

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES
MONOGRAFIA JURÍDICA

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

198757 PAULO MARCELO CAJAZEIRAS DA MOTA - MATRÍCULA: 0209414

"CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO"

342.81

x Controle de constitucionalidade - Brasil
^ Direito constitucional - Brasil
x Processo civil - Brasil

Ac 114109

342.81

MS17c

R 14010191

FORTALEZA
2007

PAULO MARCELO CAJAZEIRAS DA MOTA

"CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO"

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcos José Nogueira de Sousa ¹⁹⁹⁹⁸⁹
Filho

FORTALEZA
2007

PAULO MARCELO CAJAZEIRAS DA MOTA

"CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO"

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcos José Nogueira de Sousa
Filho

Aprovada em 11/07/2007

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marcos José Nogueira de Sousa Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. William Paiva Marques Junior
Universidade Federal do Ceará - UFC

Dr. José Aurélio Monte Saraiva Câmara
Bacharel pela Universidade Federal do Ceará - UFC

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor António de Sousa e Silva, pela orientação e apoio durante este trabalho, na disciplina de Filosofia.

Aos meus pais, pela amizade, carinho e incentivo durante a minha vida.

Aos meus amigos, pela amizade e apoio, durante a minha vida.

Aos meus pais,
Meus colegas de faculdade,
que muito contribuíram.

Henry Ford, que com sua
capacidade de combinar a filosofia
econômica com a filosofia natural
alcançou inimagináveis realizações
à época em que viveu, contribuindo
sobremaneira para nortear todo este
trabalho acadêmico.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Marcos José Nogueira de Sousa Filho, pela atenção e paciência com as quais nos orientou no decorrer deste trabalho.

Aos colegas de turma de graduação, pela amizade, auxílio e grande atenção tantas vezes recebida.

Aos examinadores, pela solicitude e atenção dispensada.

RESUMO

Aborda questões concernentes ao controle de constitucionalidade no direito brasileiro, realizando inicialmente uma análise do controle de constitucionalidade no âmbito do Direito Processual Civil e de tipos de inconstitucionalidades. Utiliza como fonte de pesquisa e como fonte decisória primordial a pesquisa doutrinária, uma vez que tal assunto ainda divaga nas especulações doutrinárias, mesmo que positivado em lei, com diversas divergências autorais. Versa sobre as diversas espécies de controle de constitucionalidade e a análise da premissa básica da supremacia constitucional. Utiliza-se a pesquisa do tipo bibliográfica, procurando abordar o tema através da análise de literatura já publicada. Quanto à utilização dos resultados, foi pura, tendo por finalidade aumentar o conhecimento. Segundo a abordagem, foi qualitativa; quanto aos objetivos, foi explicativa.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Supremacia Constitucional. Coerência do ordenamento jurídico

ABSTRACT

It approaches questions about to the control of constitutionality in the Brazilian right, initially carrying through an analysis of the control of constitutionality in the scope of the Civil procedural law and of types of unconstitutionality. It uses as research source and as primordial power to decide source the doctrinal research, a time that such subject still transits in the doctrinal speculations, exactly that written in law, with diverse authorial divergences. It turns on the diverse species of constitutionality control and the analysis of the basic premise of the constitutional supremacy. It is used research of the bibliographical type, looking for to approach the subject through the analysis of published literature already. How much to the use of the results, she was pure, having for purpose to increase the knowledge. According to boarding, was qualitative; how much to the objectives, it was explained.

Keywords: Control of constitutionality. Constitutional supremacy. Coherence of the legal system

