



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

por

ALEXANDRE SIUFFO SCHNEIDER

ORIENTADOR: PROF. FÁBIO LEITE

2005.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

por

ALEXANDRE SIUFFO SCHNEIDER

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro
(PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Fábio Leite

2005.1

Aos meus pais, Cida e Roberto, meus exemplos, por todo o amor, paciência e dedicação;

Aos meus irmãos, Roberta e Rodolfo, pelo afeto e apoio irrestrito.

À Manoela, minha namorada, por todos os momentos juntos, pela compreensão e pelas preciosas horas de convivência que lhe foram roubadas.

Agradeço:

ao Professor Fábio Leite, que tive a honra de ter como orientador, pelas suas preciosas lições de sabedoria.

a todo o corpo docente do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, sem o qual não seria possível concluir esta etapa da trajetória acadêmica.

aos amigos, por tudo o que representam.

ao companheiro Romero, pela sua valiosa contribuição para este trabalho.

RESUMO

O presente trabalho busca tratar da arguição de descumprimento de preceito fundamental, à luz da lei 9.882/99, abordando as principais inovações trazidas por esta lei, de acordo com a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Será dado enfoque aos sistemas de controle de constitucionalidade, em especial ao brasileiro, com uma análise do modelo adotado pela Constituição de 1988, com as modificações ocorridas posteriormente.

Depois, será feita uma análise da lei 9.882/99, que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, buscando mostrar até que ponto pode ser importante este instituto para o controle de constitucionalidade do direito brasileiro.

Palavras-Chave: *Constituição; Controle de constitucionalidade; Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
Capítulo I – Controle de Constitucionalidade: Linhas Gerais.....	10
I.1. Conceito	10
I.2. Pressupostos	10
I.3. Tipos de inconstitucionalidade.....	13
I.3.1 Inconstitucionalidade formal e material.....	13
I.3.2 Inconstitucionalidade por ação e por omissão.....	14
I.3.3 Inconstitucionalidade total e parcial.....	16
I.3.4 Outras modalidades de inconstitucionalidade.....	17
I.4. Sistemas de controle de constitucionalidade.....	18
I.4.1 O modelo inglês	18
I.4.2 O modelo francês	19
I.4.3 O modelo americano	20
I.4.4 O modelo austríaco	22
I.4.5 Outros sistemas	24
I.4.6 Outras classificações	25
I.4.6.1 Quanto à natureza do órgão do controle.....	25
I.4.6.2 Quanto ao momento de exercício do controle.....	25
I.4.6.3 Quanto ao número de órgãos que exercem o controle	26
I.4.6.4 Quanto à forma ou modo de controle judicial.....	26
Capítulo II – Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade.....	27
II.1. Histórico do controle de constitucionalidade no Brasil	27
II.1.1 A Constituição de 1824.....	27
II.1.2 A constituição de 1891.....	28
II.1.3 A constituição de 1934.....	30
II.1.4 A Constituição de 1937.....	31
II.1.5 A Constituição de 1946.....	32
II.1.6 A Emenda constitucional 16/65	33
II.1.7 A Constituição de 1967/69	34
II.1.8 A Constituição de 1988.....	34
II.2. Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1988.....	36
II.2.1 Controle político	36
II.2.2 Controle jurisdicional de constitucionalidade.....	37
II.2.2.1 Controle difuso	37
II.2.2.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade	40
II.2.2.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica	41
II.2.2.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva.....	46
II.2.2.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	48
II.2.2.2.4 Ação declaratória de constitucionalidade	51
Capítulo III – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	53
III.1. Introdução.....	53
III.2. As modalidades de ADPF	58
III.2.1 Arguição autônoma.....	59
III.2.2 Arguição incidental.....	60

III.3. Legitimidade	64
III.4. Competência	65
III.5. Pressupostos	66
III.5.1 Descumprimento de Preceito Fundamental	66
III.5.2 Inexistência de outro meio idôneo (subsidiariedade)	67
III.5.3 Pressupostos específicos à arguição incidental	70
III.6. Objeto	70
III.6.1 Direito pré-constitucional	71
III.6.2 Direito municipal	72
III.6.3 Atos do Poder Público e atos privados	73
III.6.4 Atos normativos secundários ou infralegais	73
III.6.5 Controle da omissão legislativa	75
III.7. Processo e julgamento	76
III.8. Efeitos da decisão	79
CONCLUSÃO	81
BIBLIOGRAFIA	83

INTRODUÇÃO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no art.102 § 1º da Constituição Federal e regulamentada pela lei 9.882/99, se insere no complexo sistema brasileiro de constitucionalidade com a característica da singularidade.

Desse modo, o legislador valeu-se da ADPF para ampliar o leque do controle concentrado de normas, introduzindo institutos inteiramente novos no ordenamento pátrio. Assim, será necessário um estudo dos sistemas de controle de constitucionalidade, em especial o brasileiro, o que certamente contribuirá para a compreensão exata do tema.

No capítulo I será feito um breve histórico acerca do controle de constitucionalidade, do conceito e dos tipos de inconstitucionalidade e dos principais modelos de fiscalização de constitucionalidade, premissas básicas para a compreensão desta nova modalidade de jurisdição constitucional concentrada e abstrata no direito brasileiro.

No capítulo II será apresentado o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, analisando-se a evolução deste modelo, com enfoque no sistema adotado pela Constituição de 1988. Serão abordadas, dentre outras questões, a convivência dos modelos de fiscalização difuso e concentrado no Brasil e as inovações trazidas pela Constituição de 1988, pelas emendas constitucionais pertinentes e pela legislação posterior.

No capítulo III será analisada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, à luz da lei 9.882/99. Neste capítulo, abordaremos as inovações trazidas por esta lei e os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca destas inovações.

Por fim, faremos uma conclusão sobre o presente trabalho, buscando analisar de que forma a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental mudou e pode mudar o já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, marcado pela convivência dos sistemas difuso e concentrado.

Capítulo I – Controle de Constitucionalidade: Linhas Gerais

I.1. Conceito

Trata-se de verificar a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.¹

O controle de constitucionalidade pode ser conceituado como:

“juízo de adequação da norma infraconstitucional (objeto) à norma constitucional (parâmetro), por meio da verificação da relação imediata de conformidade vertical entre aquela e esta, com o fim de impor a sanção de invalidade à norma que seja revestida de incompatibilidade material e/ou formal com a constituição.”²

Com efeito, é o controle de constitucionalidade o mecanismo de verificação da compatibilidade formal e/ou material do direito infraconstitucional com a constituição.

I.2. Pressupostos

Segundo o professor Clémerson Cléve, são três os pressupostos do controle de constitucionalidade: i) existência de uma constituição formal; ii) rigidez e supremacia constitucionais; e iii) previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade.³

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16º ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.600.

² NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das leis*. 1ªed. São Paulo: Coimbra editora, 1996, p.19-20

³ CLEVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.23

A existência de uma constituição escrita e formalizada é pressuposto para a fiscalização de constitucionalidade, por ser ela o parâmetro dessa fiscalização. Por constituição escrita ou formal a doutrina designa aquela elaborada, em princípio, de um golpe só, por um órgão dotado de poder suficiente (exercente de poder constituinte)⁴.

A Constituição formal se diferencia da material no sentido de que esta consiste no conjunto de regras materialmente constitucionais, codificadas ou não em um único documento. Sob um prisma material, todas as formações sociais dispõem de uma Constituição, já que o poder encontra-se distribuído de certo modo, mesmo que de forma rudimentar.

Todavia, o controle de constitucionalidade exige mais do que uma Constituição. Exige uma Constituição compreendida como instrumento jurídico, uma Constituição formal.

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal.⁵ Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle.⁶ O controle de constitucionalidade se manifesta nos países que adotam Constituições rígidas.

A referida rigidez decorre da distinção entre o Poder Constituinte e os Poderes Constituídos, inexistente nas constituições flexíveis, nas quais o legislador pode modificar a constituição pelo mesmo processo de elaboração das leis ordinárias.

⁴ CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.24.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19º ed.: São Paulo. Malheiros Editores, 2001. p.45

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 1ºed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.2

Não seria impensável, contudo, a possibilidade de controle de constitucionalidade nas constituições flexíveis. Se é certo que a inconstitucionalidade material é dependente da rigidez constitucional, a inconstitucionalidade formal pode perfeitamente manifestar-se, ainda que em face de uma constituição flexível.⁷ Isto se diz porque, estabelecido determinado procedimento para elaboração de leis, a sua inobservância acarretará inconstitucionalidade, mesmo em uma constituição onde inexista rigidez.

A supremacia da constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, sendo ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhum ato jurídico poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a constituição.⁸ Para José Afonso da Silva, a supremacia da constituição significa que:

“a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontra a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”.⁹

As normas constitucionais são dotadas, portanto, de supremacia em relação às demais leis e atos normativos que integram o ordenamento jurídico. Todas as normas devem se adequar à Constituição, que é o valor supremo, a Lei das Leis.¹⁰

⁷ CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.25-26

⁸ BARROSO, Luis Roberto. Ob.cit. p.1

⁹ SILVA, José Afonso da. Ob.cit.p.45

¹⁰ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. p.17

O controle de constitucionalidade também só poderá ocorrer se a Constituição atribuir, a um ou mais órgãos, a competência para exercê-lo. Este órgão pode se situar dentro da estrutura do judiciário, como é o caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro, ou residir fora dela, adotando o modelo das Cortes Constitucionais. O sistema francês é a exceção, já que o órgão designado é o Conselho de Estado, que se situa fora da esfera do judiciário e não exerce função jurisdicional, realizando apenas controle preventivo de constitucionalidade.

I.3. Tipos de inconstitucionalidade

A inconstitucionalidade de uma norma pode ser aferida com base em diferentes critérios, que serão analisados separadamente neste tópico.

É importante ressaltar a importância desta tipologia para o tema, já que alguns tipos de inconstitucionalidade não ensejavam controle de constitucionalidade antes da regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

I.3.1 Inconstitucionalidade formal e material

Ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato normativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento fixado na Constituição. A que decorre de vício de incompetência é chamada inconstitucionalidade orgânica, ao passo que a que decorre de vício de procedimento é denominada inconstitucionalidade formal propriamente dita.

A inconstitucionalidade material reporta-se ao conteúdo do ato normativo¹¹, expressando uma incompatibilidade substancial entre a lei ou o ato normativo e a Constituição. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as normas constitucionais, restando superado, pelo menos doutrinariamente, o entendimento de que existem normas constitucionais despidas de normatividade, não podendo servir de parâmetro de constitucionalidade.

1.3.2 Inconstitucionalidade por ação e por omissão

A inconstitucionalidade por ação decorre de conduta comissiva do Estado no campo do processo legislativo.¹² Há a produção de uma norma infraconstitucional em desconformidade com a constituição, seja formal ou materialmente. Foi em torno da inconstitucionalidade por ação que se construiu toda a teoria e jurisprudência do controle de constitucionalidade, desde o seu advento até meados da década de 70.¹³

Descumpre-se a Constituição não apenas por ação, mas igualmente por uma atitude negativa dos que são incumbidos constitucionalmente para atuar e agir, com o propósito de efetivar alguns preceitos contidos na Carta Magna.¹⁴ Assim se configura a omissão inconstitucional, que pode ser conceituada como “a incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do poder público omissor”.¹⁵

Como se vê, não é qualquer omissão legislativa que caracteriza a omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um

¹¹ CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.33

¹² MORAES, Guilherme Pena de. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004. p.156

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.31

¹⁴ VELOSO, Zeno. Ob.cit. p.247

¹⁵ MORAES, Alexandre de. Ob.cit. p.655

mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal.¹⁶ Neste sentido, ensina Canotilho que:

“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, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conxionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão constitucional.”¹⁷

Como o controle de constitucionalidade foi concebido para afastar o resultado da ação do Poder Público desprovida de fundamento constitucional, o único remédio capaz de afastar as omissões inconstitucionais e os desatendimentos do dever constitucional de legislar decorria da resposta oferecida pelo processo político e eleitoral.¹⁸ Sem esta resposta, nada era capaz de combater o fenômeno da omissão inconstitucional.

Diante disso, o direito constitucional contemporâneo passou a buscar mecanismos para afastar a inércia do poder público, em especial a relativa à elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais exigentes de integração normativa.

