no segundo. Assim, seria mais compatível com as funções do Ministério Público que sua atuação nesses processos fosse apenas opinativa (ou que fosse, assim como nas ações diretas, um dos legitimados a sua propositura, na condição de *custus legis*), deixando-se ao Advogado Geral da União a legitimidade para provocar a atuação jurisdicional.

Julgada procedente a ação interventiva, o STF comunicará o fato, após seu trânsito em julgado, à autoridade interessada e ao Presidente da República, para as providências constitucionais cabíveis (RISTF, art. 175, § único).

A declaração de intervenção é ato exclusivo do Presidente da República, (CF, art. 84, X), mediante requisição do Supremo. Caso a suspensão do ato impugnado seja suficiente para restabelecer a normalidade na federação o Decreto interventivo se limitará a determinar essa suspensão, não se efetivando a intervenção.

Havendo necessidade de se efetivar a intervenção romper-se-á, momentaneamente, a autonomia do Estado-membro, ficando este ente sob administração federal pelo tempo necessário ao restabelecimento da normalidade na federação, tempo este que será fixado no Decreto presidencial. A Constituição Federal não prevê para a ação interventiva qualquer espécie de controle político por parte do Senado Federal ou pelo Congresso nacional.

Cumprе salientar que, embora tenha sido a ação direta interventiva o primeiro passo rumo ao atual controle abstrato da constitucionalidade, esse mecanismo processual se encontra hoje relegado a segundo plano, sendo que a ação direta de inconstitucionalidade se traduz em meio mais eficaz para a preservação dos princípios constitucionais sensíveis. Afinal, em se tratando de ato normativo, a ação direta genérica se presta a nulificar o ato impugnado com eficácia *erga omnes* e sem qualquer participação do Presidente da República ou do Senado Federal. Já a impugnação de tal ato via ação interventiva tem como resultado apenas a decretação de intervenção federal.

Não se pode negar, entretanto, que a ação direta interventiva ainda não foi completamente absorvida pela ação direta genérica, pois também se presta a impugnar atos concretos, que não são alcançáveis por esta, desde que violadores dos princípios constitucionais sensíveis previstos no artigo 34, VII, da Carta Magna. (CLÈVE, 2000, p. 138)

6.2 A ação direta de inconstitucionalidade - ADIN

Esta prevista no artigo 102, I, a, da Constituição Federal como uma das competências do Supremo Tribunal Federal, processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

O termo *originariamente* demonstra o caráter exclusivo da competência atribuída ao Supremo pela Constituição de 1988. A esse órgão foi conferido o poder exclusivo de sentenciar em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, decidindo definitivamente pela validade ou não de uma lei ou ato normativo federal ou estadual face à Carta magna, em se tratando de ação de inconstitucionalidade, sendo que pela via da ação direta de constitucionalidade só será impugnável lei ou ato normativo federal.

Trata-se a presente ação de um processo objetivo, onde inexistem partes ou interessados no deslinde da questão, não há interesses concretos e subjetivos em jogo. O interessado é a própria coletividade, que, representada por um dos legitimados à propositura da ação direta, busca a defesa da Lei Magna contra atos que lhe sejam contrários, no intuito de garantir a segurança das relações jurídicas, que não podem se apoiar em normas inconstitucionais.

Importante ressaltar que somente leis ou atos normativos editados posteriormente à constituição serão impugnáveis por ação direta de inconstitucionalidade, os anteriores serão controlados pelo fenômeno da recepção. Se a lei anterior à constituição for com ela incompatível não podemos considerá-la inconstitucional em relação a ela, teremos, sim, a sua revogação, pelo princípio do *lex posterior derogat priori*.

Não previu o legislador constituinte o controle da constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição Federal. Estas, terão sua legitimidade aferida apenas mediante controle difuso. O artigo 125 § 2º da Carta Magna Federal prevê a fiscalização das leis estaduais ou municipais em face da Constituição do Estado.

Por se tratar de um veículo processual onde os efeitos da decisão se operam de forma mais drástica, já que sua eficácia é *erga omnes*, o legislador constituinte viu por bem restringir o rol dos legitimados à propositura desta ação, o que não tira o caráter democrático dela, já que foi com a constituição de 1988 que

esse rol foi estendido, sendo que antes disso, só através do Procurador Geral da República era possível manejá-la, cabendo lembrar, ainda, que àquela época ele era demissível *ad mutum*, o que enfraquecia o controle direto.

Com efeito o artigo 103 da Constituição Federal prevê:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembléia Legislativa;

V – o Governador de Estado;

VI – o Procurador Geral da República;

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

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

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

O rol dos legitimados, disposto na Constituição, foi alargado pela lei 9868/99, a qual comentaremos mais adiante. Pelo novo diploma legal, de duvidosa constitucionalidade, nessa parte, já que amplia disposição constitucional mediante lei ordinária, podemos verificar que, além das pessoas já elencadas no artigo supra mencionado, também podem propor ação de inconstitucionalidade a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal.

Embora não haja necessidade de demonstrar interesse subjetivo no exercício do controle concentrado, o Supremo tem entendido que alguns dos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade só poderão manejá-la quando demonstrar um certo vínculo com a matéria tratada. Esse vínculo é chamado pelo Pretório Excelso de *pertinência temática*. Tal exigência não enfraquece o exercício do direito de ação que esses legitimados possuem. Com efeito, sendo objeto de análise direta de inconstitucionalidade lei ou ato normativo federal ou estadual, não seria razoável admitir, *v.g.*, que governador do estado do Paraná ingressasse com ação direta de inconstitucionalidade visando expurgar do ordenamento lei ou ato normativo do estado do Amazonas, a menos que tal inconstitucionalidade esteja prejudicando diretamente seu Estado.

Assim, os legitimados à propositura da ADIn encontram-se divididos entre autores neutros, ou universais, que não precisam demonstrar qualquer interesse para com o resultado da ação, e interessados ou especiais, que deverão demonstrar seu interesse no reconhecimento da inconstitucionalidade.

Fazem parte do primeiro grupo, por serem representantes de toda a sociedade brasileira, ou de categorias dispostas em todo o território nacional, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Na condição de interessados ou especiais estão a Mesa de Assembléia Legislativa, os Governadores de Estado e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, e, com o advento da Lei 9868/99, também se encontram nessa condição o Governador do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Ressalte-se que em relação às Confederações o Supremo Tribunal Federal tem entendido que somente as que se amoldarem na forma do artigo 535 da CLT, ou seja, as que têm na sua formação, no mínimo, três Federações, terão legitimidade. E, em interpretação literal do inciso IX, não reconheceu a mesma legitimidade às Federações, mesmo que de âmbito nacional¹⁴.

Quanto às entidades de classe de âmbito nacional o Pretório Excelso tem exigido que esta tenha representação em pelo menos nove unidades da federação, em analogia à Lei Orgânica dos Partidos Políticos.¹⁵

Além de poder atuar como um dos legitimados o Procurador Geral da República será previamente ouvido em todas ações diretas de inconstitucionalidade que não tenham sido por ele iniciadas e em todos os processos de competência do STF (art. 103 § 2º CF).

¹⁴ ADIn 488, DJU de 12.06.1992. Precedentes: ADIn 17.360 e ADIn 398. Na ADIn 505-7 (RT 677:240), o STF assim decidiu: “Já afirmou esta Corte o entendimento de que, das entidades sindicais, apenas as Confederações sindicais (art. 103, IX, da CF) têm legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. Por outro lado, foi recebido pela Carta Magna vigente o art. 535 da CLT, que dispõe sobre a estrutura das Confederações Sindicais, exigindo, inclusive, que se organizem com um mínimo de três federações”. Nesse sentido, igualmente: ADInMca 1508-RJ (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.11.1996, DJU 29.11.1996).

¹⁵ CF. STF, ADIn 108, Rel. Min. Celso de Mello, Ement., v. 01664-01, p. 17. RTJ, 141:3.

O parágrafo 3º do artigo 103 determina que o Advogado Geral da União será citado para defender o ato ou texto impugnado todas as vezes que o Supremo apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo.

Essa atuação tem o fim de preservar o contraditório na ação direta, embora o órgão ou autoridade responsável pelo ato impugnado possa comparecer ao feito para apresentação de informações.

Clèmerson Merlin Clève aponta gritante contradição existente na atuação do Advogado Geral:

Afinal, como se compatibiliza o exercício da consultoria jurídica do Poder Executivo com a defesa inarredável de todos os atos atacados por via de ação direta genérica? Considere-se uma lei inconstitucional, reconhecida, em parecer oferecido pelo Advogado Geral da União ao Presidente, para justificar a sua inaplicação pelo Executivo. Imagine-se, ainda, norma legal atacada pelo próprio Presidente da República por via de ação direta, ou a hipótese de lei estadual disposta sobre matéria de competência da União. Em todas as situações, ainda que antes, na atividade consultiva, tenha se pronunciado em sentido contrário, deverá o Advogado Geral da União providenciar a sustentação do ato impugnado.(2000, p. 181)¹⁶

Entretanto, o STF não tem entendido pela existência de contradição na atuação do Advogado Geral quando funciona como curador especial da norma, em razão do princípio de sua constitucionalidade¹⁷.

Por se tratar de um processo objetivo, os legitimados não possuem poder de disposição. Uma vez proposta a ação não se admitirá desistência.

O Judiciário não pode ampliar o objeto da ação, mas não está adstrito à fundamentação, podendo declarar a inconstitucionalidade por motivos diversos dos aduzidos na inicial. Sua atuação é de legislador negativo, nunca de legislador positivo¹⁸.

¹⁶ O autor sugere a supressão do parágrafo 3º do artigo 103 da CF, ressaltando que a defesa do ato argüido de inconstitucional pode perfeitamente ser realizada pelos órgãos ou autoridades responsáveis pela edição do ato, em razão do direito que possuem de apresentar informações em defesa de seus atos normativos, quando combatidos em sede de jurisdição concentrada.

¹⁷ ADIn 97-7, RT 670:200.

¹⁸ Veremos, mais adiante, que a impossibilidade de uma atuação positiva por parte do Poder Judiciário na fiscalização da omissão inconstitucional traz prejuízos à eficácia desse tipo de

O primeiro passo para a verificação da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo é a verificação do parâmetro de controle, isto é, deve-se analisar o dispositivo constitucional tido por violado em comparação com o ato normativo tido por violador, analisando a (in)compatibilidade entre esses dispositivos.

O procedimento levado a efeito no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade era, até o advento da lei 9868/99, o previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A partir do surgimento da lei, foi mais detalhadamente estabelecida a forma de julgamento e os efeitos da decisão dada em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Prevê o artigo 22 do referido estatuto que “a decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito ministros” e o artigo 23 determina que a decisão será declarada num ou noutro sentido quando para tanto tiverem se manifestado pelo menos seis ministros.

A declaração de inconstitucionalidade só poderá ser prolatada, assim como no controle difuso, por maioria absoluta dos membros do Tribunal Superior (art. 97 CF).

Com efeito, o parágrafo único do artigo 23 da Lei estabelece que se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes ministros em número que possa influir no julgamento, será este suspenso para aguardar o comparecimento dos ausentes, até que seja atingido o número necessário para a prolação da decisão em um ou em outro sentido.

Com o advento da lei regulamentadora do processo e julgamento das ações diretas (Lei 9868/99) surgiu em nosso sistema o chamado *caráter “ambivalente” do controle abstrato*.

Essa característica vem demonstrada no artigo 24 da Lei, que determina: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.”

controle, por não existir no Brasil, ainda, uma previsão de sanção pela permanência dessa omissão mesmo após seu reconhecimento pelo Pretório Excelso.

Com efeito, percebe-se que em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade o efeito de tal pedido pode ser o julgamento, inclusive com efeito vinculante (assunto que trataremos oportunamente) no sentido contrário, declarando a constitucionalidade da disposição normativa. Do mesmo modo, eventual ação declaratória de constitucionalidade pode ter o condão de declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, se nesse sentido tiverem se manifestado seis ministros.

É nisso que se consubstancia o *caráter ambivalente* dessas ações. É a admissibilidade da fungibilidade da decisão dada no controle concentrado de constitucionalidade.

Prolatada a sentença surge a questão dos efeitos dessa decisão, que além de alcançar toda a coletividade (efeito *erga omnes*), admite, pelo art. 27 da nova Lei, *efeitos retroativos, prospectivos ou, ainda, a partir de outro momento que o Supremo Tribunal Federal venha a fixar, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*. Sobre o assunto trataremos em capítulo próprio, o qual falaremos também do efeito vinculante das decisões do Supremo em matéria de controle de constitucionalidade.

6.3 A ação declaratória de constitucionalidade - Adecon

6.3.1 Aspectos históricos da Adecon

No final do ano de 1991 o então Presidente da República Fernando Collor de Mello, pretendendo uma ampla reforma da Constituição, elaborou o chamado “emenda constitucional”, que, entre outras medidas, visava instituir no Brasil a chamada “avocatória”, que consistia na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal trazer para si, mediante os subjetivos argumentos de *relevância e risco de grave lesão às instituições*, o julgamento de determinadas demandas, sendo que suas decisões seriam vinculativas para toda a administração pública.

Tal medida, ante a nova Carta Política, representava escandalosa ofensa ao princípio do juiz natural, o que fez com que juristas de renome manifestassem imediatamente sua indignação com a pretensão do então Chefe do Executivo.

Diante das pressões do meio jurídico e da imprensa, a idéia da advocatária foi deixada de lado, mas fez surgir no cenário jurídico brasileiro a reflexão sobre uma nova forma de controle abstrato da constitucionalidade dos atos normativos.

Coube ao professor Ives Gandra da Silva Martins idealizar uma ação de âmbito constitucional, “para evitar mal maior”, de acordo com suas palavras, que objetivasse um controle positivo da constitucionalidade. (WALD, 1996, p. 19/20).

Nesse ambiente, o ilustre tributarista desenvolveu, com o auxílio de Gilmar Ferreira Mendes¹⁹, uma fórmula que acabaria por redundar na atual ação declaratória de constitucionalidade.