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. DIRECIONAMENTO DO TEMA.....	10
3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PROCESSO CIVIL	11
4. NOÇÃO E TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	12
4.1 Inconstitucionalidade Formal.....	12
4.2 Inconstitucionalidade Material.....	13
4.3 Inconstitucionalidade Total e Inconstitucionalidade Parcial.....	14
5. A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....	15
6. ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	15
7. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	16
7.1 Considerações Gerais.....	16
7.2 Natureza, Finalidade e Alcance.....	16
7.3 Procedimento da ação direta de inconstitucionalidade	19
7.4 Legitimidade Processual Ativa e Passiva.....	19
7.5 O Procurador Geral da República.....	22
7.6 O Advogado-Geral da União.....	23
7.7 Os Atos Anteriores à Constituição.....	24
7.8 Prazos e Recursos.....	26
7.9 Medida Cautelar.....	26
7.10 Efeitos da Decisão.....	27
8. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE.....	29
8.1 Características, Previsão Constitucional e Finalidade	29
8.2 Diferenças com a Avocatória.....	30
8.3 Legitimidade Ativa.....	31
8.4 Objeto.....	31
8.5 Medida Cautelar.....	32
8.6 Efeitos da Decisão.....	33
9. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	34
9.1 Características da Inconstitucionalidade por Omissão.....	34
9.2 Modalidades de Omissão.....	35
9.3 Natureza, Finalidade e Procedimento.....	36
9.4 Efeitos da Decisão.....	37

10 CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE	38
10.1 Provocação da Jurisdição Constitucional Concreta.....	38
10.2 Quem Pode Suscitar a Questão Constitucional.....	38
10.3 Competência e Procedimento.....	39
10.4 Efeitos da Decisão.....	41
10.5 A Suspensão Pelo Senado Federal.....	41
11 AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA.....	42
11.1 Natureza.....	42
11.2 Objeto.....	44
11.3 Partes.....	44
11.4 Procedimento.....	45
11.5 Liminar e Recurso.....	46
12 AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	47
12.1 Conceito de Preceito Fundamental.....	47
12.2 Competência.....	47
12.3 Legitimidade.....	48
12.4 Procedimento.....	49
12.5 Efeitos da Decisão.....	49
12.6 Observações Gerais	50
13 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

1 - INTRODUÇÃO

O Controle da Constitucionalidade das Leis e de Atos Normativos no Brasil, nos termos constantes da atual Carta Política, é instrumento de efetivo exercício de poder – jurídico e político – da maior relevância no país. Embora não inédito, eis que já figurava em constituições anteriores, o controle, nos moldes em que atualmente previstos, coaduna-se com os ideais democráticos almejados pela Constituição de 1988. Através do controle, concentrado ou difuso, se estabelece indubitavelmente o necessário equilíbrio entre os Três Poderes do Estado; assim, o poder judiciário dispõe de expedientes constitucionais para controlar a ação legislativa, tanto do Executivo, como do Legislativo. Este, por sua vez, pode, em juízo político, acolher ou não as decisões *incidenter tantum* de inconstitucionalidade do Judiciário. E o executivo, de um lado, é controlado em seus atos legislativos e até de mera execução, mas, de outro, dispõe de juízo de oportunidade e conveniência sobre a execução do orçamento da União e, ainda, do poder de legislar através de medidas provisórias. O Controle da Constitucionalidade, pois, revela-se como instrumento de equilíbrio entre os Poderes do Estado, o que, por si, já demonstra sua relevância no âmbito do ordenamento jurídico.

2. DIRECIONAMENTO DO TEMA

O presente trabalho pretende se dedicar à análise dos aspectos que suscitam maiores controvérsias sobre o Controle de Constitucionalidade das leis no Brasil, através do exame de opiniões doutrinárias e jurisprudências conflitantes, avaliando-se a argumentação de umas e outras, suas virtudes e, eventualmente, seus impasses científicos. Para a abordagem do assunto, pretendemos incursionar pelos diferentes tipos de inconstitucionalidade, registros históricos do Controle Constitucional no Brasil, o Controle Concreto, com exame da Fiscalização Incidental e da Ação Direta Interventiva, e o Controle Abstrato, aí incluindo-se a apreciação da Ação direta de Inconstitucionalidade, a Ação de inconstitucionalidade por Omissão, a Ação direta de Constitucionalidade e o Controle Abstrato no plano Estadual. E, com isso, poder-se-á

vislumbrar – se não for muita pretensão – alternativas para o aperfeiçoamento do instituto do Controle de Constitucionalidade das leis e Atos Normativos no Brasil.