Vários países adotaram, em suas constituições, mecanismos de combate às omissões legislativas. A Constituição Brasileira criou a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Discute-se ainda a possibilidade de utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para este fim. Adiante, abordaremos o tema de forma mais aprofundada.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.32

¹⁷ *Apud* CLÉVE, Clemerson merlin. Ob.cit p.42

¹⁸ CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.40

1.3.3 Inconstitucionalidade total e parcial

A inconstitucionalidade total afeta toda a norma sujeita ao controle de constitucionalidade, colhendo a íntegra do diploma legal impugnado. Geralmente, a inconstitucionalidade formal acarreta a ilegitimidade total do ato normativo. São esclarecedoras, neste sentido, as lições de Clemerson Cléve:

“Em geral, a inconstitucionalidade formal (formal propriamente dita e orgânica) implica a ilegitimidade integral (total) do ato normativo. Assim, se determinada lei (formal ou material) foi editada por órgão incompetente (inconstitucionalidade orgânica), ou sem atender pressuposto exigido pela Constituição para o exercício da competência (inconstitucionalidade formal), ou ainda inobservando norma disciplinadora do procedimento para sua elaboração (inconstitucionalidade formal), em princípio, ela (a lei) será totalmente inconstitucional.”¹⁹

A inconstitucionalidade material poderá acarretar a ilegitimidade da totalidade do ato normativo ou de apenas parte dele.

A inconstitucionalidade será parcial quando recair sobre um ou vários dispositivos, ou sobre fração deles, inclusive uma única palavra.²⁰ É possível deduzir, desta definição, a regra da parcelaridade dos atos normativos, ou seja, os atos normativos, para efeito de controle de constitucionalidade, podem sofrer parcelamento.

A possibilidade de parcelamento do ato normativo, para efeitos de declaração de inconstitucionalidade, é uma forma de preservá-lo, pois este possui presunção de constitucionalidade e, via de regra, é elaborado por representantes eleitos pelo povo, possuindo, portanto, legitimidade

¹⁹ CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.38

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.38

democrática. Inúmeras técnicas de interpretação ou de decisão judicial foram criadas com base nesta idéia, como a interpretação conforme a constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, dentre outras.

Não é possível esquecer que a declaração de inconstitucionalidade parcial não pode mudar o sentido e alcance do ato normativo impugnado. Neste caso, o correto seria a declaração de inconstitucionalidade total da norma. Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal, afirmando que:

“[A Corte] não pode declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem que alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo.”²¹

1.3.4 Outras modalidades de inconstitucionalidade

Diz-se que a inconstitucionalidade é originária quando é expressada no momento de produção da norma submetida ao controle de constitucionalidade. Superveniente é a inconstitucionalidade que se manifesta num momento posterior. Um ato sendo constitucional no momento de sua edição, deixa de sê-lo em virtude de reforma constitucional, em virtude de renovada interpretação do dispositivo constitucional, ou ainda, em virtude de mudança nas circunstâncias fáticas.²²

A inconstitucionalidade direta ocorre quando há entre o ato impugnado e a constituição uma antinomia frontal, ou seja, o ato viola algum dispositivo

²¹ STF, ADInMC 896-DF, rel. Min. Moreira Alves

²² CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.43

constitucional. A inconstitucionalidade é indireta quando o ato conflita com a lei, antes de contrastar com a constituição.

O STF entende que não cabe controle de constitucionalidade de atos normativos secundários (resoluções, portarias, instruções normativas...), que ensejariam a inconstitucionalidade indireta. Isto porque a hipótese seria de ilegalidade e não de inconstitucionalidade, não cabendo, assim, ação direta. Parece que este entendimento é equivocado, pois o que se deve analisar é se houve violação à constituição ou não, não importando se o ato normativo é primário ou secundário. Porém, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental poderá suprir essa lacuna, possibilitando o controle abstrato e concentrado dos atos normativos secundários.

I.4. Sistemas de controle de constitucionalidade

Apesar da diversidade de sistemas existente no mundo, é possível destacar três grandes modelos de controle de constitucionalidade: o francês, o americano e o austríaco. Além desses, estudaremos também o modelo inglês, de ausência absoluta de fiscalização de constitucionalidade.

I.4.1 O modelo inglês

Como se sabe, o movimento constitucionalista não se afirmou na Inglaterra. O direito continuou sendo baseado nos costumes, não havendo lugar para a distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais. Esta realidade perdura até os dias de hoje.

Com efeito, na Inglaterra, vigora o princípio da supremacia não da Constituição, mas sim do parlamento. Se a vontade do parlamento, expressada

pela maioria, é ilimitada, inexistindo Constituição escrita na Inglaterra, então não há lugar para a instituição de um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade.²³

No modelo inglês de ausência de controle de constitucionalidade, os juízes e tribunais são, portanto, incompetentes para conhecer e decidir sobre qualquer questão de constitucionalidade.

1.4.2 O modelo francês

A França, desde a revolução francesa, pratica uma concepção radical do princípio da separação de poderes. Razões históricas e ideológicas levaram os franceses à desconfiança em relação ao poder dos juízes e dos tribunais, com a conseqüente adoção de um modelo rígido de separação de poderes.²⁴

Não é de se admirar, portanto, que, mesmo adotando Constituições rígidas, o direito francês jamais tenha atribuído aos órgãos judiciários competência para o exercício da fiscalização de constitucionalidade. Tratar-se-ia, evidentemente, de nítida intromissão do Judiciário no âmbito de atuação do parlamento.²⁵

A Constituição Francesa em vigor, de 1958, criou o Conselho Constitucional. Esse conselho exerce um controle de constitucionalidade preventivo. No transcurso do processo legislativo, o Conselho poderá, desde que provocado pelo governo, ou pelo presidente de qualquer das casas legislativas, analisar a constitucionalidade de uma proposição ou de uma emenda, antes de sua promulgação.²⁶ Após a promulgação da lei, não há mais

²³ CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.47

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.41

²⁵ CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.48

²⁶ EISENMAN, Charles. *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'autriche*. Apud MORAES, Alexandre de. Ob.cit. p.605

possibilidade de qualquer mecanismo de aferição da sua legitimidade constitucional.

Portanto, no modelo francês de controle político e preventivo de constitucionalidade, os juízes e tribunais são incompetentes para conhecer e decidir sobre qualquer questão de constitucionalidade. Uma vez promulgado o ato legislativo, caberá aos juízes e autoridades públicas não mais que cumpri-lo.²⁷

1.4.3 O modelo americano

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis é considerado, ao lado da forma federativa de Estado, a mais importante contribuição do constitucionalismo americano às democracias ocidentais.²⁸

A primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade foi no caso *Marbury x Madison*, não obstante o fato de já existirem, à época, outros precedentes acerca do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos. Luis Roberto Barroso chega a considerar este caso como a mais célebre decisão judicial de todos os tempos.²⁹ Neste caso, a Suprema Corte estabeleceu as premissas que nortearam o desenvolvimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos.

O caso se resume da seguinte forma: Nas eleições de 1800, o presidente John Adams foi derrotado por Thomas Jefferson, da oposição republicana. No apagar das luzes do seu governo, Adams e seus aliados aprovaram uma lei que reorganizava o judiciário federal nomeando vários novos juízes e reduzindo o número de ministros da Suprema Corte. A nomeação destes juízes ficou a

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁸ Idem. p.25

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. Ob.cit. p.4-5

cargo do seu secretário de Estado John Marshall, indicado para a presidência da Suprema Corte. Tendo um único dia para entregar os atos de investidura, Marshall não conseguiu completar a sua tarefa, deixando alguns nomeados sem recebê-los.

Após tomar posse, Thomas Jefferson se recusou a entregar os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido. Um dos juízes nomeados e não empossados foi William Marbury, que impetrou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte postulando o reconhecimento do seu direito. Para compreender totalmente a decisão, impõe-se registrar que chegou-se a cogitar o *impeachment* dos juízes da Suprema Corte, caso a ordem fosse concedida.

Marshall, já como presidente da Suprema Corte, reconheceu que Marbury tinha direito à investidura e que, se tinha este direito, necessariamente deveria haver um remédio para assegurá-lo, afirmando ser o *writ of mandamus* a via própria. Por conseguinte, poderia a Suprema Corte conceder a ordem. Porém, a ordem foi denegada por força de uma preliminar de incompetência da Corte, evitando, assim, um conflito entre poderes.

Nesta decisão, Marshall contribuiu para o estabelecimento das premissas que permitiram o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no direito contemporâneo. Luís Roberto Barroso ensina que:

“Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, *a supremacia da constituição*: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a constituição*: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido da sua decisão, ao afirmar que *é o poder judiciário o intérprete final da Constituição*: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à Constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a Constituição é superior a

qualquer ato ordinário emanado do Poder Legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam.”³⁰

Com base nestas premissas, se desenvolveu a teoria do controle de constitucionalidade no direito americano. Reconhece-se a todo e qualquer juiz ou tribunal a possibilidade de deixar de aplicar um ato normativo inconstitucional. A harmonia do sistema é assegurada pela força vinculante dos precedentes judiciais (*stare decisis*). Deste modo, a decisão proferida pela Suprema Corte no julgamento de um caso concreto acabará por gerar um efeito regulador sobre todos os demais órgãos do poder judiciário.³¹

A lei declarada inconstitucional é considerada nula, sendo inválida desde o seu nascimento, cabendo ao judiciário apenas declarar tal nulidade. Segundo esta concepção, a lei inconstitucional configura uma genuína *contradictio in terminis*, na medida em que falta-lhe o fundamento de validade corporificado no estatuto que ocupa a presidência do sistema jurídico, este informado, desse modo, pelo princípio da hierarquia e da rigidez.³²

1.4.4 O modelo austríaco

O modelo austríaco de controle de constitucionalidade, concebido por Hans Kelsen, foi incorporado pela Constituição austríaca de 1920. Este modelo difere fundamentalmente do sistema americano de controle de constitucionalidade, pois atribuiu a um único órgão jurisdicional, não necessariamente integrante da estrutura do Poder Judiciário, caráter exclusivo para decidir sobre as questões de constitucionalidade.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. Ob.cit. p.8

³¹ BINENBOJM, Gustavo. Ob.cit. p.34

³² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos*. In Revista Direito, Estado e Sociedade. Disponível em: www.puc-rio.br/sobrepu/depto/direito

Na visão de kelsen, o controle de constitucionalidade seria um processo especial de revogação da lei, segundo requisitos específicos previstos na Constituição. A este respeito, Gustavo Binenbojm leciona que:

“O controle de constitucionalidade na visão kelseniana, não seria senão um processo especial de revogação da lei, segundo requisitos previstos na Constituição, e alternativo ao processo usual, consistente na edição de outra lei por aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*. No mesmo sentido, como o juízo acerca da compatibilidade da lei com a norma constitucional não envolve a solução de um caso concreto, parece claro a Kelsen que a fiscalização de constitucionalidade não é função própria do Poder Judiciário, “mas uma função autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de *legislação negativa*”. Assim, no sistema de controle concentrado, antes da decisão da Corte Constitucional, aos juízes comuns falece competência para apreciar- ainda que incidentalmente (*incidenter tantum*) e com eficácia limitada ao caso concreto- a validade da lei aplicável à espécie.”³³

Além disso, para Kelsen, do fato de uma lei contrariar a Constituição não se deve deduzir que ela seja nula ou inexistente. Segundo o autor, a inconstitucionalidade consiste em mero pressuposto da sanção de anulação. A lei inconstitucional não é nula, mas sim anulável, sendo válida até a sua anulação.³⁴ Com efeito, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é constitutiva, operando efeitos prospectivos.

No sistema austríaco, portanto, a decisão que proclama a inconstitucionalidade tem natureza constitutiva, com efeitos prospectivos (*ex nunc*) e extensíveis a todos os casos a que a lei se refira (eficácia *erga omnes*).