Não se pode perder de vista, no entanto, que os contornos que foram dados ao novo instituto não obedeceram à proposta original de Ives Gandra, que, inconformado com as alterações que ele não propôs, chegou a ingressar com ação direta de inconstitucionalidade contra a inovação, na condição de representante da Associação dos Magistrados do Brasil - AMB²⁰. Entre os principais inconformismos do idealizador da medida estava a retirada de algumas garantias por ele tidas como fundamentais, tais como a participação facultativa de todas as entidades legitimadas à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, dentro do prazo de 15 dias da publicação do ingresso da ação. De fato, se assim tivesse sido aprovada, a emenda teria adquirido uma feição mais democrática.

6.3.2 A constitucionalidade da emenda 03/93

¹⁹ 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 de federação germânica. (MARTINS e MENDES, 2001, p. XII)

²⁰ A ação não foi conhecida pela Suprema Corte, que entendeu não ser parte legítima a referida associação.

Foi através da Emenda Constitucional de nº 03 de 17 de março de 1993 que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a ação declaratória de constitucionalidade. Tal medida já nasceu cercada de críticas quanto a sua constitucionalidade. O mundo jurídico, através de vários órgãos, visualizava diversas ofensas a dispositivos do texto constitucional, tais como: trata-se de uma ação sem réu; violação do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), dos princípios da ampla defesa, abrangendo o contraditório (art. 5º, LV) e do acesso à justiça (art. 5º XXXV), sendo, pois, violadas as cláusulas pétreas da Constituição (art. 60 § 4º, III); estaria sendo eliminado o princípio do duplo grau de jurisdição e da recorribilidade das decisões judiciais (pois as decisões prolatadas em ações diretas de constitucionalidade passariam a ter efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo); não estaria sendo respeitado o princípio da separação dos poderes, já que a Corte Suprema passaria a atuar como Legislador positivo.

Apesar da ampla discussão doutrinária que se seguiu o plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu, por maioria de votos, pela constitucionalidade da parte da emenda nº 3 que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade.²¹

Embora de início tenha se posicionado contrariamente à novidade que se introduzia no sistema normativo brasileiro, Celso Ribeiro Bastos, em seu *Curso de Direito Constitucional* assim comentou a ação declaratória de constitucionalidade:

Cumpra desde logo salientar que a ação declaratória de constitucionalidade, bem como a ação direta de inconstitucionalidade, não se submetem, necessariamente, aos princípios que disciplinam a atividade jurisdicional em geral, consistente na solução de conflitos de interesses das partes demandantes. Quando os tribunais exercem o controle da constitucionalidade concentrada, quer apreciando a ação direta de inconstitucionalidade, quer a ação declaratória de constitucionalidade, estão exercendo jurisdição constitucional objetiva. O que se pretende com a propositura da ação declaratória de

²¹ STF - Pleno - Ação Declaratória de constitucionalidade nº 1-1/DF - Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 nov. 1993, p. 23.286. Votaram pela constitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade os Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão, Francisco Rezek, Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Paulo Brossard e Carlos Velloso. De outra banda, o voto vencido foi do ministro Marco Aurélio Farias de Mello, que seguiu corrente doutrinária adotada por diversos juristas, entre eles, Celso Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, Ana Maria Scartezzini, Edvaldo Brito, Marcelo Figueiredo, Greco Filho. Outros juristas trilham o mesmo caminho decidido pelo STF. Tais como, Gilmar Ferreira Mendes, Arnold Wald, Hugo de Brito Machado.

constitucionalidade é dar solução ao estado de incerteza que paira sobre a legitimidade de uma lei ou ato normativo federal.

E prossegue o ilustre jurista:

Na verdade, a reação contrária à ação declaratória de constitucionalidade deveu-se sobretudo ao desconhecimento aprofundado da teoria sobre a jurisdição constitucional. (2001, p. 420)

Gilmar Ferreira Mendes em *Ação declaratória de constitucionalidade* comenta que “a ação direta de constitucionalidade nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado”. (1996, p. 56).

A não existência de réus ou partes apenas demonstra que se cuida de um *processo objetivo*, assim como se tem com a ação direta de inconstitucionalidade, cuja instauração, em ambos os casos, independe da demonstração de um interesse jurídico específico. O fim almejado na ação declaratória é eliminar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal.

Em seu voto pela legitimidade da inovação no controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, o Ministro Paulo Brossard, aduz que as alegações articuladas contra a ação direta de constitucionalidade são “igualmente articuláveis em relação à ação direta de inconstitucionalidade, coisa que jamais fora feita em quase meio século”.²²

A alegação de que a ação declaratória seria ofensiva aos princípios da proteção judiciária, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, deve-se ao fato de estar previsto o efeito vinculante para as decisões proferidas pelo Supremo nesse tipo de controle de leis.

Deve-se, no entanto, atentar para o fato de que uma vez realizado pelo Supremo o pronunciamento sobre a constitucionalidade de determinado dispositivo de lei, com eficácia *erga omnes*, a pretensão de submeter pleito individual de índole constitucional à apreciação de órgãos do Poder Judiciário

²² Ação direta de inconstitucionalidade 1-1-DF. Questão de ordem. Voto do Ministro Paulo Brossard.

demonstra, no mínimo, uma insensatez, tendo em vista que já teria sido dada, pelo órgão que recebeu o papel de guardião da Constituição, a última palavra em matéria de interpretação da Carta Magna.

Para justificar que os direitos e garantias individuais não estariam ameaçados pela nova forma de controle concentrado, Gilmar Ferreira Mendes ensina:

De resto, tanto o sistema concentrado como o modelo difuso de controle de constitucionalidade desenvolveram mecanismos destinados a dotar de eficácia vinculante as decisões definitivas das Cortes Constitucionais ou dos órgãos supremos do Poder Judiciário.

Nos modelos de controle de constitucionalidade “concentrado”, tais como o da Áustria, o da Alemanha, o da Espanha e o de Portugal, não se deve esperar que os órgãos da jurisdição ordinária decidam contra a orientação firmada pelo Tribunal Constitucional.

E prossegue o mestre:

Em verdade, as críticas acima referidas parecem eivadas de um profundo preconceito contra o Supremo Tribunal Federal, denotando que os juizes e tribunais ordinários seriam mais “liberais” ou “compreensivos” na interpretação dos direitos individuais. Trata-se, pois, de argumento fundamentalmente metajurídico. (1996, p.56/57)

Com a rejeição da proposta original de Ives Gandra, no sentido de estabelecer as mesmas entidades aptas a iniciarem a ação de inconstitucionalidade como legitimadas a contestar a ação direta de constitucionalidade, surgiu a pergunta: quem exerceria o contraditório nesse tipo de controle? O Supremo entendeu que tal ação apenas poderia ser proposta em havendo, comprovadamente, sólida divergência jurisprudencial (o que caracterizaria a existência de um mínimo de contraditório), o que levou, a sua pouca utilização, pois, se o Governo resta vencido em seus argumentos nas instâncias inferiores, não deseja propor uma ação com efeito vinculante que lhe possa ser desfavorável, e, se os resultados são positivos, as próprias instâncias inferiores encarregam-se de desestimular pretensões contrárias aos interesses governamentais. (MARTINS e MENDES, 2001, p. XV)

A petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade deverá indicar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória (art. 14, III, lei 9868/99).

Em meio a essa discussão veio à tona a inquestionável celeuma que se estabelecia com o efeito vinculante previsto para a ação declaratória de constitucionalidade, não previsto para a ação de inconstitucionalidade.

A lei 9868/99 veio a uniformizar os efeitos da decisão proferida em ambas as ações, assunto de que trataremos em tópico próprio.

6.3.3 A ação declaratória e o universo de sua aplicação

A emenda constitucional 03/93, em seu artigo 1º alterou os artigos 102 e 103 da CF, que passaram a possuir a seguinte redação:

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 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.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo “.

“Art. 103

[...]

§ 4º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador Geral da República “.

A novidade veio estabelecer a possibilidade de, diante de uma considerável divergência quanto à legitimidade de determinado dispositivo de lei federal em

face da Constituição, se declarar a constitucionalidade do respectivo ato normativo, eliminando, desde logo, a proliferação de demandas em sede de controle difuso, e, por conseguinte, a insegurança jurídica resultante de decisões conflitantes. Assim, as ações declaratórias resolvem de imediato a questão, declarando o Supremo, *a priori*, a constitucionalidade do ato, antecipando-se a uma provocação por via de recurso extraordinário para que se manifeste pela via difusa, ou a uma ação direta de inconstitucionalidade.

Embora Gilmar Ferreira Mendes (1996) tenha identificado a Adecon como uma “ADIn com o sinal trocado”, as semelhanças entre os dois institutos não são idênticas. Além da diferença relativa à legitimidade passiva que comentamos, insta lembrar outras mais.

Com efeito, a legitimidade ativa (todos neutros e universais) e o objeto material da Adecon são mais restritos. Na Adecon apenas o Presidente da República, a Mesa da Câmara, a Mesa do Senado e o Procurador Geral da República podem provocar o exercício da jurisdição constitucional inerente ao Supremo. O objeto aqui é a análise da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, apenas, não podendo ser objeto de ação declaratória as leis ou atos normativos estaduais em relação à Carta Magna Federal, como ocorre com a Adin.²³

O Procurador Geral da República, assim como na Adin, se manifestará em todas as ações que não tiverem sido por ele iniciadas.

A concessão de medida cautelar parece ser incompatível com o instituto, já que a validade das leis e demais atos normativos é presumida. Porém, o Supremo Tribunal Federal entendeu que seria possível, com fundamento no poder geral de cautela do juiz, deferir liminar em ação declaratória de constitucionalidade.²⁴

A lei 9868/99 veio encampar o entendimento do STF, prevendo no artigo 21, *caput*, que o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de

²³ Quanto à possibilidade de instituir-se a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual em face da constituição do Estado-membro, ver Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*. São Paulo. Ed. Atlas, 2003, p. 634.

²⁴ Questão de Ordem que precedeu o julgamento da Ação Declaratória nº 4, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 5-2-1998, publicado no *Boletim Informativo STF*, nº 98.

constitucionalidade, consistente na determinação de que os juizes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Os efeitos da decisão em sede de ação declaratória serão *erga omnes* e vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e Executivo (§ 2º do art. 102, CF).²⁵

6.4 A Inconstitucionalidade por omissão

6.4.1 Constituição e modelo de Estado

A Constituição revela a opção do constituinte por determinado modelo de Estado. O próprio conceito de constituição está intimamente ligado ao modelo de Estado adotado.

Já houve o tempo em que a Constituição era concebida como um documento destinado a limitar a ação do Estado, onde, diante de uma atuação sufocante por parte do poder estatal, que restringia consideravelmente a liberdade do particular, se preconizava um Documento Estatal capaz de garantir maior liberdade e maiores garantias aos governados.

Fruto desses anseios surgia, por obra da revolução francesa, a opção por um modelo estatal liberal, onde se buscava um Estado mínimo, pouco interventor nas relações sociais.

A idéia de um Estado Liberal identificava-se, assim, com o fim do Estado opressor e com a valorização da liberdade de agir, onde o individualismo deveria

²⁵ Com a edição da lei 9868/99, em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade também se tornou vinculante a decisão dada pelo Supremo.

prevalecer e essa omissão estatal seria a maior garantia da liberdade e dos direitos dos cidadãos.

Esse modelo estatal não teve lugar nas constituições modernas, que se orientaram no sentido de buscar um Estado intervencionista, que requer sempre a presença ativa do poder político nas diversas esferas sociais.

Fruto da dependência do indivíduo, que por motivos alheios a sua vontade se via incapaz de se prover de certas necessidades existenciais mínimas, surge o Estado Social.

A solução é buscar no Estado a proteção do indivíduo, que, diante da intervenção mínima, se torna incapaz e até mesmo preso à vontade dos mais fortes. Aquele modelo estatal que buscava a maior liberdade só a concretizava para os poderosos economicamente, o que demonstra a necessidade de uma atuação mais efetiva por parte do Estado, que é chamado a equilibrar as desigualdades sociais e humanitárias que imperavam

As constituições modernas passam então a exigir uma maior participação do Estado, não no sentido de restringir a liberdade e as garantias individuais, mas com o fim de atuar na distribuição da igualdade e na planificação de programas sociais. Passa-se de um modelo baseado na inércia estatal e na plena individualidade a um modelo proibitivo de ausência, onde o atuar do Estado passa a ser a regra e a omissão torna-se inconstitucional.

Assim surge a denominada Constituição Constitutiva, a que Canotilho identifica como “Constituição Dirigente”, que não expressa apenas um instrumento de governo, mas um “plano normativo-material global”, que determina tarefas, estabelece programas e define fins a serem perseguidos pelo Estado. (CANOTILHO, 1982, apud PIOVESAN, 1995, p. 34).

A Constituição Dirigente acaba por alargar as tarefas do Estado, que passa a ser o responsável pela implementação de políticas econômicas, sociais e culturais.

É nesse contexto, com o objetivo de garantir o sucesso da Constituição Constitutiva ou Dirigente, que surge a necessidade da existência de um controle da omissão dos Poderes Públicos, capaz de frustrar o cumprimento da Constituição.

6.4.2 O modelo de Estado adotado no Brasil e a aplicabilidade das normas constitucionais

A constituição brasileira, desde seu preâmbulo, passando por vários artigos (com destaque para o artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais), se mostra incorporadora da doutrina do Estado Social, ao prever dentre outros direitos sociais a instituição de um Estado Democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

À luz da Carta de 1988 torna-se impensável um Estado ausente e reforça-se a idéia de um Estado interventor, voltado ao bem estar social.

O grande problema das Constituições contemporâneas, porém, tem sido a dificuldade em converter seus postulados em real transformação das estruturas. Surge , pois, o momento de analisar a aplicabilidade das normas constitucionais.

Adotando-se a classificação de José Afonso da Silva, em *Aplicabilidade das Normas constitucionais*, podemos dividir as normas constitucionais, quanto à sua eficácia em normas de eficácia plena, contida e limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas dotadas de aplicabilidade imediata, que, por possuírem todos os elementos essenciais à produção de efeitos, não necessitam de qualquer complemento legislativo. Produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, pois já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses e no campo de incidência que visa regular.