Utilizamos como fonte de pesquisa e como fonte decisória primordial a pesquisa doutrinária, que pensamos ser a mais efetiva quanto ao tema por nós enfocado, visto que não há como recorrermos, por exemplo, à pesquisas de campo ou publicações científicas com o mesmo resultado, uma vez que tal assunto ainda divaga nas especulações doutrinárias, mesmo que positivado em lei, com diversas divergências autorais.

3 - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PROCESSO CIVIL

Controle de Constitucionalidade, como dito, propicia o efetivo equilíbrio entre os Poderes do estado. Sua análise, no âmbito do Direito Processual Civil, tem pertinência, sobretudo, porque seu exercício se dá através de ações judiciais. No controle concentrado a ação é específica para a declaração da inconstitucionalidade e, no difuso, tal declaração ocorre incidentalmente em demanda judicial. Dessa sorte, o exame de aspectos processuais que envolvem o Controle da Constitucionalidade é absolutamente oportuno, especialmente para investigar a tramitação judicial das demandas e a competência de cada instância julgadora. De maior relevância, ainda, para o Direito Processual, é o Controle da Constitucionalidade pela contribuição que este expediente dá à redução de ações com o mesmo fim. De efeito, após a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal, controle concentrado, a norma é afastada no ordenamento jurídico, evitando tal questionamento em repetidas ações judiciais e, sobretudo, superando os conflitos interpretativos que a envolvem, tudo com evidente contribuição à pacificação jurisprudencial. No Controle Difuso, advêm iguais benefícios, pelo menos no âmbito de jurisdição do Tribunal que decidir pela Inconstitucionalidade de determinada norma, eis que esse pronunciamento vinculará todos os órgãos fracionários da Corte. Daí a manifesta pertinência da análise do Controle da Constitucionalidade no Direito Processual.

4 – NOÇÃO E TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

A inconstitucionalidade não se resume à incompatibilidade do ato normativo com as disposições constitucionais. Em verdade, há a inconstitucionalidade material e formal. A primeira refere-se à contrariedade ou à contradição da norma com a constituição. A outra, é a desconformidade à constituição quanto ao processo de elaboração da norma. Segundo a doutrina, a inconstitucionalidade merece ser apreciada sob vários enfoques. Portanto, cabe ser examinados os diversos tipos de incompatibilidade com os preceitos constitucionais.

4.1 – Inconstitucionalidade formal

A elaboração da norma, vale dizer, o processo de edição, deve observar rigidamente as disposições adjetivas, quer de ordem constitucional, quer de ordem legal, quer de ordem regimental. Implica em inconstitucionalidade formal a inobservância da competência legislativa, que é dividida entre a União, Estados e Municípios, de acordo com a matéria, sendo certo que também há competência concorrente. Mas o relevante é que o ente de onde promana a norma há de gozar de competência legislativa, sob pena de acarretar a inconstitucionalidade formal do dispositivo. Conforme entendimento de Pedro Lenza, “como o próprio nome induz, a inconstitucionalidade formal se verifica quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver um vício em sua forma, ou seja, em seu processo de formação, vale dizer, no processo legislativo de sua elaboração.”¹. Igual vício decorre de eventual não atendimento de quorum mínimo de parlamentares para aprovação de determinada lei, ou mesmo a insuficiência de votos para tal fim, consoante estabeleçam a constituição e os regimentos internos das casa legislativas. Outro aspecto que leva a essa modalidade de irregularidade é a ausência de pressupostos para a norma, como, v.g., para as Medidas Provisórias. Dependem diplomas da espécie da relevância e urgência do tema legislado para que o Presidente da República expeça a medida.

¹ Pedro Lenza, *Direito Constitucional Esquematizado*, ed. Método, São Paulo, 2006, p.99.

No Brasil essa modalidade de inconstitucionalidade assume dimensão expressiva, na medida em que há disciplina minuciosa do processo legislativo, tanto em nível constitucional como em normas regimentais dos parlamentos.

4.2 – Inconstitucionalidade material

A constitucionalidade material da norma é a compatibilidade do conteúdo desta com a constituição. Conforme afirma Pedro Lenza, “aquele ato normativo que afrontar alguma matéria da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material.”².