A exceção a esta regra foi inserida pela reforma constitucional de 1929, que passou a admitir uma espécie de controle concreto de constitucionalidade, provocado no curso de uma demanda judicial. Neste caso, reconhece-se o efeito retroativo à decisão anulatória pronunciada pela Corte Constitucional.³⁵

³³ BINENBOJM, Gustavo. Ob.cit. p.37

³⁴ CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.54

³⁵ Cléve, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.55

Este controle só pode ser suscitado pelos órgãos judiciais de segunda instância, cabendo aos demais órgãos da magistratura apenas aplicar a lei, mesmo que sobre ela pairassem dúvidas quanto à sua compatibilidade com a Constituição.³⁶

No modelo austríaco, portanto, os juízes e tribunais são competentes para conhecer, mas incompetentes para decidir a questão de constitucionalidade, cabendo exclusivamente ao Tribunal Constitucional deliberar sobre a validade da lei em face da Constituição.

1.4.5 Outros sistemas

Existem outros sistemas que não se encaixam com perfeição em nenhum destes modelos apresentados. São os chamados modelos mistos de controle constitucionalidade. São dignos de destaque o sistema português e o brasileiro.

No modelo português, os juízes e tribunais dispõem de “competência para conhecer e para decidir, com recurso possível ou necessário (conforme os casos) para um tribunal situado fora da ordem judicial – é o sistema introduzido em Portugal em 1976 com a Comissão Constitucional e confirmado, com correções, em 1982 com o Tribunal Constitucional.”³⁷

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade incorpora elementos do modelo americano e do austríaco, com a convivência dos modelos difuso e concentrado. Este sistema será objeto de estudo mais aprofundado no próximo capítulo.

³⁶ Idem.

³⁷ MIRANDA, Jorge. *A fiscalização concreta de constitucionalidade em Portugal*. In: (sob a coordenação de) Sálvio de Figueiredo Teixeira. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo. Saraiva: 1993. p.15 *Apud* CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.57

I.4.6 Outras classificações

As modalidades de controle de constitucionalidade também podem ser classificadas:

I.4.6.1 Quanto à natureza do órgão do controle

O controle pode ser político, quando o órgão que o exerce não compõe a estrutura do Poder Judiciário, ou pode ser judicial, quando exercido por órgãos integrantes do Poder Judiciário.

I.4.6.2 Quanto ao momento de exercício do controle

O controle pode ser preventivo, quando ocorre antes do início da vigência do ato normativo, ou repressivo, sobre emenda ou lei, tendo a norma adquirido vigência, com o objetivo de elidir a presunção relativa de validade ou confirmá-la em presunção absoluta de validade.³⁸

Alguns Estados admitem, unicamente, a fiscalização preventiva. É, salvo o controle exercitado pelo Conselho de Estado nas questões relacionadas à repartição de competências entre o Governo e o Parlamento (art.37.2 da Constituição), o caso da França. Outros países - Portugal, Áustria, Itália e Espanha- admitem tanto o controle preventivo como o repressivo.³⁹

³⁸ MORAES, Guilherme Pena de. Ob.cit. p.160

³⁹ CLEVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.58

I.4.6.3 Quanto ao número de órgãos que exercem o controle

O controle pode ser difuso, quando exercido por uma pluralidade de órgãos, ou concentrado, quando exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal.⁴⁰

I.4.6.4 Quanto à forma ou modo de controle judicial

O controle pode ser incidental, quando desempenhado por juízes e tribunais na apreciação de um caso concreto, suscitado geralmente por via de exceção ou defesa. Pode ser também pela via principal ou de ação direta, quando o controle é exercido fora de um caso concreto, onde as questões de inconstitucionalidade podem ser levantadas mediante processo constitucional autônomo, independente da disputa entre partes.

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. Ob.cit. p.46

Capítulo II – Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade

II.1. Histórico do controle de constitucionalidade no Brasil

II.1.1 A Constituição de 1824

A Constituição brasileira de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade.⁴¹ Consoante o art.15, n.8º, daquela constituição, restou expresso que seria atribuição do Poder Legislativo “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” e, ainda, “velar na guarda da constituição(...)”.

Vigorava, portanto, o princípio da supremacia do parlamento, sob influência do direito público europeu, notadamente inglês e francês. Contudo, não foi apenas o dogma da soberania do parlamento que impediu o surgimento do controle jurisdicional de constitucionalidade. A instituição do Poder Moderador, que assegurava ao Chefe de Estado “a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes.” (art.98), praticamente inviabilizou o exercício da função de controle de constitucionalidade pelo judiciário, já que cabia ao imperador resolver os conflitos entre os poderes, e não ao judiciário.⁴²

Verifica-se, assim, que inexistiu um sistema de controle de constitucionalidade das leis no Brasil ao tempo do Império.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p.19

⁴² CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.64

II.1.2 A constituição de 1891

A Constituição de 1891 manteve a atribuição conferida ao Poder Legislativo de velar pela guarda da Constituição, retirando-lhe, entretanto, o caráter de exclusividade.⁴³

Desse modo, sob influência do direito norte-americano, a Constituição adotou a teoria do *judicial review*, atribuindo ao Poder Judiciário a competência para deixar de aplicar leis e atos normativos que estivessem em desconformidade com o texto constitucional. Nesse sentido, dispunha a Constituição:

“§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a 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.”

O judiciário exercitava, pois, um modelo difuso, incidental e repressivo de controle de constitucionalidade.

Não obstante a clareza dos preceitos existentes na Constituição de 1891, imperou alguma perplexidade diante da inovação.⁴⁴ Coube ao gênio de Rui Barbosa esclarecer a amplitude do instituto adotado, como se vê na seguinte passagem:

⁴³ Art.35 – Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: § 1º - Velar na guarda da Constituição e das leis, e providenciar sobre as necessidades de caráter federal.”

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Ob.cit. p.21

“O único lance da Constituição Americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art.III. seção.2º, cujo teor reza assim: “O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis do Estados Unidos”. Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela. Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que “Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que algumas das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal” (art.60, *a*); como ainda que “Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art.59, § 1º, *a*)”. A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério. É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito”⁴⁵.

Posteriormente, a lei federal 221, de 20 de novembro de 1894, melhor definiu o modelo ao estabelecer que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

A reforma de 1926 não alterou substancialmente o sistema, dando apenas mais clareza a alguns dispositivos constitucionais.

Consolidava-se, assim, o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do direito brasileiro.⁴⁶

⁴⁵ BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in *Trabalhos Jurídicos*, Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1962, p.54.5 *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira, ob.cit. p.21-22.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Ob.cit. p.23

II.1.3 A constituição de 1934

A Constituição de 1934 manteve o controle incidental ou difuso, trazendo, todavia, importantes inovações.⁴⁷

Em primeiro lugar, a Constituição estabeleceu, em seu art.197, o quórum de maioria absoluta dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade das leis, acolhendo expressamente orientação jurisprudencial dos tribunais americanos. Ressalte-se que essa regra permanece até os dias de hoje, consoante o art. 97 da Constituição de 1988.

Por outro lado, a Constituição atribuiu ao Senado Federal a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (arts. 91, IV e 96), emprestando eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra importante modificação introduzida pela Constituição de 1934 foi a criação da representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis, consagrados no art.7º, I, *a* a *h*, da Constituição. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, “cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art.41, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art.12, § 2º)”.⁴⁸

Alguns autores assinalam a importância da Constituição de 1934 como um marco na progressão do país rumo a um controle direto de constitucionalidade, ressaltando que, de suas inovações, a mais importante foi a da representação interventiva, “porquanto o exame de constitucionalidade

⁴⁷ VELOSO, Zeno. Ob.cit. p.31

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Ob.cit. p.24

pelo Pretório Excelso já não ocorreria apenas incidentalmente, no transcurso de uma demanda, mas por efeito de uma provocação cujo objeto era a declaração mesma de constitucionalidade da lei que decretara a intervenção federal”.⁴⁹

II.1.4 A Constituição de 1937

A Carta de 1937 manteve o controle difuso de constitucionalidade, bem como a exigência de quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade. Não reproduziu, entretanto, as outras inovações trazidas pela Constituição de 1934, como a representação interventiva e a suspensão pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a principal modificação introduzida pela Constituição de 1937, no que tange ao controle de constitucionalidade, foi a consagrada no art.96, p.único, *verbis*:

“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 confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

Este artigo traduziu um inequívoco retrocesso no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4º ed., refundida, do *Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p.257 *Apud* VELOSO, Zeno. Ob.cit. p.31

emanada do Poder Judiciário podia ser afastada e tornada sem efeito por decisão do Parlamento, por iniciativa do Presidente da República.⁵⁰

A Constituição outorgada de 1937 consolidou, portanto, a supremacia do Executivo sobre os demais poderes, não dando espaço para o exercício de um efetivo controle de constitucionalidade.

II.1.5 A Constituição de 1946

Com a redemocratização do país, a Constituição de 1946 restaurou a tradição brasileira de controle de constitucionalidade. Coube ao Judiciário decidir as questões de natureza judicial.⁵¹

A par da competência para julgar recursos ordinários, disciplinou a apreciação de recursos extraordinários, manteve a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da declaração de inconstitucionalidade e preservou a atribuição do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.⁵²

A representação interventiva assume, com a Constituição de 1946, nova configuração. Zeno Veloso explica que:

“O Supremo Tribunal Federal não examinava, apenas, a lei federal interventiva. No caso de conflito entre a União e os Estados, decorrente do descumprimento, por estes, dos princípios constitucionais enumerados no art.7º, VII, alíneas *a* a *g*, da Carta de 46, a lei ou ato normativo estadual argüidos de inconstitucionalidade teriam de ser submetidos, pelo Procurador-Geral da República, ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarasse, seria decretada a intervenção (art.8º, parágrafo único). Para efeito de intervenção federal, tratava-se de uma ação direta de

⁵⁰ VELOSO, Zeno. Ob.cit. p.32

⁵¹ CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.69

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. Ob.cit. p.33

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual que contrariasse os princípios constitucionais sensíveis. O objetivo, como se vê, não era o de estabelecer um verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade, pois a manifestação do STF, atendendo à representação do Procurador-Geral da República, não operava *erga omnes*, e tinha o escopo de constatar a violação de princípio constitucional sensível, para legitimar a decretação de intervenção da União no ente federativo. Mas a solução da Constituição de 1946 significou um novo e vigoroso passo para a instituição do controle concentrado.”⁵³

O Brasil caminhava, portanto, para a instituição do controle concentrado e abstrato de normas, o que viria a ser concretizado com a emenda constitucional 16/65.

II.1.6 A Emenda constitucional 16/65

A emenda n.16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais⁵⁴, fiscalização constitucional genérica, abstrata, da norma em tese, com o escopo de averiguar o vício da inconstitucionalidade e com objetivo precípuo de defender a ordem constitucional, garantindo a supremacia da Carta Magna.⁵⁵ Consagrou-se, portanto, o modelo abstrato de controle de constitucionalidade.

A EC 16/65 autorizou também a instituição, pelos Estados-membros, de processo de competência dos tribunais de justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado (art.124, XIII).

⁵³ ob.cit. p.33

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Ob.cit. p.40

⁵⁵ Cf. Celso Agrícola Barbi. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de direito público* 4/34 Apud VELOSO, Zeno. Ob.cit. p.34

II.1.7 A Constituição de 1967/69

A Constituição ditatorial de 1967 não trouxe maiores inovações no sistema de controle de constitucionalidade, mantendo o controle difuso, bem como as modificações trazidas pela Constituição de 1946 e pela Emenda Constitucional 16/65. Trouxe, contudo, duas pequenas alterações: (i) suprimiu o dispositivo que autorizava a representação de inconstitucionalidade genérica no plano estadual e (ii) na representação interventiva, transferiu a competência para suspender o ato estadual do Legislativo para o Presidente da República.

A emenda constitucional n.1, de 1969, previu, expressamente, a instituição da representação interventiva no plano estadual, para fins de intervenção no município, em face dos princípios constitucionais elencados na Constituição Estadual.

A emenda constitucional n.7 de 1977 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para interpretação de atos normativos, com efeito vinculante. Também previu expressamente a possibilidade de concessão de medida cautelar (liminar) em representação de inconstitucionalidade.

II.1.8 A Constituição de 1988

A Constituição de 1988 manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade, combinando controle por via incidental e difuso com o controle por via principal e concentrado.