Na definição de José Afonso da Silva as normas de eficácia contida são:

Aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados. (1982, p. 105)

Sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação posterior, mas é passível de limites que posteriormente se lhe estabelecem, mediante lei, ou mediante a ocorrência de circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas. (PIOVESAN, 1995, p. 58)

Flávia Piovesan, citando José Afonso da Silva, define as normas de eficácia limitada:

São todas as normas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade. São, pois, normas constitucionais de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante legislação integrativa. (1982, apud PIOVESAN, 1995, p. 58)

As normas programáticas são “aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo”.(BONAVIDES, 1993, apud PIOVESAN, 1995)

Estabelece-se, assim, o campo de incidência da omissão legislativa inconstitucional, que só terá lugar diante de normas constitucionais, que, de alguma forma, dependam de uma integração, mediante atividade legislativa ordinária, para que possam produzir efeitos.

A omissão legislativa inconstitucional está ligada às normas de eficácia limitada, definidas na teoria de José Afonso da Silva.

A omissão passível de controle não está relacionada ao dever geral de legislar, devendo haver a imposição constitucional ao legislador ordinário para que atue em determinada matéria.

Vale lembrar a definição de omissão inconstitucional já exposta nesta obra pelas palavras de Canotilho:

O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples *não fazer*, a um simples *conceito de negação*. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conezionar-se com uma *exigência constitucional de ação*, não bastando o simples *dever geral de legislar* para dar fundamento a uma omissão inconstitucional. (1998, p. 917)

Com as inovações trazidas pela Carta de 1988 veremos que a discricionariedade do legislador encontra limites e sua omissão não é mais tratada como comportamento incontrolável juridicamente.

6.4.3 A inconstitucionalidade por omissão na Constituição de 1988

Importante inovação em matéria de controle de constitucionalidade de leis trazida pela Constituição Federal de 1988 foi a previsão da inconstitucionalidade por omissão. Prevista no parágrafo 2º do artigo 102, determina que declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessária e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

A constituição de 1988 rompe com o modelo totalmente discricionário da atividade legislativa ao prever o controle da omissão inconstitucional. As matérias a que o legislador constituinte outorgou necessidade de complemento ao legislador ordinário ou que dependam de regulamentação por parte de outro Poder não poderão deixar de receber tal acabamento, sob pena de se sujeitarem ao controle, assim como na inconstitucionalidade por ação, exercido através da ação direta de inconstitucionalidade.

Os autores legitimados à propositura, o foro competente e o sistema de processamento serão os mesmos previstos para os casos de inconstitucionalidade por ação.

Questão fundamental para a aferição da inconstitucionalidade por omissão se refere ao momento em que determinado silêncio legislativo passa a se tornar inconstitucional.

O tempo útil em que deveria ter sido produzido o ato que viesse a integrar a Constituição será o norte para a aferição da inconstitucionalidade por omissão. Surge, assim, duas situações: quando a própria Carta Magna fixa prazo para a elaboração da legislação complementar (ex. artigos 12, 20, 48, 50, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988) e quando não há qualquer fixação de tempo para a execução da ordem constitucional de legislar.

No primeiro caso parece não haver qualquer problema em se aferir o momento em que o comportamento do legislador se tornou inconstitucional. Transcorrido o prazo sem que o ato tenha sido normatizado ou sem que tenha havido justificativa para essa omissão passa a configurar-se a inconstitucionalidade por omissão.

Na segunda hipótese, não havendo o legislador constituinte estabelecido prazo para a complementação da norma constitucional há que se questionar qual seria o prazo razoável para a adoção da medida.

O que seria prazo “razoável”? Recaséns Siches, analisando a lógica do razoável, afirma que ela está limitada ou circunscrita, condicionada e influenciada pela realidade concreta do mundo no qual opera o direito; está circunscrita, condicionada e influenciada pela realidade do mundo social, histórico e particular, no qual e para o qual são produzidas as regras jurídicas; está, ainda, impregnada por valorações, critérios axiológicos, valorações estas que devem levar em conta todas as possibilidades e todas as limitações reais. (SICHES, 1973, apud FERRARI, 1999, p. 228)

Assim, utilizando-se de uma interpretação sistemática e histórica, deverá o órgão julgador analisar se o tempo transcorrido era ou não suficiente para a elaboração da norma, e se o era, concluirá pela omissão inconstitucional do legislador.

Embora seja o fator mais importante, a determinação de tempo não pode ser o único critério para a aferição da inércia legislativa. Deve-se considerar, também, a importância da medida não realizada e se realmente sua

regulamentação era indispensável para a concretização do comando constitucional.

Por vezes é difícil definir se a inconstitucionalidade resulta de uma omissão parcial, em que o complemento da legislação constitucional se deu de forma imperfeita, inacabada, ou se é obra de uma ação, que, violando o princípio da isonomia, regulamenta determinada matéria com relação a um seguimento, uma categoria de pessoas e exclui ou silencia com relação à outra, que, estando em situação idêntica ou semelhante, deveria ter sido igualmente abrangida pela lei.

Na lição de José Afonso da Silva, quando, por violação ao princípio da isonomia, o legislador impõe obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupo de pessoas, discriminando-as em face de outras envolvidas na mesma situação, a solução será a declaração de nulidade de tal ato; quando a violação ao princípio da igualdade outorga benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente, a solução consistirá em alargar a esfera de incidência da norma para alcançar os discriminados que o solicitaram perante o Poder Judiciário, caso por caso. Tal ato é insuscetível de declaração genérica de inconstitucionalidade por via de ação direta, pois de assim fosse estaria o Judiciário atuando como órgão legislador positivo. (SILVA, 1993, apud CLÉVE, 2000, p. 352/353)²⁶

6.4.4 O mandado de injunção

O mandado de injunção é outro importante instrumento previsto na Constituição de 1988 para o combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuam aplicação imediata.

Prevê o artigo 5º, inciso LXXI, que conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. É considerado como o remédio constitucional pelo qual

²⁶ Não tem sido esse o entendimento da Suprema Corte brasileira, que, baseada na súmula 339, não tem determinado a extensão de vantagens a servidores envolvidos em situação semelhante que sofreram discriminação por ato legislativo.

se exercita o controle concreto da inconstitucionalidade por omissão e por estar elencado no rol das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possui aplicabilidade imediata (art. 5º § 1º).

Consiste em uma ação constitucional que visa efetivar direitos não exercitáveis de imediato por falta de norma regulamentadora. Repare que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão o objeto será a ausência de regulamentação de qualquer norma constitucional que imponha o dever de legislar, já no mandado de injunção só será atacável a omissão que esteja a prejudicar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não poderá o cidadão comum atacar qualquer omissão legislativa que contrarie mandamento constitucional. Para isso somente os legitimados do artigo 103 estarão aptos, através da via concentrada.

Outra diferença importante se refere ao momento em que o legislador pode ser considerado omissor em seu dever constitucional de legislar. Enquanto na ação direta a verificação dessa inércia deve se ater a critérios do mundo social, histórico e particular no qual opera o direito, no mandado de injunção, por tratar-se de norma definidora de direitos e garantias fundamentais, e, por consequência, de aplicabilidade imediata, como já dito, o cidadão prejudicado pela omissão legislativa não estará preso a critérios de tempo ou oportunidade para o manejo da ação. Assim, no primeiro dia após a promulgação da Constituição brasileira já se tornara possível a utilização desse *writ*. (CLÉVE, 2000, p. 364)²⁷

O mandado de injunção poderá ser ajuizado por qualquer pessoa que tenha o exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional inviabilizado em virtude de falta de norma regulamentadora da Constituição Federal. Embora não haja previsão expressa na Constituição, o STF reconheceu a possibilidade de *mandado de injunção coletivo*, tendo sido reconhecida a

RMS 21.662-DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 05.04.1994, 1ª Turma, DJU 20.05.1994).

²⁷ Não tem sido esse, no entanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que tem pretendido equiparar os efeitos da decisão em ambos os casos. MI 361-RJ, Rel. Min. Nery da Silveira, Rel. Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 17.06.1994; MI 20-DF, Rel. Min. Celso de Melo, j. 19.05.1994, DJU 22.11.1996).

legitimidade para as associações de classe devidamente constituídas. (MORAES, 2003, p. 181).²⁸

A medida cuja omissão deve ser suprida deverá ser de caráter normativo, não se admitindo o mandado de injunção para efetivar medida referente à prática de ato concreto.

O sujeito passivo só poderá ser pessoa estatal, pois somente aos entes estatais é atribuído o dever de emanção de normas que objetivem dar aplicabilidade à Constituição.

O foro competente para o julgamento do mandado de injunção dependerá de qual seja a autoridade competente para a elaboração do ato legislativo, podendo ser o próprio Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 102, *q*, da Constituição, ou o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo art. 105, I, *h*.

6.4.5 Efeitos da decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em se tratando de órgão administrativo, este terá o prazo de 30 dias para tomar as medidas necessárias no sentido de regulamentar a norma constitucional cuja aplicação efetiva esteja sendo prejudicada pela falta de lei regulamentadora. Como não pode o Judiciário se substituir ao Poder Público administrativo na função de editar a norma, sob pena de prejuízo ao princípio da independência dos Poderes, a fixação de prazo terá o condão de permitir sua futura responsabilização, caso a omissão persista.

A questão toma ares mais delicados quando a procedência da ação declara a omissão e o órgão omissor é o Legislativo. Nesse caso, não existe qualquer prazo fixado pela Constituição para a adoção das medidas necessárias, não cabendo, portanto, qualquer sanção caso, mesmo após a ciência dada pelo Judiciário de sua mora, o Poder Legislativo permaneça inerte. Assim, a simples declaração de omissão legislativa, e a respectiva ciência dada ao órgão

²⁸ STF - Mandado de Injunção nº 361-1 - *Diário de Justiça*, Seção I, 17 jun. 1994, p. 15.707

responsável pela elaboração da lei, por si só, não terá efeito algum. Qual será, então, o efeito da decisão que declara a omissão caso a mora legislativa permaneça?

O problema central ora tratado, no entanto, não está em atribuir uma sanção ao órgão legislativo omissor e sim em retirar do ordenamento a inconstitucionalidade indesejada. A questão é saber como eliminar a deficiência da atuação do Poder Legislativo sem interferir no princípio da independência dos poderes, previsto no artigo 2º da Carta Magna.

A inovação no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não trouxe a devida garantia ao princípio da prevalência da Constituição, já que não previu uma fórmula de atuação por parte do Poder Judiciário no sentido de executar sua decisão e, se substituindo ao Legislativo moroso mesmo após tal situação ter sido judicialmente declarada, editar uma norma regulamentadora (ainda que provisória) do preceito constitucional de eficácia limitada e, com isso, suprir a omissão inconstitucional.

Uma das soluções propugnadas pela doutrina seria, declarada a omissão, a designação de um prazo para a elaboração da norma pelo Poder Legislativo. Transcorrido esse prazo e permanecendo a inércia o Supremo (dependendo do caso), quando isso fosse possível, elaboraria a norma faltante, em caráter provisório, até que a situação fosse definitivamente regulamentada pelo Poder Competente.

A adoção dessa medida não ocasionaria a quebra do princípio da independência dos Poderes, já que o caráter da decisão seria provisório e objetivaria tão-somente dar efetividade à Constituição, além do que, situação semelhante já ocorre no Brasil com a edição das medidas provisórias, onde o Poder Executivo atua de maneira passageira e eventual na esfera de competência do Poder Legislativo. (PIOVESAN, 1995, p. 108/110)

A decisão do Supremo, além de possuir efeito *erga omnes*, já que se da em um processo objetivo, abstrato, fixa judicialmente a omissão, com efeitos retroativos, estabelecendo um termo para eventual responsabilização por perdas e danos do Poder Legislativo, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo. (MORAES, 2003, p. 633)

Assim, havendo prazo determinado na Constituição para a elaboração da norma e não sendo ele cumprido, os efeitos da decisão retroagirão ao seu término. De outro modo, não tendo a Constituição fixado qualquer prazo, que é o mais comum, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão se operam a partir desse reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal. Enquanto não declarada judicialmente, o Poder Legislativo não pode ser considerado omissor, pois atua na esfera de sua discricionariedade.

6.4.6 Efeitos da decisão no mandado de injunção

No mandado de injunção, por tratar-se, além de uma garantia constitucional, de um modelo concreto de fiscalização da inconstitucionalidade, a decisão terá efeitos *inter partes*. No entanto, a questão não é pacífica.

Tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que reconhecida a mora legislativa em sede de mandado de injunção dar-se-á ciência ao Congresso Nacional para que elabore a lei²⁹. Essa posição é criticada pois torna os efeitos do mandado de injunção idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, embora sejam institutos diversos.

No entanto, há entendimento no Pretório Excelso de que, reconhecida a omissão do legislador, concede-se prazo ao Congresso Nacional para que elabore a lei e determina que, decorrido esse prazo sem a providência devida, o direito será colhido pelos interessados³⁰. Tal posição nos parece não ser tão polêmica quando seja apenas deferido o exercício do direito pelos interessados, pois, quando assim age, o Poder Judiciário está apenas reconhecendo o direito do interessado, nos exatos termos em que o instituto autoriza, sem que para isso

²⁹ STF - Mandado de Injunção nº 107 - Rel. Min. Moreira Alves, *Diário de Justiça*, seção I, 21 set. 1990, p. 9.782.

“Mandado de Injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra afim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão”(STF, ADIn 323, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 4-8-1994, *JUIS*, n. 7).

³⁰ “Mandado de Injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido, para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, parágrafo sétimo, da Constituição sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida” (STF, Pleno, MI 232, Min. Moreira Alves, *DOU*, 27 mar. 1992, p. 3800).

seja necessário elaborar uma lei, em face da mora legislativa. A situação se transmuta quando o exercício desses direitos dependa de uma prestação positiva por parte do Poder Judiciário, que se vê impedido de legislar sem interferir na esfera de competência do Poder Legislativo.

Em outro posicionamento, o Supremo declara a omissão legislativa e assina prazo para que se ultime o processo legislativo para preenchimento da lacuna e, desatendido este, reconhece ao impetrante a possibilidade de obter, contra a união, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação pelas perdas e danos que se arbitrem. Declara ainda, que a decisão não impedirá que se usufrua benefícios mais favoráveis que lei posterior possa prever.³¹

Em trecho de pronunciamento do Ministro Néri da Silveira verificamos a posição que nos parece a mais adequada em se tratando de julgamento de mandado de injunção:

Adoto posição que considero *intermediária*. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. (Pronunciamento do Ministro Nery da Silveira. Ata da 7ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no *Diário de Justiça*, 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.265.)