Tal compatibilidade há de se dar com todos os dispositivos da Carta, inclusive preâmbulo, princípios, preceitos dogmáticos e programáticos. Para Clémerson Cléve, “a doutrina constitucional mais recente entende que não há dispositivo constitucional despido de normatividade” e “encontra-se, igualmente, superada a tese segundo a qual o Preâmbulo da Constituição nenhuma normatividade pode produzir.”³. Para o mesmo autor, os princípios são normas dotadas de densidade normativa pequena e alta abstração conceitual, com grande carga eficaz, e, por isso, afirma que “é preciso salientar a riqueza do Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, indicador de importantes princípios que, agregados a outros, tidos como fundamentais, inscritos no corpo constitucional, dão conta da idéia de direito e de justiça que preside o direito brasileiro”.

Nessa modalidade de inconstitucionalidade enfatiza-se a supremacia da Constituição em relação aos demais atos normativos que integram o ordenamento jurídico. A Constituição, segundo a doutrina moderna, é um sistema aberto de princípios e preceitos. Os princípios possuem características diferentes das regras ou preceitos; dispõem de maior grau de abstração e menor densidade normativa e, por isso, sintetizam, fundamentam e estruturam o sistema constitucional; condensam idéias estruturais do sistema. Os preceitos, a sua vez, constituem desdobramentos das idéias, de certo modo engessadas nas disposições principiológicas.

² Pedro Lenza, ob. cit., p. 100.

³ Clémerson Merlin Cléve, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p.34.

Os princípios, nestas condições, cumprem eficácia derogatória da legislação anterior que não se harmonize com essas idéias básicas. Vale dizer, impedem o fenômeno da recepção da legislação até então existente.

Havendo contradição entre o conteúdo da norma e o conteúdo da Constituição, instala-se a inconstitucionalidade material daquela. Essa contradição pode manifestar-se pelo desvio ou excesso do poder legislativo ou pela ofensa ao princípio da razoabilidade dos atos do Poder Público, isto ocorrendo quando a norma é editada de forma desproporcional com o propósito constitucional.

4.3 – Inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial

A inconstitucionalidade é total quando todo ato afigura-se contaminado. É parcial, quando incidir apenas sobre parte dele. Em geral, a inconstitucionalidade formal atinge todo o ato. Mas não é absoluta essa regra. Por exemplo, se o Órgão que edita o ato não detém competência, o vício alcançará todo o ato. Pode ocorrer, contudo, que uma lei produzida por um Estado membro contemple matérias cuja competência legislante seja efetivamente daquela unidade administrativa, mas inclua, dentre as variadas disposições, um artigo que seja de competência exclusiva da União. Nessa hipótese, o vício alcançará apenas o tema versado no artigo em que se exorbitou o limite de competência.

A inconstitucionalidade material pode operar-se sobre todo o ato ou apenas em relação à parcela dele. Será, respectivamente, total ou parcial. O que é relevante assinalar é que a inconstitucionalidade parcial pode se referir a um artigo, a uma seção ou segmento do ato.

Obviamente a regra é que, na inconstitucionalidade total, a declaração do vício alcançará todo o ato e, na parcial, apenas a parcela inquinada. Mas haverá casos em que a nulidade parcial implicará na nulidade total. Por exemplo, quando em consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma parcela da norma, se reconheça que as disposições restantes deixam de ter significado autônomo e quando o preceito inconstitucional fizer parte de uma regulamentação global à qual emprestava sentido e justificação. A primeira hipótese se verifica pelo critério de dependência e o segundo, pelo critério das normas.

5 – A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A interpretação conforme a constituição é forma de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Implica na procedência parcial da ADIN, que sem alterar o texto impõe interpretação que se coadune com os princípios constitucionais. Isso ocorre quando a invalidade não seja manifesta e inequívoca, de modo a militar a dúvida em favor da preservação da norma, e quando, entre as várias possibilidades de interpretação, haja uma cuja conclusão se coadune com os princípios constitucionais.