Trouxe, entretanto, um amplo conjunto de inovações, dentre as quais podemos destacar:

a) a ampliação da legitimidade ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art.103);

b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta como esse objeto (art.103, § 2º) e o mandado de injunção (art.5º, LXXI);

c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art.125, § 4º);

d) a previsão de um mecanismo de arguição de preceito fundamental (art.102, § 1º);

e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais.⁵⁶

Como se vê, não foram poucas as inovações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade trazidas pelo Constituinte de 1988. Além dessas inovações, iremos analisar também as mudanças trazidas pela legislação posterior, que trouxe importantes institutos para o direito brasileiro.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.60

II.2. Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1988

II.2.1 Controle político

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade adota, como regra, o controle judicial, cabendo ao Poder Judiciário a interpretação da Constituição. Entretanto, existem algumas hipóteses em que o Executivo e o Legislativo desempenham papel relevante no controle de constitucionalidade.

Uma dessas hipóteses encontra-se na participação do Chefe do Poder Executivo no processo legislativo, podendo vetar projeto de lei aprovado pela Casa Legislativa por entendê-lo inconstitucional. É o chamado veto jurídico (CF, art.66 § 1º).⁵⁷

Outra hipótese é a possibilidade de descumprimento de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo. O principal fundamento que legitima esta ação é a supremacia da Constituição. Luis Roberto Barroso assevera que:

“aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição. A tese [da possibilidade de descumprimento de lei considerada inconstitucional] é reforçada por um outro elemento: é que até mesmo particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um poder”.⁵⁸

No âmbito do Poder Legislativo, as Comissões de Constituição e Justiça exercem um controle preventivo de constitucionalidade, analisando a compatibilidade de projetos de lei e de emenda constitucional com a Constituição Federal e/ou Estadual. O pronunciamento da Comissão de Constituição e Justiça é passível de revisão pelo plenário da casa legislativa.

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. Ob.cit. p.606

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.66

Também pode-se destacar a possibilidade de sustação de ato normativo do executivo (art.49, V, CF), pelo Congresso Nacional, que exorbite do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Em ambas as ocasiões, o Congresso Nacional editará um decreto legislativo sustando ou o decreto presidencial ou a lei delegada, por desrespeito à forma constitucional prevista para suas edições.⁵⁹

Com relação às medidas provisórias, na hipótese do Congresso Nacional rejeitá-las, com base em inconstitucionalidade apontada no parecer da comissão temporária mista, estará exercendo controle de constitucionalidade repressivo, pois retirará do ordenamento jurídico a medida provisória flagrantemente inconstitucional.⁶⁰

A doutrina aponta também, como formas de controle de constitucionalidade pelo Legislativo, a rejeição do veto do Chefe do Executivo, a aprovação de emenda constitucional superadora de interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de propositura de ação direta por órgãos do legislativo⁶¹ e a possibilidade de revogação da lei inconstitucional.⁶²

II.2.2 Controle jurisdicional de constitucionalidade

II.2.2.1 Controle difuso

Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. Ob.cit. p.607

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Não parece correto o entendimento de que a possibilidade de propositura de ação direta por órgãos do legislativo é uma forma de controle de constitucionalidade pelo Legislativo, já que o órgão que exerce o controle neste caso é o Supremo Tribunal Federal, integrante do Poder Judiciário. Assim, trata-se de controle jurisdicional, e não de controle político.

⁶² Cf. BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.68-70

concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.⁶³

Neste sentido, Lúcio Bittencourt expõe que a faculdade de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade não é privativa do Supremo Tribunal Federal:

“Ela é consecutória da função jurisdicional e, por consequência, cabe a quem quer que legitimamente exerça esta última. Todos os tribunais e juizes, federais ou locais, ordinários ou especiais, dela dispõem, embora a última palavra sobre o assunto possa, em qualquer caso, ser deferida ao mais alto tribunal da República.”⁶⁴

O controle difuso é também denominado por via de exceção ou de defesa porque era reconhecido como argumento a ser deduzido pelo réu, como fundamento para desobrigar-se do cumprimento de uma norma inconstitucional.⁶⁵ Contudo, pode também o autor postular a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, para que não tenha que se sujeitar aos seus efeitos.

A alegação de inconstitucionalidade não é demanda principal, constituindo questão prejudicial, porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal.

Podem suscitar a questão de constitucionalidade todos aqueles que integram, na qualidade de partes, ou de terceiros, a relação processual, assim como o Ministério Público (quando officie no feito). Por outro lado, não é indispensável a alegação das partes, sendo certo que pode o juiz ou o tribunal

⁶³ MORAES, Alexandre de. Ob.cit. p.608

⁶⁴ BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense. 1949. p.35 *Apud* VELOSO, Zeno. Ob.cit. p.41

⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto. Ob.cit. p.72

recusar a aplicação de lei ou ato normativo, por inconstitucionais, a despeito do silêncio das partes.⁶⁶

O controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido em relação a normas emanadas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive as anteriores à Constituição.⁶⁷

Decidirá a questão constitucional o juiz ou tribunal competente para, em primeiro grau ou em grau de recurso, conhecer e julgar a causa.⁶⁸

O princípio da reserva do plenário (art.97, CF) exige a manifestação da maioria absoluta dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade. Assim, nenhum órgão fracionário detém competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma, a não ser que já tenha havido pronunciamento do respectivo órgão especial ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Não se enquadrando em nenhuma dessas duas exceções, a questão deve ser levada ao órgão especial, pela via da arguição de inconstitucionalidade (art.480 a 482 CPC).

Se a matéria chegar ao Supremo Tribunal Federal, por via de recurso, e for a lei declarada inconstitucional, esta decisão tem eficácia *inter partes*, e compete discricionariamente ao Senado Federal, através de resolução, suspender a execução da lei, para dar eficácia *erga omnes* à decisão do STF (art.52, X, CF).

A declaração incidental de inconstitucionalidade implica, para o caso, a nulidade do ato, produzindo eficácia *ex tunc*. A decisão judicial fulmina a relação jurídica fundada no ato viciado desde o seu nascimento, continuando, todavia, a lei a vigorar e a produzir efeitos em relação a outras situações, a

⁶⁶ CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.79

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.74

⁶⁸ CLÉVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.79

menos que, do mesmo modo, haja provocação da tutela judicial dos interessados.⁶⁹

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar a legitimidade ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.⁷⁰ Além disso, a criação da ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental fortaleceram essa tendência de ampliação da jurisdição constitucional concentrada e abstrata no direito brasileiro.

II.2.2.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade, como assinalado no capítulo I, tem sua origem no modelo austríaco, e consiste na atribuição da guarda da Constituição a um único órgão ou a um número limitado deles.

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, independente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei ou ato normativo, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.⁷¹

As espécies de controle concentrado previstas na Constituição Federal são:

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Ob.cit. p.63

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. Ob.cit. p.627

⁷¹ Idem.

- a) ação direta de inconstitucionalidade genérica (art.102, I, *a*);
- b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art.36, III);
- c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art.103, § 2º);
- d) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, *in fine*);
- e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art.102, § 1º).

A Constituição também prevê a possibilidade de controle concentrado no plano estadual, tendo como paradigma a Constituição do Estado, pelo Tribunal de Justiça respectivo, na representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais (art.125, § 2º).

II.2.2.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica

Cuida-se de verdadeira ação, porque configura mecanismo especial de provocação da jurisdição constitucional. Trata-se de uma ação que inaugura processo objetivo, onde inexistente lide. Os legitimados ativos buscam a defesa da Constituição e não de interesses subjetivos. Não há partes, salvo em sentido formal.

A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade genérica é do Supremo Tribunal Federal. Dispõe o art.102, I, *a* da Constituição que:

“art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I- processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;”

Os legitimados ativos para a ação direta de inconstitucionalidade genérica são enumerados taxativamente no art.103, I a IX da Constituição, regulado pelo art.2º da lei 9868/99. São eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece uma diferenciação entre os legitimados ativos, que podem ser universais ou especiais. Estes, diferentemente daqueles, tem que demonstrar o requisito da pertinência temática, “definido como o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação.”⁷²

Assim, os legitimados ativos universais são aqueles que prescindem da demonstração do requisito da pertinência temática. São eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional.

⁷² MORAES, Alexandre de. Ob.cit. p.636

Por outro lado, os legitimados ativos especiais são aqueles que têm que demonstrar a pertinência entre o interesse específico para cuja tutela foram constituídos e o conteúdo da norma jurídica argüida como inconstitucional. São eles: a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Parece equivocada a exigência de comprovação da pertinência temática para legitimados ativos, já que não é compatível com a natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas e nem decorre de autorização constitucional expressa. Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes entende que:

“Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição da ação – análoga talvez ao interesse de agir, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do controle abstrato de normas. Por isso, a fixação de tal exigência parece ser defesa até mesmo ao legislador ordinário federal, no uso de sua competência específica. (...) Tal restrição ao direito de propositura não se deixa compatibilizar, igualmente, com a natureza o controle abstrato de normas e criaria uma injustificada diferenciação entre entes ou órgão autorizados a propor a ação, diferenciação esta que não encontra respaldo na Constituição.”⁷³

A legitimidade passiva recai sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela edição lei ou pelo ato normativo objeto da ação. A defesa do ato impugnado, seja ele federal ou estadual, caberá ao Advogado-Geral da União, que funciona como uma espécie de curador da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público.

Os atos impugnáveis mediante ação direta de inconstitucionalidade genérica são a lei e o ato normativo federal ou estadual, funcionando como paradigma de fiscalização a Constituição Federal. É pacífico que são passíveis

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. Ob.cit. p.107

de controle de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade genérica: emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decretos legislativos e resoluções, decretos autônomos, legislação estadual e os tratados internacionais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem afastado a possibilidade controle abstrato e concentrado nas seguintes hipóteses exemplificativas: atos normativos secundários, leis e atos de efeitos concretos, leis anteriores à Constituição em vigor, lei que tenha sido revogada, lei municipal em face da Constituição Federal, proposta de emenda constitucional⁷⁴ ou projeto de lei e súmulas.⁷⁵

Daí a importância da ação direta de inconstitucionalidade genérica para o tema, já que em muitas destas hipóteses caberá controle concentrado e abstrato via Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com base no princípio da subsidiariedade. Adiante, será feito um estudo mais aprofundado sobre esta questão.

A ação direta de inconstitucionalidade genérica não admite desistência (art. 5º da lei 9.868/99), arguição de suspeição ou impedimento, nem intervenção de terceiros (art.7º).

A lei 9.868/99 introduziu no direito brasileiro a figura no *amicus curiae*, que consiste na admissão formal de autoridades, órgãos ou entidades

⁷⁴ No caso de proposta de emenda constitucional tendente a abolir qualquer das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), caberá controle preventivo de constitucionalidade. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “Mandado de segurança contra ato da mesa do congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da república. Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente. a inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição.” STF, MS 20.257/80. Rel. Min. Décio Miranda.

⁷⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.136-139

interessados na discussão sobre a validade de lei ou ato normativo, permitindo que o Supremo Tribunal Federal decida com pleno conhecimento dos aspectos envolvidos na questão constitucional. A importância do *amicus curiae* para o processo de controle abstrato de normas foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“no estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei nº 9.868, art.7º, § 2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Supremo Tribunal Federal, pois viabiliza a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de autoridades, órgãos ou entidades que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma, a regra inscrita no art.7º, § 2º da Lei 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional”.⁷⁶

A lei 9.868/99 também previu a possibilidade de dilação probatória em sede de controle abstrato de normas, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência de informações existentes nos autos (art.9º, §§ 1º e 2º).

A constituição prevê expressamente a possibilidade de concessão de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade (art.102, I, *p*). A lei 9.868/99 disciplinou a possibilidade de concessão de medida cautelar (art.10 e ss).

⁷⁶ STF, ADIn nº 2.130, Rel.Min. Celso de Mello.

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde a sua origem, o ato declarado inconstitucional, em conjunto com todas as suas consequências derivadas.⁷⁷

A lei 9.868/99 permitiu que o Supremo Tribunal Federal limite os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Assim, o art.27 dispõe que:

“art.27 Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal, 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.”

Com efeito, esse artigo autoriza o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista as razões nele explicitadas, a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou estabelecer que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de qualquer outro momento que venha a ser fixado, por maioria de dois terços dos seus membros, excepcionando a regra da nulidade da lei inconstitucional.