Assim, concluímos que o melhor entendimento em se tratando de mandado de injunção é de que, uma vez reconhecida a omissão, não se pode conceber que tal medida fique a mercê da simples comunicação da decisão ao órgão competente para a elaboração da lei. A Constituição, ao prever o instituto,

³¹ STF, MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 20-3-1991, *DOU*, 14 nov. 1991, p. 16355.

pretendeu garantir uma prestação positiva ao impetrante que se visse impedido de exercer um dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A declaração da omissão deve, no mandado de injunção, sempre vir acompanhada de um prazo para seu suprimento e, caso não cumprido, uma prestação *in concreto* deve ser deferida para satisfazer o direito reconhecido.

6.5 A argüição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF

O Texto Constitucional de 1988 contemplou em seu artigo 102 § único a ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, que teve sua redação readaptada pela Emenda Constitucional nº 03/93, que fixou o instituto no § 1º do mesmo artigo.

Essa nova modalidade de controle concentrado de constitucionalidade é uma criação genuinamente brasileira, que encontra apenas traços de proximidade com o “*Verfassungsbeschwerde*”, do direito germânico e com o Recurso de Amparo espanhol.

Por longos 11 anos, embora prevista na Constituição de 1988, a argüição não teve a utilidade esperada, por ter entendido o Supremo Tribunal Federal que o instituto não era auto-aplicável. O Pretório Excelso, em vários julgados, fixou entendimento contrário à aplicabilidade imediata da norma constitucional instituidora da argüição³², estando sua efetiva utilização condicionada à

³² “A previsão do § único do artigo 102 da Constituição Federal tem eficácia jungida à lei regulamentadora. A par deste aspecto, por si só suficiente a obstaculizar a respectiva observância, não se pode potencializar a argüição a ponto de colocar-se em plano secundário as regras alusivas ao próprio extraordinário, ou seja, o preceito não consubstancia forma de suprir-se deficiência do quadro indispensável a conclusão sobre a pertinência do extraordinário.” (Ag. Reg. em Agr. de Instr. DJU 12.03.93).

“O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro ao dispor: ‘a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei’. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la ... Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de lei”. (Ag. Reg. em petição 1140 - TO DJU 31.05.96)

elaboração de norma regulamentadora, o que só veio a ocorrer em 03 de dezembro de 1999, com a promulgação da lei 9882/99.

A posição assumida pelo Supremo não foi bem aceita pela doutrina, que entendia pela aplicabilidade imediata do instituto da argüição, sem, contudo, estar impossibilitado o Legislativo de elaborar norma complementadora.

A esse respeito discorre Lenio Luiz Streck:

Não se pode olvidar, como já referido, que é extremamente paradoxal que um instituto feito para salvaguardar os direitos fundamentais permanecesse ineficaz por mais de 11 anos pela ausência de uma norma regulamentadora, ausência essa que, por si só, já fundamenta a própria argüição de descumprimento de preceito fundamental. Dito de outro modo, a falta de regulamentação, considerada como causa da ineficácia do instituto, já violava, frontalmente, por si, a Constituição. (2001, p. 633)

Passada a fase de verdadeira inutilidade do instituto, com a edição da lei regulamentadora, como queria o STF, resta agora estabelecer o que seriam preceitos fundamentais, que podem ensejar a ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

O legislador ordinário, acertadamente, não especificou quais são os preceitos fundamentais, tarefa que ficará a cargo do Guardião da Constituição.

Assim como ocorre com os princípios, a definição de preceitos fundamentais não pode estar jungida a *numerus cláusus*. Por guardar um alto grau abstração, a caracterização dos preceitos estará sempre sujeita a uma análise elaborada sob uma constante evolução valorativa, passível de variações espaciais e temporais.

O legislador, ao instituir o termo *preceito*, procurou dar ao instituto da argüição uma amplitude maior do que seria possível se utilizasse o vocábulo princípio. Por preceito deve-se concluir por qualquer norma (regra ou princípio) a qual, contudo, deve ser fundamental. Assim, nos preceitos fundamentais podemos encontrar tanto princípios, quando fundamentais, quanto regras³³, que,

³³ A noção de regras aqui adotada é fruto da conceituação feita por André Ramos Tavares, em seu *Tratado da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, onde as normas são

embora despidas de caráter principiológico, possuam a qualidade de serem fundamentais dentro do sistema jurídico pátrio³⁴. (TAVARES, 2001, p. 118/119)

Analisando os preceitos constitucionais residentes em nossa Constituição Gilmar Ferreira Mendes ensina:

Ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, entre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, da Constituição: princípio federativo, a separação de poderes, o voto direto, universal e secreto.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados princípios sensíveis, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (Constituição Federal, art. 34). (2001, p.128/129)

Assim, temos que nem todos os princípios constitucionais possuem característica de preceitos, mas somente aqueles que são fundamentais à própria identidade do Estado, ou seja, que se aplicam na totalidade do ordenamento jurídico e não apenas em determinada matéria. Nem, tampouco, todos os preceitos derivam de princípios, podendo existir regras que, por contemplarem direitos e garantias fundamentais ou por tratarem da estruturação do Poder Político, também se inserem na categoria dos preceitos.

Diferentemente do que ocorreu com a inconstitucionalidade, com o descumprimento, a Constituição não restringiu o objeto de seu controle, apenas o parâmetro (preceito constitucional fundamental) com o que a medida restou ampla, capaz de admitir toda forma de descumprimento, dê-se por lei, ato normativo, administrativo ou mesmo material, inclusive os de caráter privado, quando o Poder Público atua como particular (empresa pública). (TAVARES, 2001, p. 210)

A argüição pode se prestar, ainda, como forma de controle preventivo contra o descumprimento da constituição, ou seja, pode atacar o ato ainda não normativo, em fase de elaboração. Prescreve o artigo 1º da lei 9882/99 que a

caracterizadas como gênero, do qual são espécies os princípios e as regras. (2001, Cap. II, ponto 2).

arguição terá por objeto *evitar* ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público.

Também constitui inovação no controle de constitucionalidade brasileiro a possibilidade de se alcançar pela via da arguição atos normativos anteriores à Constituição, conforme se abstrai do artigo 1º, § único, da lei, o que anteriormente só era controlável pelo fenômeno da recepção e, ainda, o controle dos atos municipais, antes sindicáveis apenas pela via difusa.

O caráter subsidiário da medida vem expresso no artigo 4º, § 1º, da lei 9882/99, que determina que não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Alexandre de Moraes observa em sua obra *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional* que:

O cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental não exige a inexistência de outro mecanismo jurídico, mas seu prévio esgotamento sem real efetividade, ou seja, sem que tenha havido cessação à lesividade a preceito fundamental, pois a lei não previu *exclusividade* de hipóteses para a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, mas sua *subsidiariedade*. (2003, p. 2449)

A legitimidade para provocar a atuação da jurisdição constitucional pelo instrumento da arguição foi restringida pela lei aos mesmos legitimados para a propositura da ADIn, o que recebeu críticas da doutrina constitucional.

O projeto inicial da lei 9882/99 previa em seu artigo 2º, inciso II, que qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público poderia manejar a ação de arguição. O legislador pátrio, ao tentar instituir legitimação tão abrangente, parece que teve em mira dar ao novel instituto brasileiro as mesmas características do “*Verfassungsbeschwerde*”, do direito alemão, que prevê a possibilidade de interposição por qualquer pessoa no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público em alguns de

³⁴ O autor cita como exemplo as regras que no sistema jurídico pátrio são implementadoras de direitos humanos.

seus direitos fundamentais ou em outros direitos previamente especificados na Lei Fundamental.

A pretensão parece não ter sido bem entendida pelo Executivo brasileiro que, ao exercitar o controle preventivo de constitucionalidade, através do veto, impediu que o texto fosse aprovado na sua originalidade, o que para alguns se caracterizou, paradoxalmente, como uma inconstitucionalidade, já que a Constituição, ao prever o instituto em seu artigo 102, não fez restrições quanto à legitimação para interposição, como ocorreu com as outras modalidades de controle concentrado de constitucionalidade, não podendo, portanto, legislação ordinária o fazer³⁵.

A alegação de que uma legitimação para interposição de tamanha amplitude, como quis o legislativo, inundaria de processos o Supremo Tribunal Federal não merece aplausos. Com efeito, o caráter subsidiário do instituto, revelado no § 1º, do artigo 4º, da lei, que determina o esgotamento dos demais meios de sanar a lesividade como condição para a utilização da medida, traria o necessário obstáculo ao excesso de feitos a reclamar a atuação do Supremo. Outrossim, há a exigência de que a controvérsia acerca de preceito fundamental seja relevante.

O veto presidencial, retirando do cidadão a possibilidade de acesso individual e irrestrito ao Supremo, desnatura o instituto, concebido como meio de controle concentrado de constitucionalidade, mas, ao mesmo tempo, como meio individual de acesso à jurisdição constitucional, quando o interesse individual tenha relevância nacional.

Frise-se, ainda, que o veto aposto pelo Presidente da República ainda depende de apreciação pelo Congresso Nacional, que poderá derrubá-lo e, com isso, restabelecer o verdadeiro desiderato pretendido pelo legislador constituinte ao instituir a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

³⁵ Nas razões do veto o Presidente da República assim argumentou: “A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais - modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas.”

Restou ao particular, por obra do artigo 2º, § 1º, da lei da argüição, embora não seja titular da *legitimatío ad causam* ativa, a possibilidade de, mediante representação, solicitar a propositura da argüição 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.

Nesse caso, o Chefe do Ministério Público da União analisará o pedido com plena independência funcional, determinando o arquivamento da representação ou a propositura da argüição.

Através do novel modelo de controle de constitucionalidade se tornou possível, mais uma vez, declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, quando relevante o fundamento da controvérsia constitucional, embora a ação de argüição não se preste somente a impugnar atos normativos. O artigo 1º, § único, da lei 9882/99 prevê a utilização da argüição para esse fim, inclusive para se impugnar leis ou atos normativos municipais e anteriores à Constituição, como já dito. Assim, surge a questão dos efeitos da decisão proferida em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental, cuja matéria foi encampada pelo legislador no artigo 5º, § 3º, quando se tratar de decisão liminar e, no artigo 11, quando se tratar de decisão definitiva.

É o que se passa a analisar.

Ao estabelecer a possibilidade de concessão de liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental o legislador criou grande polêmica no mundo jurídico.

Com efeito, o artigo 5º da lei 9882/99 assim dispõe:

Art. 5.º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

[...]

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juizes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

A concessão da medida cautelar, obviamente, não se apresenta como uma doença a contaminar o instituto da argüição, até era de se esperar que o legislador ordinário se preocupasse com a questão. A discussão que se assentou na doutrina foi em relação aos efeitos das decisões liminares proferidas com base no artigo 5º, § 3º, da lei.

O mencionado dispositivo apresenta íntima semelhança com o artigo 21 da lei 9868/99. Em ambos os casos se estabeleceu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal determinar a suspensão do andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais ainda não transitadas em julgado.

Essa previsão torna a medida liminar instrumento de verdadeiro “efeito avocatório”. Como se observa, a vinculação imposta pelo Supremo Tribunal Federal aos demais órgãos do Poder Judiciário, no sentido de obrigá-los a suspender o andamento de processos ou os efeitos de suas decisões, concentra todos os feitos que envolvem a matéria *sub judice*, indiretamente, nas mãos do Supremo. Assim, ao final, as decisões das instâncias inferiores estarão subordinadas à decisão emanada do Pretório Excelso, ocorrendo, com isso, a supressão de instâncias e grave desrespeito ao devido processo legal.

Da mesma forma, o artigo 1º, § único, inciso I, da lei 9882/99 também apresenta o vício da inconstitucionalidade, ao prever que caberá argüição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, na medida em que os efeitos da apreciação de inconstitucionalidade atingem processos em andamento. (STRECK, 2001, p. 649)

O ministro Nery da Silveira, relator da adin 2231, votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º, do artigo 5º, por estar relacionado com a argüição incidental em processos em concreto, da mesma forma, estabeleceu interpretação conforme à Constituição ao artigo 1º, § único, I, da lei 9882, a fim de excluir as controvérsias constitucionais já postas em juízo.

O festejado jurista Lenio Luiz Streck nos esclarece que nesses dispositivos “não há, na verdade, avocação de processos em andamento; o que há é o efeito avocatório sobre os demais processos em andamento”, o que é incompatível com a noção de Estado Democrático de Direito e com o modelo de controle difuso de

constitucionalidade (com suas especificidades) existente no direito brasileiro. (2001, p. 649)

Assim, uma vez deferida a liminar na ADPF e, sendo os juizes e tribunais obrigados a suspender os processos em andamento, ocorre uma desconfortável vinculação desses processos a um precedente do Tribunal Maior, o que denota uma afronta ao devido processo legal. E mais. Uma vez decidido o mérito da cautelar pelo Supremo, no sentido de sua confirmação, todos os processos são, de certa maneira, “arrancados” de suas instâncias.

Conclui-se, com relação às cautelares, que, com a feição que o legislador desenhou para a ADPF, o que se viu foi a sua transformação de instrumento destinado a proteger direitos fundamentais do cidadão contra atos do Poder Público em verdadeiro instrumento de viabilização de ações governamentais.

Ao comentar a feição que o legislador desenhou para o instrumento da argüição, com a regulamentação através da lei 9882/99, assim se manifestou Sérgio Resende de Barros:

Já a lei 9882/99 parece-me no todo inconstitucional, por transformar uma simples argüição de descumprimento de preceito fundamental em verdadeira ação de inconstitucionalidade, dando-lhe substância e forma, eficácia e efeitos não previstos, nem sequer desejados pela Constituição para a Adin, como é o caso do controle de leis municipais frente à Constituição Federal e da eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. (2000, p. 193)

Quanto à eficácia da decisão definitiva em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (efeito vinculante) e quanto à eficácia temporal da decisão (*ex tunc* ou *ex nunc*), remetemos o leitor ao capítulo seguinte.