Jorge Miranda bem define a circunstância: “A interpretação conforme à Constituição não consiste tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme com a Constituição, quando em discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é no sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental.”⁴.

6 – ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No plano federal, de que cuidará o presente trabalho, as espécies de controle de constitucionalidade são a Ação Direta de Inconstitucionalidade propriamente dita, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, a Ação Direta de Constitucionalidade, que são as modalidades de controle em abstrato ou difuso. Na modalidade concreta ou difusa, há o controle incidental e a ação direta interventiva, que em verdade têm em mira a solução de conflitos específicos, sendo a questão constitucional mera causa de pedir. A direta interventiva tem por escopo dirimir litígios entre a União e Estados-membros.

⁴ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Ed. Coimbra, Coimbra, 1983, p.233.

7 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

7.1 – Considerações gerais

A Ação Direta de Inconstitucionalidade mereceu, no atual texto constitucional, especial destaque. O instituto tem se revelado de grande importância nos meios jurídicos e políticos, notadamente no processo histórico pelo qual passa o país de grande e constante mudança legislativa.

Exemplo claro da importância conferida pelo legislador constituinte à Ação Direta é a previsão constitucional logo no primeiro item do artigo 102⁵ que trata da competência do Supremo Tribunal Federal.

A constituição de 1988 abandonou a expressão “representação por inconstitucionalidade”, passando a designar o instituto por ação direta de inconstitucionalidade. Na verdade, não se tratou de mera mudança de designação. A par de ampliar sua importância, alargou os legitimados ativos e instituiu o curador especial, atribuição esta que recaiu ao Advogado-geral da União.

O novo tratamento conferido a essa ação evidenciou que o controle da constitucionalidade no Brasil vai assumindo progressivamente as características de modelo concentrado. Continuam coexistindo os modelos concentrado e difuso, todavia, o primeiro vai conquistando peso e espaço cada vez mais significativos.

7.2 – Natureza, finalidade e alcance

A ação direta de Inconstitucionalidade é verdadeira ação. Configura mecanismo especial de provocação da jurisdição constitucional. Não se trata de mera representação, embora as Constituições anteriores tivessem utilizado essa expressão.

⁵ “102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Sobre isso, lembra Clémerson Merlin Cléve que “esse fato foi suficiente para favorecer a emergência de intensas discussões a respeito da atuação do Procurador-Geral da República.”⁶

Trata-se de ação que inaugura um processo objetivo, que constitui, como outro qualquer, instrumento da jurisdição, no caso jurisdição constitucional concentrada. Não se presta, no entanto, para composição de uma lide. È que, sendo objetivo, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta de inconstitucionalidade. Não há, no caso, pretensão resistida.

Os legitimados não buscam, com a provocação da jurisdição constitucional concentrada, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva, que é um interesse genérico de toda coletividade.

Portanto, a finalidade da ação direta não é a defesa de um direito subjetivo, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo. Ao contrário, tal ação presta-se para a defesa da Constituição. A coerência da ordem constitucional e não a defesa de situações subjetivas consubstancia a real finalidade dessa modalidade de ação. Por isso consiste em instrumento da fiscalização abstrata de normas, inaugurando processo objetivo de defesa da Constituição.

Cuidando-se de processo objetivo, na ação direta não há lide; nem partes, salvo em sentido formal, eis que inexistem interesses concretos em jogo. Vejamos o escólio de Gilmar Ferreira Mendes: “o que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de processo objetivo, isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição. Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente, que pressupõe a defesa de situações subjetivas. ... no controle abstrato de normas, cuida-se, fundamentalmente, de um processo unilateral, não contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente um requerido. A admissibilidade de controle de normas está vinculada, tão-somente, a uma necessidade pública de controle.”⁷

Esse entendimento é que vem expressando o Supremo Tribunal Federal e daí retirando importantes conclusões. Decidiu o Supremo⁸ que proposta a ação direta, não

⁶ Clémerson Merlin Cléve, ob. cit., p. 112.

⁷ Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1990, p. 251.