II.2.2.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

A ação direta interventiva surge com a Constituição de 1934, tendo sido a primeira hipótese de controle concentrado no direito brasileiro. Foi prevista também pela Constituição de 1946 e pela Carta de 1967-69. O constituinte de 1988 manteve esta ação, como condição para intervenção federal nos Estados,

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. Ob.cit. p.646

nas hipóteses de inobservância dos princípios constitucionais sensíveis (CF, art.34, VII). São eles:

- 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 receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Portanto, a inobservância dos princípios constitucionais sensíveis pelos Estados no exercício das suas competências legislativas, administrativas ou tributárias pode acarretar a intervenção federal. Assim, qualquer lei ou ato normativo do Poder Público estadual que venha a violar um dos princípios constitucionais sensíveis, será passível de controle via ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

O objeto do processo não é a declaração de inconstitucionalidade em tese do ato estadual, mas sim a solução de um conflito entre a União e o

Estado-membro, que pode acarretar na intervenção.⁷⁸ Não se trata, pois, de processo objetivo, mas sim de judicialização de conflito federativo.⁷⁹

A competência para o julgamento da ação é do Supremo Tribunal Federal, sendo o Procurador-Geral da República legitimado exclusivo para propor a ação direta de inconstitucionalidade interventiva. O chefe do Ministério Público Federal não está obrigado nem poderá ser compelido a ajuizar a citação ação, tornando-se perfeitamente lícito que determine o arquivamento de qualquer representação que lhe tenha sido dirigida, atuando discricionariamente.⁸⁰ A legitimidade passiva recai sobre o ente federativo ao qual se atribui a violação ao princípio constitucional sensível.

A ação direta interventiva tem duas finalidades: a primeira, de natureza jurídica, consiste na declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual que tenha violado algum princípio constitucional sensível, pelo Supremo Tribunal Federal, e a segunda, de natureza política, corresponde à decretação federal, pelo Presidente da República.⁸¹

II.2.2.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está prevista no art.103, § 2º, nos seguintes termos:

⁷⁸ CLEVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.102

⁷⁹ Parte da doutrina entende que a ação direta de inconstitucionalidade interventiva enseja a instauração de processo objetivo, por não haver litígio entre a União e o Estado. Nesse sentido, a ação interventiva seria proposta contra ato de poder estadual ou distrital, com o objetivo de tutelar a ordem jurídica, mediante da aferição, em tese, da constitucionalidade do referido ato. Cf MORAES, Guilherme Pena de. Ob.cit. p.277

⁸⁰ MORAES, Alexandre de. Ob.cit. p.653

⁸¹ MORAES, Ghilherme penã de. Ob.cit. p.275

“Declarada a inconstitucionalidade por missão 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 trinta dias.”

O objetivo do constituinte de 1988 foi conceder plena eficácia às normas constitucionais que dependessem de complementação infraconstitucional. Assim, caberá ação direta de inconstitucionalidade por omissão quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu.⁸²

Esta ação configura modalidade de controle abstrato de constitucionalidade, para a defesa da integralidade da vontade constitucional. É procedimento adequado para a declaração de mora do legislador, com o conseqüente desencadeamento do processo de suprimento da omissão constitucional.⁸³

A omissão a ser suprida via ação direta de inconstitucionalidade por omissão é apenas a de cunho normativo, imputável tanto ao poder legislativo, na edição de normas primárias, quanto ao executivo, na edição de normas secundárias.

Como visto no capítulo anterior, a omissão inconstitucional pode ser total ou parcial. Haverá inconstitucionalidade total quando o legislador, convocado pelo constituinte a agir, simplesmente não edita nenhum ato normativo. Na omissão parcial, a norma existe, mas não satisfaz plenamente o mandamento constitucional.⁸⁴

A competência para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é do Supremo Tribunal Federal.

⁸² MORAES, Alexandre de. Ob.cit. p.654

⁸³ CLEVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.230

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.198

Os legitimados ativos são os do art.103, I a IX da Constituição, cabendo também aqui a distinção entre legitimados universais e especiais.⁸⁵ A legitimidade passiva recai sobre a pessoa ou órgão responsável pela produção do ato exigido pela Constituição.

O procedimento para o controle abstrato da omissão inconstitucional será substancialmente o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade, regulado pela lei 9.868/99. A exceção decorre da impossibilidade de concessão de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois “se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar”.⁸⁶

A principal questão referente à ação de inconstitucionalidade por omissão é a relativa aos efeitos da decisão. No entendimento do Supremo Tribunal Federal a decisão de procedência desta ação limita-se a cientificar o Poder competente para a adoção das providências necessárias. A posição do STF na matéria é explicitada na seguinte passagem:

“A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do poder público, confere ao STF, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao STF, contudo, em face dos próprios limites fixados na Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art.103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do próprio órgão legislativo inadimplente.”⁸⁷

No entendimento do STF, em se tratando de atribuição de natureza administrativa, será dado o prazo de 30 dias para o cumprimento da decisão. A fixação de prazo permite a futura responsabilização do Poder Público, caso a

⁸⁵ V.critica a esta distinção no item II.2.3.1

⁸⁶ STF, ADIn 361-5, Rel. Min. Carlos Veloso

⁸⁷ STF, ADIn 1.458-DF, rel. Min. Celso de Mello

omissão perdure.⁸⁸ O Poder legislativo não é sujeito a prazo para suprimimento da omissão inconstitucional, podendo elaborar a norma exigida quando e se quiser.

II.2.2.2.4 Ação declaratória de constitucionalidade

Na ação declaratória de constitucionalidade, o que se pretende, em nome da certeza e da segurança jurídica, é deslindar a controvérsia em torno da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal.⁸⁹ Trata-se de transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em função de seus efeitos vinculantes.

A emenda constitucional nº 3/93 conferiu “efeito vinculante” à decisão definitiva de mérito proferida na ação declaratória de constitucionalidade, obrigando o Poder Executivo e o próprio Poder Judiciário a observar estritamente a interpretação que o Supremo Tribunal Federal conferiu à Constituição.

A ação declaratória de constitucionalidade foi amplamente contestada na doutrina. As principais críticas foram: violação à separação de poderes, ao acesso do judiciário, ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, além da não-conformação às limitações materiais ao poder de emenda à Constituição.⁹⁰

Não obstante a razoabilidade dessas críticas, o Supremo Tribunal Federal, na ADC nº 1-DF, entendeu ser constitucional a emenda que criou a ação declaratória de constitucionalidade, tendo como um dos argumentos principais o fato de que o controle concentrado de constitucionalidade é de

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. Ob.cit. p.656

⁸⁹ VELOSO, Zeno. Ob.cit. p.281

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.177. O citado autor menciona, dentre outros, Geraldo Ataliba e Marcelo Figueiredo como críticos da ação declaratória de constitucionalidade.

natureza objetiva, não sendo aplicados os preceitos constitucionais referente aos processos subjetivos.

A ação declaratória de constitucionalidade é uma ação direta de inconstitucionalidade “com sinal trocado”. Se for julgada improcedente, a decisão implica a declaração de inconstitucionalidade da norma submetida ao exame do STF, e vice-versa.⁹¹

A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta são enumerados no art.103, I a IX da Constituição (com redação dada pela Emenda Constitucional 45/04). São eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Não há legitimado passivo na ação declaratória de constitucionalidade.

A competência para o julgamento da ADC é do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art.102, I, *a* da Constituição.

O objeto desta ação é a lei ou ato normativo federal, sendo pressuposto para o seu ajuizamento a demonstração de relevante controvérsia judicial que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo em exame.⁹²

A lei 9.868/99 estabeleceu o procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, adotando praticamente a mesma disciplina da ação direta de inconstitucionalidade genérica.

⁹¹ VELOSO, Zeno. Ob.cit. p.283

⁹² MORAES, Alexandre de. Ob.cit. p.659

Capítulo III – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

III.1. Introdução

A Constituição de 1988 previu, em norma constitucional de eficácia limitada, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (CF, art.102, § 1º).⁹³

Passados onze anos, o instituto foi regulamentado pela lei 9.882/99, que dispôs sobre seu processo e julgamento. Anteriormente à edição dessa lei, o Supremo Tribunal Federal entendia que o dispositivo constitucional não era auto-aplicável.⁹⁴

Para a compreensão e análise crítica desta lei, deve-se observar o processo legislativo que deu origem a ela, já que ocorreram mudanças que modificaram substancialmente a natureza da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em março de 1997, a deputada Sandra Starling apresentou projeto de lei nº 2.872, pretendendo regulamentar o art.102, § 1º, estabelecendo, sob o *nomen jûris* “reclamação”, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal verificar o descumprimento de preceito constitucional fundamental na interpretação ou aplicação dos regimentos internos de uma das Casas Legislativas ou do Congresso Nacional no processo legislativo de elaboração de normas.⁹⁵

⁹³ No texto original da Constituição de 1988, o dispositivo que previa a arguição de descumprimento de preceito fundamental era o art. 102, § único. Após a Emenda Constitucional 3/93, este instituto passou a ser previsto no art. 102, § 1º da Constituição Federal.

⁹⁴ STF, AgRg na PET 1.140, rel. Min Sidney Sanches: “(...) enquanto não houver lei estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o Supremo Tribunal Federal não poderá apreciá-la”.

⁹⁵ Eis a íntegra do projeto de lei apresentado pela deputada Sandra Starling: “O Congresso Nacional decreta: **art. 1º** Caberá reclamação de parte interessada ao Supremo Tribunal Federal, mediante pedido de um décimo dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, quando

Através desta iniciativa, verificou-se a intenção da parlamentar de propiciar o controle de constitucionalidade dos atos *interna corporis* do Poder Legislativo, modificando a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, que sedimentou entendimento no sentido da impossibilidade de fiscalização de constitucionalidade destes atos provenientes do Poder Legislativo.

Paralelamente, em julho de 1997, foi instituída pelo Ministério da Justiça uma Comissão Especial, presidida pelo falecido professor Celso Ribeiro Bastos e integrada por Gilmar Ferreira Mendes, Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins e Oscar Dias Corrêa, para apresentar sugestões para a regulamentação do art.102, § 1º da Constituição Federal.

Em 4 de maio de 1998, o projeto de lei da deputada Sandra Starling recebeu parecer favorável do relator, deputado Prisco Vianna, pela aprovação do projeto na forma do substitutivo de sua autoria, que disciplinou a arguição de descumprimento de preceito fundamental de forma praticamente idêntica à do anteprojeto elaborado pela Comissão Celso Bastos, que em muito se diferenciava da proposta original apresentada pela deputada Sandra Starling.

A única diferença substancial entre o anteprojeto da comissão Celso Bastos e o substitutivo do deputado Prisco Viana ao Projeto de Lei nº 2.872 é que este previa a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos *interna corporis*, nos moldes do projeto apresentado pela deputada Sandra Starling.⁹⁶

ocorrer descumprimento de preceito fundamental do texto constitucional, em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas casas, ou comum, no processo legislativo de elaboração de normas previstas no art.59 da Constituição. **Parágrafo Único.** Aplicar-se-ão, no que couberem, à reclamação prevista neste artigo, as disposições dos artigos 13 a 18 da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990. **art. 2º** Esta lei entra em vigor na data da sua publicação. **Art. 3º** Revogam-se as disposições em contrário.

⁹⁶ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br

Após a aprovação pelo Congresso Nacional, o projeto de lei foi enviado para sanção do Presidente da República, que vetou vários dispositivos contidos neste projeto. Sem dúvida, os principais dispositivos vetados foram os que previam o controle de constitucionalidade dos atos *interna corporis* do Poder Legislativo e a legitimidade ativa de qualquer cidadão para propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Além desses dispositivos, outras inovações foram vetadas pelo Presidente da República, modificando, e muito, o sentido e o alcance da lei 9.882/99.

Em sua concepção original, prevista no Projeto de lei n. 2.872/97, aprovado pelo Congresso Nacional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental tinha dupla função institucional: a primeira, de instrumento de governo, já que permitia que os legitimados do art.103 da Constituição da República levassem questões sensíveis, envolvendo risco ou lesão a preceito fundamental ou relevante controvérsia judicial, diretamente ao Supremo Tribunal Federal, e a segunda, de instrumento da cidadania, ao admitir a propositura da arguição por qualquer cidadão lesado por ato do Poder Público.⁹⁷

Esse último dispositivo, como visto, foi vetado pelo Presidente da República, impedindo o estabelecimento de uma legitimidade aberta para a utilização da ADPF por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, o que certamente possibilitaria uma democratização do acesso à jurisdição constitucional.⁹⁸ Vale transcrever, nesse particular, as razões de veto, *verbis*:

“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

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.217-218

⁹⁸ MANDELLI, Roberto. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Em defesa do Estado Social Democrático de Direito* in TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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.”