7 O EFEITO VINCULANTE E A EFICÁCIA TEMPORAL DAS DECISÕES NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

7.1 Da inconstitucionalidade da Lei 9868/99

A legislador constituinte brasileiro tratou de estabelecer na Carta Magna Federal (artigo 102) as atribuições do Supremo Tribunal Federal, cabendo-lhe, exclusivamente, a guarda da Constituição.

Os meios adequados à realização dessa proteção e as espécies de controle de leis e atos, normativos ou não, também estão disciplinados na Carta Magna. As atribuições estabelecidas na Lei Maior não parece comportarem alterações senão através de Emenda Constitucional. O legislador não poderia, pelo tênue caminho da lei ordinária, alterar o rol ou o exercício das competências atribuídas ao Pretório Excelso, já que a Constituição não previu essa possibilidade, nem sequer estabeleceu a hipótese de veiculação de lei complementar no sentido de estender ou alterar normas sobre jurisdição constitucional.

A lei 9868/99 ao estabelecer o efeito vinculante das decisões, o efeito avocatório em sede de ação declaratória, a manipulação temporal dos efeitos da decisão do Supremo, entre outras matérias de alta polêmica, veio a alterar sensivelmente o controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, de competência exclusiva do STF, sem que houvesse qualquer previsão constitucional autorizando tais alterações. Assim, não é despropositado afirmar que essa lei padece do vício da inconstitucionalidade formal. Com efeito, essa alteração estaria formalmente adequada aos ditames constitucionais se estabelecida mediante Emenda Constitucional.

7.2 O efeito vinculante das decisões

A constitucionalidade material da lei 9868/99, e também da lei 9882/99, tem sido objeto de fortes discussões na doutrina brasileira, pois ambos os diplomas trataram de questões de difícil aceitação na tradição jurídica brasileira, como o efeito vinculante, previsto no artigo 28 § único da primeira e no artigo 10 § 3º da segunda.

Com efeito, na tradição do controle concentrado de leis no Brasil sempre se aceitou o efeito *erga omnes* da decisão prolatada pelo Supremo. Alias, essa é a razão de ser dessa modalidade de controle. No entanto, a decisão proferida pela mais alta Corte nem sempre tem sido suficiente para pacificar o assunto acerca das questões constitucionais. É que a extensão dos efeitos da decisão a todos não obriga os demais juizes e tribunais a procederem da mesma maneira, o que pode continuar a ensejar decisões conflitantes no controle difuso, em processos que envolvam a aplicação de lei já examinada pelo Supremo.

Surge, então, no cenário jurídico brasileiro, o efeito vinculante, que se traduz na impossibilidade de qualquer juiz ou tribunal, ao apreciar questão de inconstitucionalidade já decidida pelo Supremo Tribunal Federal, julgar de forma diferente, contrariando a decisão da mais alta Corte.

As inovações legislativas geraram polêmicas já vistas pela comunidade jurídica brasileira quando da instituição da Adecon. Com efeito, o novo instituto apresenta prós e contras de difícil conciliação.

Os mais renomados doutrinadores já se manifestaram sobre o efeito vinculante, sendo que entre as críticas mais acirradas encontramos alegações de que o instituto estaria a transformar os juizes das instâncias inferiores em meros burocratas, fieis repetidores das decisões emanadas de um único órgão; que a medida ofende o princípio do duplo grau de jurisdição, já que as decisões decorrentes das súmulas superiores estariam proibidas de sofrerem reforma pelos tribunais de recursos; que a adoção do efeito vinculante transformaria o Poder Judiciário em legislador positivo, o que representaria ofensa ao princípio da separação de poderes; que as decisões do Supremo corresponderiam à

imposição de uma única corrente de pensamento, o que se contrapõe à própria liberdade de expressão e à livre formação do convencimento do magistrado.

Por ocasião do surgimento da Adecon, se manifestaram juristas de renome, uns defendendo, outros criticando a adoção do efeito vinculante:

Em voto proferido na ação declaratória de constitucionalidade nº 1-1/DF tivemos as seguintes manifestações diametralmente opostas, porém, bastante sólidas, por parte de alguns ministros do Supremo:

Sr. Presidente, tenho seriíssimas dúvidas quanto à constitucionalidade dessas expressões a revelarem o efeito vinculante relativamente ao Poder Judiciário, principalmente porque a carta de 1988, repetindo, sem a possibilidade de a lei impor condição, o que se continha na Carta de 1969, assegura o acesso ao Judiciário sem peia e objetivando lograr provimento emitido à luz da convicção do magistrado, da idéia humanística e jurídica que ele tenha sobre a controvérsia. Pergunto eu e daí a necessidade de uma reflexão maior: a Emenda, no que afasta essa atividade judicante, não conflita com o disposto no inciso IV, § 4º, artigo 60 da Constituição Federal? Não estamos diante de uma alteração da Carta de 1988, que afasta direitos e garantias individuais? Quero refletir, Sr. Presidente, sobre o tema e, por isso, peço vista dos autos. (MELLO, 1996, p. 213)

De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público de que esse tipo de política prospere? Vejo como sábio e bem-vindo aquilo que diz o § 2º do artigo 102, por força da Emenda nº 3, e a única coisa que lamento é que isso não tenha sido, desde o início, a regra pertinente à ação direta declaratória de inconstitucionalidade. (REZEK, 1996, 207)

É uma medida de utilidade porque, por essa ou aquela razão, acontece entre nós o que não acontece em outros países de diferente tradição histórica e jurídica, em que uma decisão de Tribunal Superior, não pela lei, mas pela teoria do *stare decisis*, se faz respeitável e respeitada. Não há lei que determine o respeito a um acórdão da Suprema Corte; respeita-se porque é da Suprema Corte. Entre nós, por esta ou por aquela razão, durante decênios se controvverte sobre um tema, e não chega a termo o dissenso. (BROSSARD, 1996, p. 228)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim discorre sobre o efeito vinculante das decisões tomadas em controle abstrato de normas:

Por outra, o texto acrescido atribui à decisão tomada eficácia contra todos, o que não surpreende. O que chama atenção - e é sinal dos tempos - está na previsão do efeito vinculante dessas decisões, quer para os demais órgãos do Judiciário, quer para os do Executivo. Decorre da própria lógica de uma decisão com eficácia erga omnes - para nem se dizer que se trata de uma decisão da mais alta corte do país - que todos os tribunais e órgãos da Administração estão adstritos a observá-la. Sentir a necessidade de inscrever tal determinação na Lei Magna traduz uma triste perda de autoridade. (2000, p. 181)

Não podemos deixar de considerar que a exclusão sumária do efeito vinculante é nefasta para o sistema jurídico brasileiro, principalmente em se tratando de processo objetivo. Imaginemos uma situação, que embora não seja a regra ocorre com freqüência, onde o Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado enfaticamente sobre determinado assunto, que tenha sido inclusive objeto de súmula. A inexistência do efeito vinculante pode ensejar, em respeito ao princípio do livre convencimento, decisões contrárias à súmula por parte de outros tribunais. Ocorre que, estando o assunto já sumulado, o que poderia ser definitivamente decidido na instância inferior se houvesse a vinculação dos demais tribunais, só alcança fim com o pronunciamento repetitivo da mais alta Corte, com o conseqüente excessivo dispêndio de recursos financeiros, humanos e, o mais caro de todos, de tempo.

A decisão contrária ao entendimento do Supremo só alcançaria êxito em não havendo recurso das partes. No entanto, essa possibilidade nos conduz a situações no mínimo imorais. É que a parte sucumbente, estando assistida por advogado desidioso, ou carente de outros recursos técnicos ou intelectuais, estaria, pela falta do recurso extraordinário, impedida de ver a demanda decidida em seu favor, mesmo lhe sendo favorável o entendimento da mais alta Corte. Acaba prevalecendo a força de quem tem o melhor advogado ou maior disposição para sustentar uma custosa e demorada demanda.

A difícil aceitação pelos órgãos inferiores do efeito vinculante se dá pelas mais diversas e defensáveis teses. Alega-se, também, que a prevalecer o efeito vinculante, as instâncias inferiores estariam engessadas, proibidas de

desenvolverem o direito, e, em última análise, “proibidas de pensarem”. O direito não acompanharia a constante evolução social, de modo que teses discutíveis ficariam empoeiradas pela definitividade das decisões.

O controle difuso certamente estará mitigado em face do controle concentrado com decisão vinculante, principalmente quando houver a concessão de medida cautelar consistente na determinação de que juizes e tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação, como possibilita o artigo 21 da lei 9868/99 e o artigo 5º § 3º da lei 9882/99.

O objetivo desses dispositivos, aliás, foi realmente o de evitar que questões individuais, porém de interesse nacional, pudessem ocasionar decisões divergentes perante juízos e tribunais inferiores, provocando um indesejado descompasso nas instituições, sem que o Supremo pudesse dar uma resposta definitiva para a sociedade. Pretendia-se acabar com a “guerra das liminares”. (MARTINS, 2001, XII)

Embora passível de críticas, não há como contestar a vinculação do sistema como um todo à decisão da mais alta Corte (alias, esse é o entendimento em todo o direito alienígena), tanto nas decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade como também nas ações declaratórias de constitucionalidade, nestas com algumas ressalvas. O que se tornou de difícil aceitação foi o efeito avocatório, provocado pela medida cautelar prevista no artigo 21 da lei 9868/99, que estabelece a possibilidade do Supremo determinar a suspensão, perante os demais órgãos do Poder Judiciário, dos feitos em andamento que envolvam a aplicação da lei objeto de ação declaratória de constitucionalidade. Com efeito, o texto constitucional não previu essa polêmica possibilidade, não podendo o legislador ordinário o fazer, além do que não se encontra razão para que essa previsão cautelar só exista com relação à Adecon, dado o caráter ambivalente que esta representa em relação à Adin. Porque não prever o mesmo efeito para a cautelar concedida na Adin? (STRECK, 2001, p. 603/604)

Antes da edição da lei 9868/99 e após a Emenda Constitucional 3/93, que introduziu no Brasil o efeito vinculante para as decisões proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade, prevalecia situação de difícil

compreensão lógica. Ocorria que, ingressada uma ação declaratória de constitucionalidade por um dos legitimados do artigo 103, § 4º, da CF, a decisão tomada pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal teria eficácia contra todos e efeito vinculante, seja na decisão que desse pelo provimento da ação, seja na que o negasse. A mesma decisão emanada em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, por falta de previsão legal, não tinha a mesma sorte, sendo o seu efeito, seja qual fosse a decisão, apenas *erga omnes*, não existindo nesse caso o efeito vinculante.

Assim, proclamada a inconstitucionalidade de uma lei em ação declaratória de constitucionalidade julgada improcedente, os efeitos da decisão seriam *erga omnes* e vinculante, de modo que outro juiz ou tribunal não poderia contrariar tal decisão. No entanto, se a mesma decisão (pela inconstitucionalidade), fosse resultado de uma Adin, os efeitos seriam apenas *erga omnes*, não vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário.

Essa celeuma fez com que vozes autorizadas no Supremo Tribunal Federal entendessem pelo cabimento do efeito vinculante também nas adins, como a do Ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual, “quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade.” (PERTENCE apud MENDES, 2000, p. 15.)

A lei 9868/99 veio a igualar os efeitos em ambas as ações, ao prever no artigo 28, § único, que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Entre críticas e aplausos o efeito vinculante foi instituído na legislação brasileira no julgamento de processos objetivos de normas, embora, ao nosso ver, pela via legislativa errada, como apontamos.

Cabe verificar os limites da vinculação proveniente de uma decisão proferida no controle abstrato de normas.

Gilmar Ferreira Mendes (2000), recorrendo à literatura alemã, afirma que o efeito vinculante não pode se restringir à parte dispositiva da sentença, sob pena de o igualar à força de lei e à coisa julgada. Para o festejado autor, o efeito vinculante deve abranger, também, os fundamentos determinantes da decisão e, em relação aos órgãos ou autoridades que não integram de alguma forma o processo, somente parece fazer sentido se se admitir que ele atinge não apenas a questão submetida ao Tribunal e por ele decidida, mas também outras questões de idêntico conteúdo.

Ives Gandra da Silva Martins, juntamente com Arnold Wald, já se manifestaram sobre o efeito vinculante, dizendo que este “não poderia ser de modo a engessar o direito, não devendo prevalecer sempre que os argumentos de direito levantados pelas partes fossem distintos dos que serviram de base para o julgamento proferido pela Suprema Corte.” (2001, p. 278)

Procurando uma solução conciliadora para as teses favoráveis e contrárias à adoção do efeito vinculante, esses doutos juristas assim se manifestaram:

O que imaginamos é permitir o efeito vinculante nos exatos termos das decisões proferidas, o que vale dizer, sempre que as questões levadas a juízo reproduzissem os argumentos já analisados pelo Pretório Excelso, não poderiam os magistrados decidir de forma diversa, com o que o efeito vinculante traria os benefícios a que se referem os que o defendem, inclusive de celeridade processual, de segurança jurídica e de igualdade de todos perante o Judiciário.

E prosseguem:

Se, todavia, o magistrado de instância inferior ou os advogados das partes apresentarem nova faceta do direito, não examinada pelo STF ou pelo STJ, nessa hipótese, não haveria o efeito vinculante, pois, embora examinado o mesmo texto legal, uma nova exegese estaria sendo apresentada e sobre esta nova exegese deveria o tribunal superior manifestar-se.

Temos para nós que, se o efeito vinculante ficasse à margem de uma nova interpretação, a consequência natural seria o não esclerosamento do Direito, na medida em que estariam sempre abertas as portas do Judiciário para uma outra vertente hermenêutica da lei.

(WALD e MARTINS apud MARTINS e MENDES, 2001, p. 280)³⁶

Embora parecendo ser de boa aceitação, a tese esposada não foi introduzida na lei 9868/99, não estando o magistrado, com isso, autorizado a se pronunciar enquanto pender medida liminar suspendendo os processos sob sua responsabilidade.

Caberá à jurisprudência do Supremo avaliar a real extensão do efeito vinculante de seus julgados.

Cabe perguntar, ainda, se a decisão que declara a constitucionalidade de uma lei pode novamente ser submetida à apreciação do Pretório Excelso, sem que isso represente ofensa à coisa julgada. A pergunta é respondida por Gilmar Ferreira Mendes:

Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o Tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional - *Verfassungsbeschwerde*) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, verificar-se uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma mudança substancial das relações fáticas (*Lebensverhältnisse*) ou da concepção jurídica geral pode levar a essa alteração. (MENDES apud STRECK, 2001, p. 437)

Sobre o tema, acrescente-se o dizer de Bryde:

Se se considera que o Direito e a própria Constituição estão sujeitos à mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional, *tem-se de admitir a possibilidade da questão já decidida poder ser submetida novamente à Corte Constitucional*. Se se pretendesse excluir tal possibilidade, ter-se-ia a exclusão dessas situações, sobretudo das leis que tiveram sua constitucionalidade reconhecida pela Corte Constitucional, do processo de desenvolvimento constitucional, ficando elas congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição. (BRYDE apud STRECK, 2001, p. 437)

³⁶ Artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, em 15 de abril de 1996, p. 2-A, sob o título *O efeito vinculante das decisões judiciais*.

O entendimento de que uma lei definitivamente declarada constitucional pode ser reapreciada pela Suprema Corte, embora não se compatibilize com os princípios gerais da imutabilidade da coisa julgada, é amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência em se tratando de controle abstrato de normas.

Assim, podemos afirmar que o efeito vinculante das decisões que declaram a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo (sejam essas decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade) sofre limitações de ordem *histórico-temporais*.

A vinculação dos órgãos do Poder Judiciário ao que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, não pode se estender ao próprio Supremo, que poderá rever sua decisão em nova ação que lhe seja submetida. Aliás, o próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 103, prevê a possibilidade de alterações de seus julgados ao determinar que “Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na *súmula*, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.”

A própria leitura do § 2º, do artigo 102, da Constituição, nos conduz a essa conclusão, já que em sua parte final o dispositivo declara que as decisões “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. Portanto, a *contrario sensu*, conclui-se que o legislador, ao se referir aos *demais órgãos do Poder Judiciário*, quis ver o Supremo excepcionado na regra.

Outro aspecto a ser analisado diz respeito às pessoas de direito público sujeitas à vinculação da decisão do Supremo.

O artigo 28 da lei 9868/99 estabelece que a decisão do Supremo no controle concentrado de normas tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal e o artigo 10, § 3º, da lei 9882/99 determina que a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

O legislador, ao atribuir o efeito vinculante às decisões do Supremo, não o estendeu ao Poder Legislativo, como ocorreu no direito alemão, de modo que este não ficará impedido de editar nova lei de conteúdo igual ou semelhante ao da que tenha sido declarada inconstitucional.

Como nosso ordenamento não menciona expressamente a vinculação do legislador à decisão que declara a inconstitucionalidade, a única solução, em caso de reincidência de idêntica legislação inconstitucional, será a propositura, por um dos legitimados, de nova ação de inconstitucionalidade.

Há entendimento no sentido de que a atribuição de efeito vinculante também ao Poder Legislativo acarretaria ofensa ao princípio da separação e harmonia dos poderes, já que este órgão ficaria impedido de exercer sua independência funcional por ordem de outro Poder. Oswaldo Luiz Palu, entretanto, seguindo entendimento de J. J. Gomes Canotilho, anota que “nada impediria que houvesse a vinculação do legislador, e o fundamento está na supremacia da Constituição, sobrepassando aos Poderes constituídos.” (2001, p. 231)

7.3 A eficácia temporal da decisão que declara a inconstitucionalidade

Sempre foi aceita na jurisprudência brasileira a idéia de que a natureza jurídica da declaração de inconstitucionalidade, como o próprio nome diz, é declaratória, de modo que uma vez reconhecida a lei ou ato normativo como inconstitucional pelo órgão competente, está-se apenas reconhecendo uma situação pré-existente, o que nos leva à conclusão de que todos os atos praticados sob a égide de uma lei inválida devem ser desfeitos, pois não se poderia conceber que um ato inválido pudesse produzir qualquer efeito.

Esse entendimento se apóia na doutrina americana, criadora do controle difuso de constitucionalidade, que foi o primeiro modelo de controle de normas a ser utilizado no Brasil. Há nele perfeita ressonância em se tratando de uma decisão proferida pelo tribunal para a solução de casos individuais a ele submetidos. Afinal, o julgamento de uma demanda individual que tenha como preliminar uma questão de inconstitucionalidade não teria resultado para as

partes se esse reconhecimento possuísse efeitos meramente prospectivos. As partes não teriam, nesse caso, interesse na declaração da inconstitucionalidade, posto que o resultado não abrangeria os fatos que as levaram a juízo.

O controle de constitucionalidade americano sempre se inicia de forma difusa, individual, de modo que somente com a chegada dessa questão individual à Suprema Corte e com o reconhecimento da inconstitucionalidade por ela é que se atribui efeito *erga omnes* à decisão. Essa decisão (preliminar de inconstitucionalidade), embora proferida em um caso concreto, tem o condão de se estender aos demais jurisdicionados, quando proferida pela mais alta Corte daquele país, não sendo necessária resolução do Senado no sentido de suspender a norma impugnada, como ocorre no Brasil. Esse julgamento individual, com efeitos *ex tunc*, ao ser estendido a toda população apresenta o mesmo caráter retroativo reconhecido às partes. Assim, a norma que fora considerada inválida para as partes litigantes passa a ser também para toda a comunidade, de modo que autoriza que qualquer ato praticado com base nela possa ser desfeito.

Esse rigorismo nos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade pode ser prejudicial à segurança jurídica, já que todas as leis nascem com a presunção de validade e o desfazimento de diversas situações jurídicas constituídas com base na presunção de legitimidade da lei acarreta verdadeira instabilidade e insegurança das relações.

Embora naquele país sempre se tenha aceito a idéia de se atribuir efeitos *ex tunc* às decisões que reconheçam a inconstitucionalidade, tendo inclusive a doutrina acentuado que a expressão “*lei inconstitucional*” configura uma “*contradictio in terminis*”, (WILLOUGHBY apud MENDES, 1999, p. 26/27), passou-se, após a Grande Depressão, a admitir a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade (TRIBE apud MENDES, 1999, p. 27).

Ao adotar o modelo americano de fiscalização da constitucionalidade, o Brasil reconheceu, também, que a decisão que declara a inconstitucionalidade possui efeitos retroativos. No entanto, o legislador outorgou ao Senado Federal, desde a Constituição de 1934, a incumbência de atribuir efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo, no controle difuso, que reconhece a

inconstitucionalidade. Essa função do Senado, no sentido de suspender a eficácia da norma tida por inconstitucional, como comentamos (item 5.4), possui efeitos *ex nunc*. Assim, em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, a decisão do Supremo Tribunal Federal, diferentemente do que ocorre com a Suprema Corte americana, embora, assim como lá, dotada de eficácia retroativa, não tem o condão de conferir efeito *erga omnes*, sendo a retroeficácia da decisão apenas entre as partes. A extensão dos efeitos da decisão a toda comunidade está condicionada ao pronunciamento do Senado, que quando o faz, realiza de modo a suspender a eficácia da norma com efeitos *ex nunc*.

Até então, a resolução do Senado substituía, e com vantagem, o *stare decisis*, posto que ampliava os efeitos da decisão do Tribunal Maior e preservava a segurança jurídica das relações constituídas sob a égide da lei ou ato normativo impugnados, embora se tenha discutido sobre a discricionariedade da suspensão da norma e os efeitos retroativos ou prospectivos desse ato. Além disso, não era necessário instituir o efeito vinculante, tão desprezado por muitos, que nele viam uma verdadeira ditadura do Poder Judiciário.

Assim se desenhou o controle de constitucionalidade brasileiro até o surgimento do modelo concentrado, por ocasião da Emenda Constitucional 16/65. Essa espécie de controle de leis se baseou no modelo austríaco, desenvolvido por Kelsen.

No entanto, o surgimento do modelo abstrato de fiscalização da constitucionalidade das leis no Brasil não tinha as características de uma ação, com a existência de autor, réu, contraditório etc. tratava-se de uma representação, endereçada ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador Geral da República, que com o seu parecer pedia pela declaração da inconstitucionalidade ou a repudiava. (BARROS, 2001, p. 186/189)

No entanto, a doutrina processualista brasileira via nessa representação uma verdadeira ação, o que foi de fato positivado por ocasião da Constituição de 1988, que criou a figura do Advogado Geral da União e o encarregou de defender a lei ou ato normativo impugnado, o que nem sempre era favorável aos interesses da União.

Esse entendimento doutrinário acerca da representação de inconstitucionalidade criou uma grave conseqüência:

A ação que surgiu portentosa no texto constitucional, substituindo a anterior representação, ofuscou não só a **ambivalência da via direta**, mas também **o fato** de que no controle concentrado o tribunal constitucional, porque tem por objeto a lei tomada em si mesma, não profere decisões puramente jurisdicionais, como nas ações *inter partes*, em que aplica ou não uma lei a um caso, sem negá-la para outros casos, mas **toma decisões de teor político e de caráter legislativo, legislando negativamente** no quanto nega a lei *erga omnes* - para todos - inclusive para si mesmo, de sorte que a sentença de inconstitucionalidade é uma **contranorma**, com a qual o juiz revoga a norma inconstitucional. Como esclareceu Kelsen, separação é distribuição e não isolamento de poderes. (BARROS, 2001, p. 189)

A instituição entre nós do controle concentrado de constitucionalidade se deu de maneira desvirtuada, na medida em que no modelo austríaco, seguido por vários outros países europeus, a decisão que expurga do ordenamento jurídico a lei tida por inconstitucional tem efeitos *ex nunc* e por aqui tratou-se de não reconhecer a natureza política dessa decisão, ficando o controle concentrado brasileiro preso a verdadeiros dogmas ao se insistir que um ato inconstitucional é nulo *ab initio*, ou seja, que a decisão que declara a inconstitucionalidade tem natureza meramente declaratória, seja entre as partes, seja para todos, não importando se proferida no controle difuso ou concentrado, negando-se qualquer temperamento dessa decisão.

Esse entendimento (efeito *ex tunc*) é plenamente coerente com o julgamento proferido no controle difuso, incidental. No entanto, a convivência no Brasil do controle concentrado de constitucionalidade em conjunto com o controle difuso gerou confusão na medida em que a essência do primeiro é a decisão jurídico-política, com efeitos meramente prospectivos, tese que não era bem aceita por aqui.

Essa confusão, gerada pelo entendimento de que a decisão que declara a inconstitucionalidade, seja no controle difuso, seja no concentrado, possui efeitos meramente declaratórios e *ex tunc*, gerou o que Sérgio Resende de Barros chamou de o *nó górdio do sistema misto* (2001, p. 180/197).

Sempre foi a regra no plano do direito civil que a nulidade ou a anulação decorrem da invalidade do ato normativo face ao ordenamento jurídico. Dessa forma, a falta de validade traz como consequência a nulidade ou a anulabilidade de tal ato, que se constituem em uma sanção ao descumprimento do ordenamento jurídico.

No entanto, a teoria das nulidades existente no direito privado não pode ser transplantada para o direito público sem reservas, já que no ramo não privado a finalidade é a proteção do interesse público, o que nos leva a considerar o tema com maior ou menor flexibilidade, conforme o exija o interesse a proteger. (NUNES apud FERRARI, 1999, p. 118)

Para Maria Regina Macedo Nery Ferrari (1999), embora eivada de nulidade uma lei traz, em si mesma, a presunção de validade, não podendo qualquer pessoa se recusar a seu cumprimento até que tal mácula não tenha sido oficialmente declarada pelo órgão competente.

Na opinião da autora, a declaração de inconstitucionalidade tem natureza constitutiva, podendo, no entanto, embora não seja a regra, ter eficácia retroativa. Procura-se a preservação da segurança jurídica, já que se tivéssemos que reconhecer a retroatividade da decisão, inúmeros negócios jurídicos realizados sob a égide da lei anulada estariam prejudicados e no plano do ser físico, “não há ato humano nulo ou anulável, visto que, uma vez praticado, jamais deixará de ter sido, ‘pois, fora do mundo jurídico, não há reversibilidade do tempo.’” (MIRANDA apud FERRARI, 1999, 206). Esse entendimento também é passível de críticas, pois se entendermos que uma lei inconstitucional possa produzir efeitos estaremos reconhecendo que pelo período em que esteve vigente essa lei revogou a Constituição. No entanto, a autora se defende, ao dizer que “admiti-las é decorrência da aceitação de que a própria Constituição prevê a existência de tais normas, determinado o modo de combatê-las, através de um processo próprio.” (1999, p. 135)

A aceitação de que a declaração de inconstitucionalidade tem efeito constitutivo apresenta prós e contras, assim como se reconhecermos que seus efeitos são meramente declaratórios de uma situação pré-existente. No primeiro caso, como ficou demonstrado, é de difícil aceitação que a norma reconhecida como contrária à Constituição possa ter gerado efeitos válidos, no entanto, não é

pela defesa dessa norma que se propõe a validade das relações com base nela constituídas, mas em respeito ao princípio da segurança jurídica, o que certamente não se fará se considerarmos a declaração de inconstitucionalidade pura e simplesmente retroativa, sem qualquer temperamento. Do mesmo modo, se tomarmos como regra o efeito *ex nunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade poderíamos ficar diante de algumas iniquidades. Imagine-se uma situação em que a lei instituidora de um tributo em favor da Fazenda Nacional tenha sido considerada inconstitucional. A negação do efeito retroativo a essa decisão tornaria o beneficiário desse tributo desobrigado a devolver o que cobrou de forma ilegítima. Assim, essa decisão constitutiva estaria a preservar o enriquecimento sem causa ocorrido em favor da Fazenda Nacional. Com certeza essa situação não se coaduna com os princípios gerais do direito.

Assim, verifica-se que ambas as posições merecem temperamentos, de modo que a declaração de inconstitucionalidade não pode preservar uma lei produzida em desconformidade com a Lei Maior, nem tampouco estaríamos preservando a defesa do ordenamento como um todo se entendêssemos pura e simplesmente que uma lei inconstitucional é sempre nula *ab initio*, sem levar em consideração o princípio da segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais.