Esse veto, aliado a outros, como o que impediu o estabelecimento de um controle de constitucionalidade dos atos *interna corporis* do Poder Legislativo, de certa forma descaracterizaram o instituto, que em muito se aproximava de outras figuras existentes no direito comparado, como o recurso de amparo do direito espanhol e o recurso constitucional do direito alemão.

Diante destes e de outros fatos, a lei 9.882/99 vem sendo alvo de inúmeras críticas doutrinárias, em que pese o elevado nível da comissão que elaborou o anteprojeto da norma em questão. A sua constitucionalidade está sendo inclusive questionada através da ADIn 2231-8, proposta pelo Conselho Federal da OAB.⁹⁹

⁹⁹ Em síntese, o Conselho Federal da OAB alega que a lei 9.882/99 é inconstitucional pelos seguintes motivos: (i) ampliou o conceito constitucional contido no art. 102, § 1º; (ii) ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal ao estabelecer uma nova modalidade de controle concentrado de

Entretanto, mesmo diante da profunda alteração provocada pela extensão dos vetos apostos pelo Presidente da República e das fundadas críticas doutrinárias, é inegável que a lei 9.882/99 trouxe importantes inovações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, ao permitir, por exemplo, a fiscalização abstrata do direito pré-constitucional, das normas infralegais e do direito municipal, corrigindo, de certa forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes salienta que:

“O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da “interpretação autêntica do Supremo Tribunal Federal”. Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário. Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia erga omnes e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra decisões proferidas pelas diferentes Cortes Estaduais. O bom observador poderá perceber que o novo instituto contém enorme

constitucionalidade, o que só poderia ser feito por emenda constitucional; (iii) ofendeu o art. 5º, XXXVII e LIV, ao permitir que seja afastada a controvérsia de seu foro próprio, violando o princípio do juiz natural e do devido processo legal; (iv) instituiu uma espécie de ação avocatória, o que só poderia ser feito por reforma constitucional; (v) violou o princípio da separação dos poderes e Estado Democrático de Direito ao estabelecer eficácia contra todos e vinculante, além de, nos casos de arguição originada de processo em curso, violar o Senado Federal, que tem atribuição constitucional para suspender a lei declarada inconstitucional; (vi) ofende o estado democrático de direito e o princípio da legalidade, ao permitir que atos normativos ou leis inconstitucionais produzam algum tipo de efeito em algum momento do tempo. Assim, pede a declaração de inconstitucionalidade de toda a lei impugnada.

potencial de aperfeiçoamento do sistema pátrio de controle de constitucionalidade”.¹⁰⁰

Como visto, a ADPF se insere no já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, reforçando a tendência de ampliação da jurisdição constitucional concentrada e abstrata no direito brasileiro, permitindo que praticamente todas as controvérsias judiciais relevantes sejam levadas diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

III.2. As modalidades de ADPF

De acordo com a doutrina e com a jurisprudência, pode-se extrair da lei 9.882/99 duas modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental: a arguição autônoma e a arguição incidental. A primeira constitui típica modalidade de processo objetivo, situando-se na esfera do controle abstrato de constitucionalidade, enquanto a segunda representa um mecanismo destinado a provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsia constitucional relevante, que esteja sendo discutida em uma demanda concreta já submetida ao Poder Judiciário, proporcionando um controle concentrado de constitucionalidade a partir de um caso concreto.

Como se vê, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é um instituto bivalente, ora revestindo-se de caráter processual autônomo (arguição autônoma), ora equivalendo-se a um incidente processual de constitucionalidade (arguição incidental).¹⁰¹

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br

¹⁰¹ BERNARDES, Julianio Taveira. Lei 9.882/99: arguição de descumprimento de preceito fundamental. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br

III.2.1 Arguição autônoma

Essa modalidade de arguição realiza o típico controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, nos moldes da ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão e da ação declaratória de constitucionalidade. Nesta espécie de arguição o que se busca é a defesa da ordem jurídica constitucional, permitindo, desta forma, a inauguração de um processo objetivo.

A arguição autônoma encontra previsão expressa no art.1º, *caput*, da lei 9.882/99, nos seguintes termos: “A arguição prevista no art.102, § 1º da Constituição será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”

Esta modalidade de arguição diz-se autônoma “por não depender da existência de qualquer outro processo no qual se controverta a aplicação de preceito fundamental”.¹⁰²

Ressalte-se, por oportuno, que a arguição autônoma só poderá ser utilizada quando as outras ações constitucionais (ADIN, ADC e ADIN por omissão) não forem cabíveis, ou não se revelarem eficazes para afastar ou impedir a lesão a preceito fundamental da Constituição, consoante o disposto no art.4º, § 1º, da lei 9.882/99.¹⁰³ É o chamado princípio da subsidiariedade, que estudaremos adiante de maneira mais aprofundada.

¹⁰² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p.253

¹⁰³ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, p.87, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (orgs.), *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. 1º edição.

III.2.2 Arguição incidental

A arguição incidental representa um mecanismo destinado a provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsia constitucional relevante, quando inexistir outro meio eficaz para sanar a lesividade a preceito fundamental. Pressupõe a existência de um processo anterior, submetido a qualquer juiz ou tribunal, cujo parâmetro de controle seja um preceito constitucional fundamental.

Esta modalidade decorre do art.1º, parágrafo único, I, da lei 9.882/99: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, combinado com o art.6º, § 1º, que dispõe: “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar peritos 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”.

Se o Supremo Tribunal Federal conhecer da arguição incidental, ele não vai julgar a causa, manifestando-se tão somente sobre a questão constitucional, sem decidir o caso concreto. Daí a diferença entre esta modalidade de APPF e o nefasto instituto da ação avocatória, criado pela emenda constitucional n. 7/77, em plena ditadura militar, pelo qual o Supremo Tribunal Federal podia chamar para si o julgamento de qualquer causa considerada politicamente interessante. Nesse sentido, o professor Celso Ribeiro Bastos observa que:

“[a arguição incidental], difere-se, em muito, da antiga avocatória, através da qual o Supremo Tribunal Federal podia chamar para si o julgamento de qualquer matéria

politicamente interessante. Não se trata mais disso. Como dito, trata-se de mecanismo de controle da constitucionalidade, originalmente previsto na Lei Maior, que amplia a cidadania brasileira e a segurança jurídica, através do qual, mediante a provocação dos legitimados pelo artigo 103 da Carta Magna, o Excelso Pretório poderá suspender os processos liminarmente e proferir decisões com efeito vinculante apenas sobre a questão constitucional. O juiz de direito não é mais afastado da sua posição de julgador, como era anteriormente. Não há, no caso, julgamento do feito, mas tão somente uma baliza exata daquilo que se considera fundamental para a ordem jurídica. O deslinde da questão constitucional através da arguição de descumprimento de preceito fundamental não contraria o princípio do juiz natural, uma vez que o magistrado fica mantido no seu papel de julgador e o Supremo no papel de guardião da Constituição”.¹⁰⁴

Registre-se que parte da doutrina entende que a arguição incidental tem sim o temido efeito avocatório. Sintetizando essa corrente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que: “O objetivo real [da lei 9.882/99], disfarçado embora, é introduzir uma forma de avocatória, concentrando nas mãos do Supremo Tribunal Federal questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias”.¹⁰⁵

É importante ressaltar que, no julgamento da medida cautelar na ADIn nº 2231-DF, o Ministro Néri da Silveira votou pela exclusão da possibilidade de utilização da arguição incidental nas controvérsias judiciais colocadas concretamente em juízo, pois, em seu entendimento, esse mecanismo só poderia ser criado por emenda constitucional. O julgamento desta ação está suspenso com pedido de vistas do ministro Sepúlveda Pertence.

A diferença entre a arguição incidental e o incidente de inconstitucionalidade nos tribunais é que nesta modalidade de arguição a decisão da controvérsia constitucional vinculará não apenas o caso concreto que a provocou, mas também a todos os outros casos em que a mesma questão esteja sendo discutida, consoante o disposto no art.10, *caput* e § 3º da lei

¹⁰⁴ BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Aléxis Galilás de Souza. *Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental e a Avocatória*. In Revista Virtual nº.08. Janeiro/2000. Disponível em: www.planalto.gov.br.

¹⁰⁵ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade*. Revista de Direito Administrativo, nº 220, Renovar, fls.14

9.882/99.¹⁰⁶ Além disso, a legitimidade para propor a arguição incidental é apenas dos legitimados do art.103 da Constituição, ao passo que o incidente de inconstitucionalidade nos tribunais pode ser suscitado pelas partes, pelo Ministério Público ou até mesmo de ofício.

O objetivo desse novo instituto é permitir a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos.¹⁰⁷

A doutrina tem traçado um paralelo entre a arguição incidental, o recurso de amparo espanhol e o recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*). Na Alemanha, este recurso constitucional é “um instrumento que pode ser utilizado pelo cidadão para provocar a tutela, pelo Tribunal Constitucional, dos seus direitos fundamentais violados por atos do poder público, desde que esgotadas as demais instâncias judiciais”.¹⁰⁸

O recurso de amparo espanhol, de disciplina muito semelhante ao recurso constitucional alemão, é, nas palavras de Zeno Veloso,

“um procedimento especial que, embora denominado recurso, representa um processo substantivo e independente, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e as liberdades públicas reconhecidas pela Constituição (...). O recurso de amparo pode ser interposto por qualquer pessoa (natural ou jurídica) que invoque um legítimo interesse, bem como pelo Defensor do Povo e pelo Ministério Público. (...) Para interpor o recurso de amparo, é preciso esgotar, previamente, as vias judiciais”.¹⁰⁹

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Ob.cit. p.87-88

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de...* p.8

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. Ob.cit. p.88

¹⁰⁹ VELOSO, Zeno. Ob.cit. p.298

Além destes dois institutos do direito comparado, a doutrina também destaca a importância, para o tema, do recurso constitucional austríaco e da ação de amparo do direito argentino.¹¹⁰

É inegável que há semelhanças entre a arguição incidental e estes institutos do direito comparado, principalmente pela possibilidade de utilização desta modalidade de arguição para tutela dos direitos fundamentais contidos na Constituição. Contudo, essa comparação deve ser vista com cautelas, pelas diferenças entre os sistemas de controle de constitucionalidade e pela questão da legitimidade ativa, mais restrita no direito brasileiro, em decorrência do veto presidencial acima transcrito. A esse respeito, Daniel Sarmiento explica que:

“A doutrina tem traçado um paralelo entre a arguição incidental pátria e o recurso de amparo, do direito constitucional espanhol, e o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), do direito germânico, o que, no nosso entendimento, deve ser visto com cautelas, em razão das diferenças marcantes entre, de um lado, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, e, do outro, os sistemas espanhol e alemão, estes muito semelhantes entre si. De fato, tanto na Espanha como na Alemanha, não existe o controle difuso de constitucionalidade, razão pela qual, diferentemente do que ocorre no Brasil, os juízes e tribunais não estão, em nenhum destes países, autorizados a tutelar direitos fundamentais violados, quando a ofensa decorrer da aplicação de lei contrária à Constituição. Os juízes e tribunais podem apenas suscitar a questão de inconstitucionalidade, que será decidida pelas respectivas Cortes Constitucionais, em decisão dotada de caráter *erga omnes*. (...) A arguição incidental guarda algumas semelhanças com tais institutos, pois também possui uma dimensão subjetiva, já que é suscitada em razão de um caso concreto, e uma dimensão objetiva, pois destina-se à proteção da higidez da ordem jurídico-constitucional. Sem embargo, na arguição incidental, o aspecto objetivo sobreleva, sobretudo porque o incidente não pode ser provocado pelas partes do processo judicial, mas apenas pelos legitimados para o ajuizamento da ADIN, tendo em vista o veto presidencial ao inciso II do art. 2º da lei nº 9.882/99, que outorgava legitimidade para propositura da ADPF a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. Além disso, a arguição incidental não se restringe à tutela dos direitos fundamentais. Aliás, pelo que consta, o instituto foi criado visando muito mais na tutela da governabilidade e de interesses estatais (combate à “indústria de liminares”), do que a proteção do cidadão em face do Poder Público.”¹¹¹

¹¹⁰ Idem. p.297-299

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. Ob.cit. p.88-89

Como visto, o veto presidencial ao dispositivo que reconhecia legitimidade de qualquer pessoa para propositura da ADPF esvaziou este instituto, em especial com relação à arguição incidental, onde nem mesmo as partes do processo em que se discute a questão de violação a preceito fundamental poderão propor a arguição.