O dilema gerado pela ortodoxia da declaração de inconstitucionalidade com efeitos sempre retroativos colocava o julgador diante da difícil e radical questão de dizer se a norma em análise era constitucional ou inconstitucional, válida ou inválida e de modo absoluto, desde a origem. Isso muitas vezes levava os tribunais a sustentar teses insustentáveis para não ter que declarar a inconstitucionalidade da norma, dadas as conseqüências que daí adviriam, conseqüências estas até injustas. Era preciso uma maior discricão ao julgador, de modo que ao declarar a inconstitucionalidade da norma ele pudesse ajustar no tempo sua decisão, da forma que melhor atendesse ao interesse público e à estabilidade das instituições.

Sobre o assunto vale transcrever a opinião valiosa de Jorge Miranda:

A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar

uma excessiva rigidez que pudesse comportar, destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização. (MIRANDA apud STRECK, 2001, p. 543)

A lei 9868/99 veio a estabelecer um novo marco no sistema jurídico brasileiro ao prever que o julgamento de mérito proferido em uma Adin ou Adecon, quando declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, poderá tanto ter efeitos *ex tunc* quanto *ex nunc*.

O artigo 27 da lei assim tratou o tema:

Art. 27. 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.

Pensamos que andou bem o legislador ao possibilitar essa flexibilização da decisão do Supremo em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A redação do artigo é clara ao dispor que a regra continua a ser o efeito retroativo das decisões, sendo que o efeito meramente constitutivo, *ex nunc*, fica sendo a exceção, somente devendo existir em casos excepcionais, onde deva prevalecer a segurança jurídica ou o interesse social, o que será aferido no caso concreto, nos termos da discricionariedade do Supremo.

“Note-se que a redação diz claramente que o que poderá ser limitado são os efeitos *daquela declaração*, ficando evidente que é a decisão do STF que faz cessar a eficácia da lei inconstitucional, não o próprio vício da inconstitucionalidade.” (PALU, 2001, p. 178)

Além de ser necessária a presença da segurança jurídica ou do excepcional interesse social, termos extremamente subjetivos, que caberá ao Supremo interpretá-los, a preferência pela regra da eficácia retroativa se fortalece quando o legislador condiciona o efeito prospectivo à votação de um mínimo de dois terços dos Ministros (oito). Assim, em tese, se torna um pouco difícil a atribuição de efeitos *ex nunc* às decisões, mas só a prática nos dirá se a exceção

não se tornará a regra e a regra a exceção, como ocorreu, e ainda ocorre amplamente, com a edição das medidas provisórias, que foram criadas para que o Executivo legislasse em casos excepcionais e acabou servindo de veículo apto a atender, em regra, aos interesses do governo, tendo ocorrido sua edição diante de *relevância e urgência* apenas excepcionalmente.

Pensamos que por ser um órgão totalmente independente, embora seus membros sejam indicados pelo Chefe do Poder Executivo, e por não fazer parte do jogo de cena das forças político-partidárias, o Supremo não agirá da mesma forma política como tem agido o Executivo com relação às medidas provisórias. Nos parece que prevalecerá a regra da retroatividade, como determinado pelo legislador, embora não sejam poucos os casos em que o interesse público será melhor atendido com a irretroatividade da decisão.

Essa discricionariedade quanto aos efeitos da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade já vinha sendo aplicada no direito português. Com efeito, o artigo 282, 1, da Constituição daquele país dispõe, como regra geral, que a declaração de inconstitucionalidade “produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reprivatização das normas que ela, eventualmente, haja revogado”. Mas o texto constitucional ressalva no nº 3, do mesmo artigo, a coisa julgada, e prevê, no item nº 4 que, “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos 1 e 2.”

Como se observa a lei 9868/99 procurou dar às decisões de mérito proferidas no controle concentrado de constitucionalidade a mesma feição assumida no direito português.

Estando estabelecida essa possibilidade de ajuste quanto aos efeitos retroativos ou prospectivos da declaração de inconstitucionalidade, vale indagar sobre a possibilidade do Supremo, nos termos do mesmo artigo 27 da lei (parte final), decidir que essa decisão só tenha eficácia a partir de “outro momento que venha a ser fixado.” Pergunta-se: a partir de que outro momento que não o da entrada em vigor da lei ou da decisão que declara sua inconstitucionalidade poderá o Supremo determinar a eficácia de sua decisão?

Alexandre de Moraes, em sua *Constituição do Brasil Interpretada*, ao abordar a questão, pondera que:

Essa hipótese de restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem limites lógicos. Assim, se o STF entender pela aplicação dessa hipótese excepcional, deverá escolher como termo inicial da produção dos efeitos qualquer momento entre a *edição da norma* e a *publicação oficial da decisão*.

Dessa forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para produção dos efeitos da decisão data posterior à publicação da decisão no *Diário Oficial*, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos. (2003, p. 2.414)

Severa crítica a essa discricionariedade concedida ao Supremo no ato declaratório de inconstitucionalidade parte de Lenio Luiz Streck:

Tenho que a concessão desse arbítrio ao Supremo Tribunal Federal tem o condão de disponibilizar, a este, a própria constitucionalidade da lei. Ora, nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para o início da eficácia de sua decisão (ressalvado o caso do efeito *ex nunc, stricto sensu*, já praticado desde há muito em Tribunais Europeus, na tradição da doutrina kelseniana). Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social* (sic). Tal previsão é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro. Se há razões de ordem pragmática que apontam para a necessidade da mitigação da previsão do efeito *ex tunc*, a partir da possibilidade de o Tribunal Constitucional estabelecer efeito *ex nunc*, não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia pró-futuro, para além do mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado, com o que o efeito nem seria *ex tunc* e nem *ex nunc*. Estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (2001, p. 545)

Ousamos discordar, em parte, da opinião dos ilustres doutrinadores. Com efeito, não obstante reconheça-se o extremo poder que se está outorgando ao Supremo através da lei 9868/99, entendemos que em determinadas e excepcionalíssimas situações, que deverão ser analisadas e fundamentadas no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade, ainda que com efeitos *ex nunc*, pode causar um vácuo legislativo de modo a tornar ainda mais grave o

estado de inconstitucionalidade existente. Assim, a permanência no ordenamento de uma lei inconstitucional teria tão somente a finalidade de paradoxalmente impedir um dano ainda maior à estabilidade jurídica vigente.

Semelhante poder foi outorgado ao Tribunal Constitucional alemão, através do desenvolvimento da denominado processo de “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade de uma lei”.³⁷ A partir de então, a Corte Constitucional reconhece a aplicação provisória da lei declarada inconstitucional, quando razões de índole constitucional, estribadas em motivos de segurança jurídica, tornam imperiosa a sua vigência temporária, o que é verificado pelo exame concreto de cada caso. (FERRARI, 1999, p. 198)

Assim, entendemos que, se bem manejada, a graduação pró-futuro dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pode se prestar, ainda que de forma ambígua, à defesa da Lei Maior. O que não se pode compactuar é com uma utilização indiscriminada dessa faculdade pelo supremo, desprovida de qualquer motivação que não a demonstração da gravidade de sua não aplicação.

Caberá ao Guardião da Constituição a aplicação responsável do instituto, de modo que a decisão pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo deverá continuar a ser, em regra, *ex tunc*, e por exceção, atendidos os requisitos do artigo 27 da lei 9868/99, *ex nunc*. E somente em casos extremos a lei inconstitucional deverá permanecer, de forma temporária, é claro, integrando o ordenamento jurídico brasileiro.

³⁷ “A posição definitiva acerca desta questão foi tomada quando da decisão relativa à nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados ‘casamentos mistos’, quando tornou-se evidente que, sem a aplicação provisória da disposição inconstitucional, haveria um vácuo jurídico-legislativo.” (FERRARI, 1999, p. 198)

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exposição chega ao fim. A paixão pelo presente estudo se deu principalmente em razão das recentes inovações pelas quais passou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, com a edição das leis 9868/99 e 9882/99, com destaque para a primeira. Essas alterações provocaram certa inquietação na comunidade jurídica brasileira, tendo muitos entendido inclusive pela inconstitucionalidade dessas leis, principalmente no que diz respeito à forma de elaboração da primeira, como comentamos.

As discussões que se travaram em torno da grande concentração de poderes que se estaria outorgando à Suprema Corte brasileira ao decidir sobre a constitucionalidade de uma lei enriqueceu a curiosidade pelo assunto, além da introdução do tão comentado e criticado, mas inegavelmente possuidor de virtudes, efeito vinculante, em se tratando de controle objetivo de normas.

Verificou-se que o Brasil passa por uma transição cada vez maior de um modelo de controle difuso incidental para o concentrado principal, onde se percebe que a força dos juízos inferiores perde cada vez mais espaço para o Guardião da Constituição em se tratando de matéria constitucional.

Cabendo ao Supremo Tribunal Federal a última palavra em matérias afetas à constituição, o legislador tem procurado criar mecanismos para adiantar essa palavra final, antes que uma discussão relativa à constitucionalidade de lei possa se arrastar pelos tribunais. Essa tendência se denota pela instituição em 1993 da ação declaratória de constitucionalidade e agora pela regulamentação das liminares, que podem ser concedidas tanto nessas ações quanto nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Verificamos que é da tradição jurídica brasileira a utilização do controle difuso de constitucionalidade, e nem poderia ser diferente pois a Corte Suprema Brasileira não possuiu um sistema de julgamento eficaz para dar pronta resposta a todas as arguições de inconstitucionalidade que se fazem presentes nas mais diversas esferas do Poder Judiciário. O controle difuso parece ser indispensável em um sistema como o nosso em que todos os dias se vêem leis sendo promulgadas sem o cumprimento de um mínimo de técnicas legislativas, onde o

Poder Legislativo age muito mais pelo momento político do que pela técnica do estudo jurídico-científico, o que acarreta um caudal de leis desprovidas de legitimidade formal ou material, onde o Supremo se vê impedido de analisar de plano todas essas questões.

A necessidade do controle difuso, porém, não pode se sobrepor à importância de se respeitar a decisão daquele que recebeu a nobre missão de dar a última palavra em matéria constitucional. O que queremos dizer é que não há motivo para que se crie tanto alarde sobre a inovação legislativa que atribuiu efeito vinculante às decisões prolatadas pelo Supremo em matéria de controle concentrado de constitucionalidade. Concordamos com Francisco Rezek, quando afirma:

De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público de que esse tipo de política prospere? Vejo como sábio e bem-vindo aquilo que diz o § 2º do artigo 102, por força da Emenda nº 3, e a única coisa que lamento é que isso não tenha sido, desde o início, a regra pertinente à ação direta declaratória de inconstitucionalidade. (REZEK, 1996, 207)

Os reclames do ilustre doutrinador e ex-ministro do Supremo foram atendidos por força da lei 9868/99, que, embora pela via legislativa errada, estendeu o efeito vinculante às declarações de inconstitucionalidade.

O que nos parece é que no Brasil a aversão em ver concentrado exclusivamente nas mãos do Supremo o poder de dizer a última e definitiva palavra em matéria constitucional, sem que os órgãos inferiores do Judiciário possam julgar de forma diferente, denota um certo preconceito em relação a esse órgão. Com certeza isso se deve à maneira de composição de seus membros, que se dá por indicação do Chefe do Poder Executivo, que os escolhe segundo suas convicções ideológicas, sendo que a aprovação da escolha pelo Senado Federal se constitui mais em uma formalidade do que em um verdadeiro juízo *ad referendum*. Essa maneira de constituição do corpo de ministros do Supremo faz

sugerir que em suas decisões eles possam se guiar muito mais pelos interesses do governo do que pela apurada técnica jurídica.

Como forma até de moralizar e melhorar a confiança na atuação do Supremo Tribunal Federal é necessário que se repense a forma de composição de seus integrantes. Cremos que deve haver critérios mais democráticos para essa escolha. Mas isso seria alvo de um outro estudo.

O papel do Supremo vem sendo tido como o de um órgão de natureza político-jurídica, pois suas decisões nem sempre podem se pautar pela estrita legalidade. Em certos casos, em respeito ao princípio da segurança jurídica, uma decisão concentrada sobre a constitucionalidade de uma lei pode tomar conotação diferente do que se daria se decidido em um caso concreto.

É pela segurança jurídica que também vimos com bons olhos a inovação que permite ao Supremo a escolha do momento em que a inconstitucionalidade passa a surtir efeitos. Concluímos com Maria Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1999), que em matéria de controle concentrado de constitucionalidade a decisão deveria guardar a natureza constitutiva, como concebido no sistema desenvolvido por Kelsen. No entanto, o legislador brasileiro preferiu permanecer entendendo que a decisão que declara a inconstitucionalidade tem natureza declaratória, isto é, com efeitos retroativos, e só excepcionalmente deve-se lhe atribuir a condição de constitutiva de um direito, ou seja, *ex nunc*, de forma a preservar os atos praticados com base em uma lei declarada inconstitucional.

A cultura jurídica brasileira não admite, ainda, sem maiores percalços, que uma lei declarada inconstitucional possa produzir efeitos, mas não se pode negar a necessidade de, pelo menos em certos casos, em respeito à segurança jurídica, ver prevalecer a validade dos atos jurídicos praticados sob a égide de uma lei viciada pois no plano do ser físico “não há ato humano nulo ou anulável, visto que, uma vez praticado, jamais deixará de ter sido, ‘pois, fora do mundo jurídico, não há reversibilidade do tempo.’” (MIRANDA apud FERRARI, 1999, 206).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROS, S. R. de. **O nó górdio do sistema misto**. *In*: Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Inconstitucionalidade das leis 9868/99 e 9882/99**. Publicada na Revista de Direito Mackenzie nº 2/2000, pág. 193.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

BROSSARD, P. **Voto proferido na ação declaratória de constitucionalidade n.1-1 - Distrito Federal**. *In*: Ação declaratória de constitucionalidade. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, coordenadores. São Paulo: Saraiva, 1996.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRARI, R. M. M. N. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, M. G. **O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999)**. Publicada na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Vol. 18 - 2000, pág. 181.

LEI Nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

LEI Nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

MARTINS, I. G. da S.; MENDES, G. F. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei 9868, de 10-11-99. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

MELLO, M. A. F. de. **Voto proferido na ação declaratória de constitucionalidade n.1-1 - Distrito Federal**. *In*: Ação declaratória de constitucionalidade. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, coordenadores. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, G. F. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: parâmetro de controle e objeto. *In*: Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **A ação declaratória de constitucionalidade**: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. *In*: Ação declaratória de constitucionalidade. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, coordenadores. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Anteprojeto de lei sobre processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade**. Cadernos de direito constitucional e ciência política - 29. 1999.