III.3. Legitimidade

Os legitimados ativos para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental são os mesmos legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (Cf, art.103, I a IX c/c art.2º, I da lei 9.882/99), ou seja, o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional.

É certo que qualquer cidadão poderá provocar o Procurador-Geral da República, tendo em vista o disposto no art.2º, § 1º, da lei 9.882/99. Porém, caso o chefe do Ministério Público Federal não decida propor a arguição, o interessado não disporá de nenhum remédio para provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

É quase certo que o Supremo Tribunal Federal manterá as mesmas restrições de legitimidade para Governador de Estado, Assembleia Legislativa, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional, exigindo a demonstração do requisito da pertinência temática destas entidades.

Uma questão interessante é que, mesmo consagrando o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais, a lei 9.882/99 não conferiu legitimidade ativa aos Prefeitos Municipais, Mesas de Câmaras Municipais ou a qualquer entidade pública ou privada de âmbito municipal. Resta saber a quem interessará deflagrar, via arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais.¹¹²

No tocante à legitimidade passiva, embora não se possa falar em réus, pois se trata de processo de natureza objetiva, caberá ao órgão ou agente ao qual se imputa a lesão a preceito fundamental a prestação de informações, como ocorre nos outros processos objetivos.¹¹³

Mesmo na arguição incidental, em que as partes do processo sofrem diretamente os efeitos da decisão, estas, a rigor, não integram nenhum dos pólos da relação processual, sendo facultado ao relator ouvir, se entender necessário, tais partes (art. 6º, § 1º da lei 9.882/99).¹¹⁴

III.4. Competência

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é, em suas duas modalidades, de competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art.102, § 1º da Constituição c/c art.1º da lei 9.882/99.

A Constituição Federal não previu a arguição no plano estadual, como fez com a ação direta de inconstitucionalidade, mas, a exemplo desta, pode ser instituída pelo constituinte estadual, pelo princípio da simetria com o modelo

¹¹² BINEJBOIM, Gustavo. Ob.cit. p.194

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.233

¹¹⁴ SARMENTO, Daniel. Ob.cit. p.107

federal.¹¹⁵ Ignorada na maioria dos Estados, foi instituída em alguns deles, como Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte e Alagoas.

III.5. Pressupostos

Além do requisito de descumprimento de preceito fundamental, que decorre do próprio texto constitucional, a lei 9.882/99 introduziu outros pressupostos, aplicáveis à ADPF em geral ou, especificamente, à ADPF incidental. Ausentes esses pressupostos, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não poderá ser conhecida.

III.5.1 Descumprimento de Preceito Fundamental

A doutrina conceitua descumprimento como “uma espécie do gênero inconstitucionalidade, que significa deixar de cumprir, não satisfazer, não realizar; no caso, não satisfazer, não realizar um preceito constitucional fundamental”.¹¹⁶

Nem o constituinte, nem o legislador ordinário esclareceram o alcance da expressão “preceito fundamental”, transferindo esta tarefa para a doutrina e para a jurisprudência. Neste sentido, parece que o legislador agiu bem ao não arrolar taxativamente os preceitos fundamentais, deixando uma maleabilidade maior à jurisprudência, na definição destes preceitos. É certo que qualquer tentativa de prefiguração seria sempre parcial ou excessiva.

É preciso afastar, de imediato, a possibilidade de que “preceito fundamental” seja toda e qualquer norma contida na Constituição. Se assim o

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.230

¹¹⁶ MANDELLI, Roberto. Ob.cit. p.236

fosse, não haveria porque a Constituição denominar uma determinada categoria de “preceitos fundamentais”.¹¹⁷

Por outro lado, é importante reconhecer que, por força do princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia jurídica entre as normas constitucionais. Contudo, a expressão “preceito fundamental” importa no reconhecimento de que a violação de determinadas normas traz maiores consequências para o sistema jurídico como um todo.¹¹⁸

Há de se considerar fundamental o preceito quando o mesmo apresenta-se como imprescindível, basilar ou inafastável.¹¹⁹ A doutrina aponta alguns preceitos fundamentais, oferecendo desde logo um conteúdo mínimo à expressão. É o caso das “cláusulas pétreas” (CF, art. 60, § 4º), dos princípios sensíveis (CF, art. 34, VII), dos princípios e direitos fundamentais (CF, arts. 1º a 7º).¹²⁰ O descumprimento de qualquer desses preceitos enseja a possibilidade de utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

III.5.2 Inexistência de outro meio idôneo (subsidiariedade)

O art. 4º, § 1º, da lei 9.882/99, dispõe que: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Instituiu-se, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, o princípio da subsidiariedade, à semelhança do que ocorre no recurso de amparo espanhol e do recurso constitucional alemão.

¹¹⁷ TAVARES, André Ramos. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Aspectos essenciais do Instituto na Constituição e na Lei* In *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p.52

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.222

¹¹⁹ TAVARES, André Ramos. *Arguição...* p.52

¹²⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In *Arguição...* p.213

Parte da doutrina rejeita o caráter subsidiário ou residual que a lei pretendeu reservar à ADPF. O argumento central é de que o art.102, § 1º, da Constituição somente autorizou a lei a dar forma, e não restringir o conteúdo da arguição. Sendo assim, sustenta a autonomia da ADPF em relação às ações objetivas ou subjetivas existentes no sistema, sendo ela cabível sempre que houver violação a preceito fundamental. Nesse sentido, vale transcrever as lições de André Ramos Tavares:

“Verificar-se-á que a arguição é cabível sempre, e absolutamente sempre, que se observar a violação de preceito constitucional de natureza fundamental. (...) Não obstante admitir-se a possibilidade de que mais de uma ação preste-se ao mesmo objetivo, a verdade é que, com a introdução da arguição, para ela desviam-se todos os descumprimentos de preceitos fundamentais da Constituição”.¹²¹

Em que pese a respeitabilidade dos argumentos, este entendimento parece equivocado. Não é incomum no direito brasileiro a disciplina infraconstitucional de direitos e garantias fundamentais. Além disso, a legislação ordinária regulamenta outras ações de índole constitucional, como o mandado de segurança, a ação civil pública, a ação popular, dentre outras, contendo regras sobre cabimento, direito de propositura, objeto, dentre outros aspectos que não são estritamente processuais.¹²²

Sendo assim, não há como se negar a existência do princípio da subsidiariedade em matéria de ADPF. O que deve-se fazer é utilizá-lo corretamente, já que através de uma interpretação excessivamente literal do art. 4º, § 1º da lei 9.882/99, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a lesão ou ameaça a

¹²¹ TAVARES, André Ramos. *Arguição...* p.42-48. Também rejeitando o caráter subsidiário da ADPF, v. PIOVESAN, Flávia e STANZIOLA, Renato. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Inovações e Aspectos Polêmicos*. In *Aspectos...* p.115-121

¹²² BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.224

preceito fundamental, é que seria cabível a ADPF. No entanto, é praticamente impossível que não exista, no caso concreto, a possibilidade de utilizar-se de alguma ação ou recurso, diante do amplo espectro de recursos e instrumentos processuais hoje existentes. É certo que tal entendimento acabaria por retirar desse instituto qualquer caráter prático.¹²³

Portanto, parece que a questão central esta na eficácia do outro meio existente para sanar a lesividade a preceito fundamental. Tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração apenas as demais ações de natureza objetiva existentes no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Isso porque a decisão da ADPF e destas ações é dotada de caráter vinculante e contra todos, enquanto os efeitos da atuação judicial nas vias ordinárias limitam-se, via de regra, às partes.

Assim, se couber qualquer das ações de natureza objetiva (ADIN, ADC e ADIN por omissão), e essas forem eficazes para sanar a lesividade a preceito fundamental, não caberá ADPF. Por outro lado, a simples possibilidade de propositura de ações ou recursos de natureza subjetiva não deve excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não é pacífica a este respeito, ora entendendo no sentido da necessidade de exaurimento de todos os outros mecanismos processuais, sejam eles de natureza objetiva ou subjetiva, para o cabimento da arguição, ora entendendo que o exame da subsidiariedade deve levar em conta apenas os demais processos de natureza objetiva.¹²⁴

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. p.1 Disponível em: www.jusnavigandi.com.br

¹²⁴ V. STF, ADPF 12 e ADPF 33, que demonstram a jurisprudência vacilante do STF na interpretação da regra da subsidiariedade.

III.5.3 Pressupostos específicos à arguição incidental

Além destes dois pressupostos gerais, a arguição incidental possuiu dois pressupostos específicos, que decorrem da lei 9.882/99.

O primeiro deles é o da relevância do fundamento da controvérsia judicial (art. 1º, I). Embora a motivação imediata do legitimado possa ser a eventual tutela de uma situação particular, deverá ele demonstrar que é relevante a controvérsia constitucional que ensejou a propositura da ADPF. Será relevante esta controvérsia “quando seu deslinde tiver repercussão geral, que transcenda ao interesse das partes em litígio, seja pela existência de um número expressivo de processos análogos, seja pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão, por seu alcance político, econômico, social ou ético”.¹²⁵

Outro pressuposto específico à arguição incidental é que os atos do Poder Público suscetíveis de controle através desta modalidade de ADPF são apenas os de cunho normativo.

III.6. Objeto

Nos termos da lei 9.882/99, cabe a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, *caput*).

O parágrafo único dispõe que caberá também a ADPF quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.229

Entretanto, tais hipóteses de cabimento foram restringidas pelo art. 4º, § 1º, da lei 9.882/99, que consagrou o princípio da subsidiariedade, ao estabelecer que a arguição de descumprimento de preceito fundamental não será admissível “quando houver outro meio para sanar a lesividade”.

Sendo assim, analisaremos, à luz da lei 9.882/99, quais atos que podem ser objeto do pedido, ou seja, aqueles que são passíveis de controle de constitucionalidade via ADPF, sem pretensão de exaustividade, já que nem mesmo a doutrina e a jurisprudência são pacíficas a esse respeito.

III.6.1 Direito pré-constitucional

O Supremo Tribunal estabeleceu, de longa data, o entendimento de que o processo de controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, ao controle de constitucionalidade de normas pós-constitucionais. Assim, consolidou-se a jurisprudência no sentido de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto o direito pré-constitucional.

Dessa forma, eventual colisão entre direito pré-constitucional e a nova Constituição deveria ser resolvida segundo os princípios de direito intertemporal. Assim, caberia à jurisdição ordinária e ao Supremo Tribunal Federal examinar a vigência do direito pré-constitucional no controle difuso, uma vez que caberia a simples aplicação do princípio do *lex posterior derogat priori*, e não um exame de constitucionalidade.¹²⁶

Diante desta orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, criou-se um vácuo no controle abstrato de normas, prejudicial à segurança jurídica, na medida em que a solução de controvérsias relevantes relacionadas

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de controle e objeto*. In *Aspectos...* ob.cit. p.135-136

ao direito pré-constitucional deixou de contar com um instrumento definitivo de resolução de conflitos, dotado de eficácia *erga omnes*.¹²⁷

Sendo assim, a lei 9.882/99, de forma expressa, previu o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado das normas pré-constitucionais (art. 1º, I), preenchendo essa importante lacuna no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

III.6.2 Direito municipal

A Constituição de 1988 não previu o controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Apenas autorizou o constituinte estadual a instituir o controle abstrato de normas do direito estadual e municipal em face da Constituição Federal.

Dessa forma, o direito municipal, salvo na hipótese de representação de inconstitucionalidade em face de constituição estadual, somente comportava o controle difuso de constitucionalidade.