_____. **Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.** Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=130>>. Acesso em 18/08/2003.

_____. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas.** Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em 18/08/2003.

MORAES, A. de. **Direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2003.

PALU, O. L. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, F. C. **Proteção judicial contra omissões legislativas.** Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

REZEK, F. **Voto proferido na ação declaratória de constitucionalidade n.1-1 - Distrito Federal.** In: Ação declaratória de constitucionalidade. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, coordenadores. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, A. R. **Tratado da argüição de preceito fundamental**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

WALD, A. **Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade**. *In*: Ação declaratória de constitucionalidade. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, coordenadores. São Paulo: Saraiva, 1996.

www.stf.gov.br

ANEXOS

Anexo A

Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI N° 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999.

Mensagem de Veto nº 1.674

Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO II

DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Seção I

Da Admissibilidade e do Procedimento da

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;

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.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

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.

CAPÍTULO III

DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Seção I

Da Admissibilidade e do Procedimento da

Ação Declaratória de Constitucionalidade

Art. 13. Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- III - a Mesa do Senado Federal;
- IV - o Procurador-Geral da República.

Art. 14. A petição inicial indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;

II - o pedido, com suas especificações;

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.

Art. 15. A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 16. Proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência.

Art. 17. (VETADO)

Art. 18. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 19. Decorrido o prazo do artigo anterior, será aberta vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de quinze dias.

Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Declaratória

de Constitucionalidade

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da

decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

CAPÍTULO IV

DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

E NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Art. 25. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.

Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecurável, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Art. 27. 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.

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

CAPÍTULO V

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS

Art. 29. O art. 482 do Código de Processo Civil fica acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 482.

.....

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades."

Art. 30. O art. 8º da [Lei no 8.185, de 14 de maio de 1991](#), passa a vigorar acrescido dos seguintes dispositivos:

"Art.8º

.....

I -

.....

.....

.....

.....

n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica;

.....

.....

§ 3º São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade:

I- o Governador do Distrito Federal;

II - a Mesa da Câmara Legislativa;

III - o Procurador-Geral de Justiça;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal;

V - as entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, demonstrando que a pretensão por elas deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais;

VI - os partidos políticos com representação na Câmara Legislativa.

§ 4º Aplicam-se ao processo e julgamento da ação direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios as seguintes disposições:

I - o Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade;

II - declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Lei Orgânica do Distrito Federal, a decisão será comunicada ao Poder competente para adoção das providências necessárias, e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias;

III - somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Distrito Federal ou suspender a sua vigência em decisão de medida cautelar.

§ 5º Aplicam-se, no que couber, ao processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal."

Art. 31. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
Brasília, 10 de novembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.
FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Carlos Dias

Presidência da República

Subchefia para Assuntos Jurídicos

MENSAGEM Nº 1.674, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar, parcialmente, o Projeto de Lei nº 10, de 1999 (nº 2.960/97 na Câmara dos Deputados), que "Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal".

Decidi vetar, por inconstitucionalidade e contrariar o interesse público, os dispositivos, a seguir transcritos:

Parágrafo único do art. 2º

"Art. 2º

.....

...

Parágrafo único. As entidades referidas no inciso IX, inclusive as federações sindicais de âmbito nacional, deverão demonstrar que a pretensão por elas deduzida tem pertinência direta com os seus objetivos institucionais."

Razões do veto

Duas razões básicas justificam o veto ao parágrafo único do art. 2º, ambas decorrentes da jurisprudência do Supremo Tribunal em relação ao inciso IX do art. 103 da Constituição.

Em primeiro lugar, ao incluir as federações sindicais entre os legitimados para a propositura da ação direta, o dispositivo contraria frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido da ilegitimidade daquelas entidades para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (cf., entre outros, ADIn-MC 689, Rel.: Min. Néri da Silveira; ADIn-MC 772, Rel.: Min. Moreira Alves; ADIn-MC 1003, Rel.: Min. Celso de Mello).

É verdade que a oposição do veto à disposição contida no parágrafo único importará na eliminação do texto na parte em que determina que a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 2º, IX) deverá demonstrar que a pretensão por elas deduzidas tem pertinência direta com os seus objetivos

institucionais. Essa eventual lacuna será, certamente, colmatada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, haja vista que tal restrição já foi estabelecida em precedentes daquela Corte (cf., entre outros, ADIn-MC 1464, Rel.: Min. Moreira Alves; ADIn-MC 1103, Rel.: Min. Néri da Silveira, Rel. Acórdão Min. Maurício Corrêa; ADIn-MC 1519, Rel.: Min. Carlos Velloso).

Parágrafo único do art. 5º e art. 17

"Art. 5º 5º

.....
....

Parágrafo único. O relator determinará a publicação de edital no Diário da Justiça e no Diário Oficial, contendo informações sobre a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, o seu autor e o dispositivo da lei ou do ato normativo."

"Art. 17. O relator determinará a publicação de edital no Diário da Justiça e no Diário Oficial contendo informações sobre a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, o seu autor e o dispositivo da lei ou do ato normativo."

Razões do veto

É fato que o número de ações diretas de inconstitucionalidade e de ações declaratórias de constitucionalidade propostas perante o Supremo é bastante volumoso, de modo que a aplicação do dispositivo implicará custos elevados e comprometimento da celeridade do processo sem uma justificativa razoável. O objetivo de conferir publicidade já se encontra assegurado, uma vez que é publicada no Diário da Justiça a distribuição de todas as ações diretas de inconstitucionalidade e de todas as ações declaratórias de constitucionalidade.

§ 1º do art. 7º

"Art. 7º

§ 1º Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais."

Razões do veto

A aplicação deste dispositivo poderá importar em prejuízo à celeridade processual.

A abertura pretendida pelo preceito ora vetado já é atendida pela disposição contida no § 2º do mesmo artigo. Tendo em vista o volume de processos apreciados pelo STF, afigura-se prudente que o relator estabeleça o grau da abertura, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Cabe observar que o veto repercute na compreensão do § 2º do mesmo artigo, na parte em que este enuncia "observado o prazo fixado no parágrafo anterior". Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6º.

§§ 1º e 2º do art. 18

"Art.

18.....

§ 1º Os demais titulares referidos no art. 103 da Constituição Federal poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação declaratória de constitucionalidade no prazo de trinta dias a contar da publicação do edital a que se refere o artigo anterior, podendo apresentar memoriais ou pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo estabelecido no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades."

Razões do veto

Em relação ao § 1º, a razão é a mesma do veto ao § 1º do art. 7º.

O veto ao § 2º constitui conseqüência do veto ao § 1º. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º.

Cabe observar que o veto a esses dispositivos repercute na compreensão dos arts. 19 e 20, na parte em que enunciam, respectivamente, "Decorrido o prazo do artigo anterior" e "Vencido o prazo do artigo anterior". Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada contando-se o prazo de manifestação do Procurador-Geral da República a partir de despacho do relator determinando a abertura de vista.

Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar em parte o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.
Brasília, 10 de novembro de 1999.

Anexo B

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI N° 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.

Mensagem de Veto nº 1.807

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

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A argüição 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.

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (VETADO)

Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

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

§ 2º (VETADO)

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

§ 4º (VETADO)

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição 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.

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de dezembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Carlos Dias

Presidência da República

Subchefia para Assuntos Jurídicos

MENSAGEM Nº 1.807, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar, parcialmente, o Projeto de Lei nº 17, de 1999 (nº 2.872/97 na Câmara dos Deputados), que "Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal".

Decidi vetar os dispositivos a seguir transcritos:

Inciso II do parágrafo único do art. 1º, § 4º do art. 5º e art. 9º

"Art. 1º 1º

Parágrafo único.

.....
.....
II - em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal."

"Art. 5º
.....

.....
.....
§ 4º Se necessário para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica, o Supremo Tribunal Federal poderá, na forma do *caput*, ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda da promulgação ou publicação do ato legislativo dele decorrente."

"Art. 9º Julgando procedente a arguição, o Tribunal cassará o ato ou decisão exorbitante e, conforme o caso, anulará os atos processuais legislativos subseqüentes, suspenderá os efeitos do ato ou da norma jurídica decorrente do processo legislativo impugnado, ou determinará medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição."

Razões dos vetos

Impõe-se o veto das disposições acima referidas por inconstitucionalidade.

Não se faculta ao Egrégio Supremo Tribunal Federal a intervenção ilimitada e genérica em questões afetas à "interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas casas, ou regimento comum do Congresso Nacional" prevista no inciso II do parágrafo único do art. 1º. Tais questões constituem antes matéria *interna corporis* do Congresso Nacional. A intervenção autorizada ao Supremo Tribunal Federal no âmbito das normas constantes de regimentos internos do Poder Legislativo restringe-se àquelas em que se reproduzem normas constitucionais. Essa orientação restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 22503-DF, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ 06.06.97, p. 24872. Do mesmo modo, no julgamento do Mandado de Segurança nº-22183-DF, Relator Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal assentou: "3. Decisão fundada, exclusivamente, em norma regimental referente à composição da Mesa e indicação de candidaturas para seus cargos (art. 8º). 3.1 O fundamento regimental, por ser matéria *interna corporis*, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário. 3.2 Inexistência de fundamento constitucional (art. 58, § 1º), caso em que a questão poderia ser submetida ao Judiciário" (DJ 12-12-97, p. 65569). Dito isso, impõe-se o veto da referida disposição por transcender o âmbito constitucionalmente autorizado de intervenção do Supremo Tribunal Federal em matéria *interna corporis* do Congresso Nacional. No que toca à intervenção constitucionalmente adequada do Supremo Tribunal Federal, seria oportuno considerar a colmatação de eventual lacuna relativa a sua admissão, em se tratando da estrita fiscalização da observância das normas constitucionais relativas a processo legislativo.

A seu turno, impõe-se o veto do § 4º do art. 5º pelas mesmas razões aduzidas para vetar-se o inciso II do parágrafo único do art. 1º, consubstanciadas, fundamentalmente, em intervenção excessiva da jurisdição constitucional no processo legislativo, nos termos da mencionada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O art. 9º, de modo análogo, confere ao Supremo Tribunal Federal intervenção excessiva em questão *interna corporis* do Poder Legislativo, tal como asseverado no veto oposto ao inciso II do parágrafo único do art. 1º. Com efeito, a disposição encontra-se vinculada à admissão da ampla intervenção do Supremo Tribunal Federal nos processos legislativos *in genere*. Assim, opostos vetos às disposições insertas no inciso II do parágrafo único do art. 1º e ao § 4º do art. 5º, torna-se imperativo seja vetado também o art. 9º.

Inciso II do art. 2º

"Art.
2º
.
.....
.....
II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato
do Poder Público.
.....
....."

Razões do veto

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social,

o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.

Parágrafo 2º do art. 2º

"Art. 2º
.....
.....
.....

§ 2º Contra o indeferimento do pedido, caberá representação ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de cinco dias, que será processada e julgada na forma estabelecida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal."

Razões do veto

A exigência de um juízo favorável do Procurador-Geral da República acerca da relevância e da consistência da fundamentação da representação (prevista no § 1º do art. 2º) constitui um mecanismo adequado para assegurar a legitimidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A legitimidade da exigência reside não só na necessidade de resguardar a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal – por meio da indagação substancial acerca da relevância e da consistência das questões a serem apreciadas – bem como em razão da inexistência de um direito subjetivo a essa prestação jurisdicional. Com efeito, ao apreciar o Mandado de Segurança nº 23565-DF (Relator Ministro Celso de Mello), asseverou ainda o Supremo Tribunal Federal: "Em suma: a eventual pretensão de terceiro, em não sofrer os efeitos derivados de norma legal ou de emenda à Constituição, ainda em fase de elaboração, e alegadamente ofensiva de qualquer das cláusulas constitucionais, não se eleva, por si só, à condição de direito líquido e certo para fins do processo mandamental e de ativação da jurisdição do Estado, especialmente – tal como no caso ocorre – se a tutela jurisdicional é invocada para paralisar o curso regular de processo de reforma da Carta Política instaurado perante órgão competente". Por outro lado, a existência de amplo rol de entes social e juridicamente legitimados para a promoção do controle abstrato de normas assegura a adequada veiculação das questões constitucionais de fundamentação relevante e consistente, sem prejuízo do amplo acesso individual ao controle difuso de constitucionalidade. Nessa medida, inexistindo direito subjetivo a um acesso imediato ao Supremo Tribunal Federal ao mesmo tempo em que se asseguram outras e amplas vias para o processo e julgamento das controvérsias constitucionais pertinentes, a admissão de um recurso ao Supremo Tribunal Federal na hipótese

de indeferimento da representação desqualifica o necessário exame de relevância e consistência pelo Procurador-Geral da República e cria, em verdade, procedimento adicional e desnecessário a demandar processamento e julgamento específico. Impõe-se, destarte, o veto da disposição por contrariar o interesse público.

Parágrafos 1º e 2º do art. 8º

"Art.

8º

§ 1º Considerar-se-á procedente ou improcedente a argüição se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos dois terços dos Ministros.

§ 2º Se não for alcançada a maioria necessária ao julgamento da argüição, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se sessão plenária na qual se atinja o *quorum* mínimo de votos."

Razões do veto

O § 1º do art. 8º exige, para o exame da argüição de descumprimento de preceito fundamental, *quorum* superior inclusive àquele necessário para o exame do mérito de ação direta de inconstitucionalidade. Tal disposição constituirá, portanto, restrição desproporcional à celeridade, à capacidade decisória e a eficiência na prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal. A isso, acrescente-se a consideração de que o escopo fundamental do projeto de lei sob exame reside em ampliar a eficácia e o alcance do sistema de controle de constitucionalidade, o que certamente resta frustrado diante do excessivo *quorum* exigido pelo dispositivo ora vetado. A fidelidade à Constituição Federal impõe o veto da disposição por interesse público, resguardando-se, ainda uma vez, a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal e a presteza nas suas decisões.

Opõe-se ao § 2º do art. 8º veto decorrente do veto oposto ao § 1º do art. 8º, de cujo conteúdo normativo o § 2º encontra-se inequivocamente dependente e de cujos vícios comunga.

Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar em parte o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Brasília, 3 de dezembro de 1999.