Com o advento da lei 9.882/99, se a norma municipal envolver ameaça ou lesão a preceito fundamental ou houver controvérsia relevante quanto à sua aplicação, caberá controle abstrato e concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 1º, I da referida lei.

Trata-se de uma inovação de grande importância, que permitirá ao STF resolver, de uma vez por todas e com eficácia *erga omnes*, as controvérsias envolvendo a constitucionalidade do direito municipal, evitando o congestionamento do judiciário, que teria que julgar uma infinidade de recursos envolvendo a mesma questão.

¹²⁷ SARMENTO, Daniel. Ob.cit. p.95

III.6.3 Atos do Poder Público e atos privados

Como se depreende do art. 1º da lei 9.882/99, os atos que podem ser objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental são os emanados do Poder Público. Assim, são passíveis de controle de constitucionalidade os atos de natureza normativa, administrativa e judicial. Anote-se que, relativamente à arguição incidental, essa possibilidade se restringe aos atos normativos.

Com base na doutrina e na jurisprudência, sobretudo em relação ao mandado de segurança, determinados atos privados devem ser equiparados aos praticados por autoridades públicas, como aqueles executados por entidades privadas que agem mediante delegação do Poder Público, sejam as controladas pelo Estado ou exclusivamente por particulares¹²⁸, no exercício de atribuições do Poder Público. Parece que tais atos privados poderão, pela sua natureza, sujeitar-se ao controle via ADPF, caso inexista outro meio para sanar a lesividade.

III.6.4 Atos normativos secundários ou infralegais

Antes da edição da lei 9.882/99, o Supremo Tribunal Federal sedimentara entendimento no sentido de que não cabia ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos secundários ou infralegais, como são os regulamentos, instruções, portarias, dentre outros. A lógica seguida pelo Tribunal é que, estando os atos secundários subordinados à lei, não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição. Assim, em caso de

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.234

contrariedade, ou a lei na qual se baseia o ato é inconstitucional, devendo ela ser o objeto do controle de constitucionalidade, ou o conteúdo do ato afastou-se dos limites autorizados pela lei, hipótese essa que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade.

No entanto, esta posição não era isenta de críticas. Conforme salientou Clémerson Merlin Cléve, com sua habitual precisão,

“A posição da Suprema Corte desafia questionamento. É que, com efeito, o regulamento pode ofender a Constituição, não apenas na hipótese de edição de normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo, o da separação de poderes. É incompreensível que o maior grupo de normas existente num Estado caracterizado como social e interventor fique a salvo do contraste vantajoso operado por via de fiscalização abstrata. Não seria demais, mantida pelo STF a sua jurisprudência, cogitar-se da criação de um processo objetivo de controle da legitimidade da normativa regulamentar”.¹²⁹ (grifo nosso)

Ora, parece que a lei 9.882/99 permite o controle de constitucionalidade dos atos normativos infralegais, pela abrangência da redação do art. 1º, que alude a qualquer “ato do Poder Público” que ameace ou viola preceito fundamental da Constituição.¹³⁰ Além disso, pelo princípio da subsidiariedade, “a inadmissibilidade de outros meios de controle através de processo objetivo torna cabível, em tese, a arguição de descumprimento de preceito fundamental contra atos normativos secundários ou infralegais”.¹³¹

¹²⁹ CLEVE, Clemerson Merlin. Ob.cit. p.143-144

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. Ob.cit. p.96

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit. p.239-240

III.6.5 Controle da omissão legislativa

Um dos maiores problemas do direito constitucional contemporâneo é o combate às omissões legislativas. A Constituição de 1988 previu dois mecanismos para enfrentar o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Contudo, passados 17 anos da promulgação da Carta de 1988, percebe-se que nenhum destes instrumentos judiciais vêm apresentando resultados satisfatórios, devido à timidez da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em explorar a potencialidade dos dois institutos.¹³²

Sendo assim, é possível afirmar que estes dois mecanismos criados pelo constituinte de 1988 não são meios eficazes de sanar a lesividade a preceito fundamental decorrente da inércia do legislador. Como a possibilidade de utilização da ADPF surge pela inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade a preceito fundamental, pelo disposto no art. 4º, § 1º da lei 9.882/99, a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá suprir esta lacuna, se transformando num efetivo instrumento de combate às omissões legislativas.¹³³

A matéria foi amplamente debatida no Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº. 4. Trata-se de ação, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, contra a MP 2.019/2000, que fixou o valor do salário-mínimo em cento e cinquenta e um reais. Alega-se inconstitucionalidade por omissão parcial, por violação do preceito fundamental contido no art. 7º, IV, da Constituição Federal. No julgamento da preliminar sobre a admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito

¹³² V., sobre o tema, item II.2.3.3 do Capítulo II

¹³³ Note-se que, por uma análise excessivamente literal do art. 4º, § 1º, da lei 9.882/99, não caberia ADPF neste caso, pois existem dois instrumentos previstos na Constituição para o combate das omissões inconstitucionais.

fundamental, o STF, em votação dividida (6 a 5), conheceu do pedido, por entender que a medida judicial existente – ação direta de inconstitucionalidade por omissão – não seria, em princípio, capaz de sanar a alegada lesividade.

Admitida a ação, resta saber qual o tipo de provimento que o STF considerará adequado. Caso o Pretório Excelso opte por uma solução que, de uma vez por todas, resolva o problema das omissões inconstitucionais, é certo que mais uma importante lacuna será preenchida pela arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Note-se, por oportuno, que a lei 9.882/99, ao permitir o controle abstrato de constitucionalidade do direito pré-constitucional, dos atos do Poder Público em geral, das omissões legislativas, do direito municipal, dentre outros, fez, na maioria dos casos, uma correção legislativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Aliás, ao que parece, esse foi o principal objetivo do constituinte derivado na edição da lei 9.882/99, ou seja, permitir o alargamento do controle abstrato de constitucionalidade, corrigindo a jurisprudência restritiva do STF.

III.7. Processo e julgamento

A petição inicial deverá conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado e do ato questionado, a prova da violação do referido preceito, o pedido, com suas especificações e, se for o caso, a comprovação de existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado, nos termos do art. 3º, I a V, da lei 9.882/99. Quando for necessário, a inicial deverá ser acompanhada de instrumento de mandato. Será apresentada em duas vias e deverá trazer cópia do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação (art. 3º, parágrafo único).

A petição inicial será indeferida liminarmente pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos legais ou for inepta (art. 4º, *caput*). Da decisão de indeferimento caberá agravo, no prazo de cinco dias (art. 4º, § 2º).

A lei 9.882/99 prevê expressamente a possibilidade de concessão de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental, por decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 5º, *caput*). Contudo, admite a concessão diretamente pelo relator, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, *ad referendum* do Tribunal Pleno (art. 5º, § 1º). Se entender necessário, o relator, antes de pronunciar-se sobre a medida, 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 (art. 5º, § 2º).

Merece destaque o art. 5º, § 3º, da lei 9.882/99, que dispõe:

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

Assim, o STF poderá suspender o andamento de processo em curso, bem como tomar outras medidas que julgar necessárias até o julgamento do mérito da arguição.¹³⁴

Apreciado o pedido liminar, o relator solicitará informações aos responsáveis pela prática do ato impugnado, no prazo de dez dias (art. 6º, *caput*). Se entender necessário, o relator poderá ouvir as partes nos processos

¹³⁴ Ressalte-se que, no julgamento da ADIN 2231-8, o relator Min. Néri da Silveira, votou pelo deferimento de liminar suspendendo este dispositivo. V.item II.2.1 *supra*.

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 (art. 6º, § 1º).

Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 7º, *caput*). O Ministério Público terá vista do processo, por cinco dias, nas arguições que não tiver formulado (art. 7º, parágrafo único). Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo (art. 6º, § 2º).

A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros, sendo a deliberação tomada por maioria simples (art. 8º).¹³⁵

A decisão fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental e determinará o cumprimento imediato da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente (art. 10 e § 1º). Após o julgamento, serão comunicados as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados. No prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, a parte dispositiva da decisão será publicada na imprensa oficial, nos termos do art. 10, § 2º.

A decisão que julgar procedente ou improcedente a ADPF será irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória (art. 12), cabendo reclamação contra o seu descumprimento (art. 13).

¹³⁵ Houve veto presidencial aos §§ 1º e 2º do art. 8º da lei 9.882/99, que previam que a decisão pela procedência ou improcedência do pedido deveria ser tomada por *quorum* de dois terços.

III.8. Efeitos da decisão

A decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental terá eficácia com todos, efeitos retroativos (como regra) e vinculantes aos demais órgãos do Poder Público.

Em relação a todos os juízes e tribunais, estará afastado o controle difuso de constitucionalidade, uma vez que estarão vinculados não só à decisão do Supremo Tribunal Federal, mas também à interpretação constitucional que foi dada à norma, nos casos de interpretação conforme a constituição e declaração parcial de nulidade sem redução de texto.¹³⁶

As autoridades administrativas não poderão aplicar a norma declarada incompatível com o preceito fundamental contida na Constituição, nem deixar de respeitar as normas declaradas constitucionais, devendo pautar suas condutas pela interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parte da doutrina sugere também a vinculação ao legislador, ficando a atividade legislativa pautada pela interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, pela amplitude do disposto no art. 10, § 3º da lei 9.882/99, que se refere “aos demais órgãos do Poder Público”.¹³⁷

Quanto aos efeitos temporais, a lei da ADPF contempla a mesma possibilidade prevista na lei 9.868/99, permitindo que o Supremo Tribunal Federal limite os efeitos de sua decisão, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. Assim, o art. 11 da lei 9.882/99 dispõe que:

¹³⁶ MORAES, Alexandre de. *Comentários à lei 9.882/99 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p.33

¹³⁷ Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Ob.cit.* p.228

“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 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”.

Este dispositivo permite que o STF restrinja os efeitos da decisão, excluindo o seu alcance, por exemplo, determinado grupo de pessoas, não atribua efeito retroativo à decisão, fazendo-a incidir apenas a partir de seu trânsito em julgado e até mesmo que fixe apenas para algum momento futuro o início da produção dos efeitos da decisão.

CONCLUSÃO

O controle judicial concentrado de constitucionalidade no Brasil ganhou, com a Constituição de 1988, um novo tratamento constitucional, com a inclusão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ações às quais veio somar-se, posteriormente, a ação declaratória de constitucionalidade, criada pela Emenda Constitucional nº 3.

Apesar desta notória complexidade, na prática, o sistema não apresentava um completo e adequado tratamento para o vício de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público em geral.

Assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental veio para complementar o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Esta ação pode ter objeto extremamente amplo, permitindo a fiscalização concentrada de um amplo espectro de atos estatais violadores da Constituição, como o direito municipal, o direito pré-constitucional, os atos infralegais, dentre outros, os quais não ensejavam controle concentrado de constitucionalidade.

Desse modo, percebe-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental se insere num contexto de fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro, tendência esta que se mantém desde a Constituição de 1988 e que tem como consequência o enfraquecimento do controle difuso, já que as decisões do Supremo Tribunal Federal tem eficácia contra todos e vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário. Aliás, diga-se de passagem, a recente Emenda Constitucional 45/04 reforçou esta tendência, com a instituição das súmulas vinculantes e de outros instrumentos.

Note-se, por oportuno, que a lei 9.882/99, que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, permitiu uma ampla conformação deste instituto pela via jurisprudencial, não definindo, por exemplo, o conceito de preceito fundamental. Sendo assim, será necessário que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal interprete a lei 9.882/99 de forma a dar a maior amplitude possível a esta ação, o que certamente contribuirá, e muito, para o aperfeiçoamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Aléxis Galilás de Souza. *Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental e a Advocatória*. In Revista Virtual nº.08. Janeiro/2000. Disponível em: www.planalto.gov.br

BERNARDES, Juliano Taveira. Lei 9.882/99: arguição de descumprimento de preceito fundamental. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CLEVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos*. Revista Estado, Direito e Sociedade. Nº 10. Disponível em: www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/artigos.html

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade*. Revista de Direito Administrativo, nº 220, Renovar, fls.14.

MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. p.1 Disponível em: www.jusnavigandi.com.br

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Guilherme Pena de. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das leis*. 1ªed. São Paulo: Coimbra editora, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius. *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. 1ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.