⁸ RTJ, 23/1-46. RISTF, art. 169, parágrafo único. No domínio da fiscalização abstrata da constitucionalidade, uma vez apresentado e admitido o pedido, o prosseguimento do processo fica inteiramente subtraído, porém, à disponibilidade do requerente (princípio da indisponibilidade da instância)...”.

se admite a desistência, seguindo a linha do princípio da indisponibilidade da instância. Nada impede, todavia, que o Procurador-Geral da República ofereça parecer final manifestando-se pela improcedência do pedido. Admitiu, também, no artigo 170, parágrafo Terceiro do regimento interno, que o relator, ao receber os autos ou no curso do processo, poderá, caso entender que a decisão é urgente em face da ordem pública, dispensar as informações, *ad referendum* do Tribunal, e, com prévia ciência das partes (em sentido formal), levar a ação a julgamento com os elementos que dispuser.

A natureza do processo levou, também, o Supremo tribunal federal a não admitir nele o litisconsórcio e a intervenção assistencial de terceiro concretamente interessado⁹. O Supremo não admite, ademais, a interposição de recurso (embargos infringentes ou de declaração), pelos terceiros que se dizem prejudicados, em decisão final prolatada em ação direta de inconstitucionalidade.

Conquanto sobre isso não tenha, ainda, se manifestado a Suprema Corte, a natureza do processo não impede a intervenção assistencial ou o litisconsórcio entre os constitucionalmente legitimados para a propositura da ação. Impede, apenas, o acesso de terceiros interessados num procedimento abstrato e objetivo para a defesa de interesses concretos e subjetivos. Definiu o Supremo, também, que descabe ação rescisória¹⁰, dada a natureza do processo.

Outra peculiaridade da ação é que o Supremo Tribunal Federal fica condicionado ao pedido, mas não pela causa de pedir. Ou seja, não constituindo *processo inquisitivo*, mas sim processo objetivo, não pode a Corte iniciar *ex officio* o processo constitucional. Entretanto, uma vez provocado, embora não possa ampliar o pedido¹¹, não está adstrita à fundamentação jurídica invocada pelo requerente, cabendo-lhe pois, examinar a constitucionalidade das normas atacadas em face de toda a Constituição federal. Quanto à impossibilidade de ampliar-se o pedido, significa isso que o julgamento se restringe aos dispositivos, ou parte deles, impugnados pelo requerente, mas, como já dito, o confronto destes pode se dar com qualquer princípio da Constituição, ainda que não invocado.

⁹ RISTF, art. 169, parágrafo segundo.

¹⁰ RTJ, 94/49-60.

¹¹ RTJ, 46/352.

7.3 – Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade encontra-se previsto nos artigos 6º e seguintes da Lei n. 9.868/99. proposta a ação pelos legitimados pelo artigo 103 da constituição, o relator pedirá informações às autoridades das quais tiver emanado a lei ou o ato impugnado (art. 6º). As informações serão prestadas no prazo de trinta dias, contados do recebimento do pedido. (art. 6º, parágrafo único). Se houver pedido de medida cautelar, a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato impugnado também se faz necessária para a deliberação do tribunal sobre este (art. 10), obedecendo essa audiência a um prazo de cinco dias, e devendo versar somente sobre os requisitos da cautelaridade. Após o julgamento da cautelar, deverá, então, o relator, pedir as informações q eu se refere o art. 6º.

Em qualquer das hipóteses, estabelece o art. 8º da Lei n. 9.868/99 que, decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da união e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Superadas essas fases, o relator lança o relatório, com cópia aos demais Ministros da Corte, e pede dia para julgamento, podendo, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição (art. 9º, § 2º).

Por outro lado, a lei preservou o entendimento do Tribunal sobre a impossibilidade de se autorizar a intervenção de terceiros (art. 7º, caput), que já estava sintetizado em seu Regimento Interno.

7.4 – Legitimidade processual ativa e passiva

Como já dito, a ação direta não é processo objetivo, inexistindo partes, lide e contraditório. Não há contraditório, onde as partes litigam pela defesa de direitos subjetivos ou pela aplicação de direito subjetivamente relevante. Há partes meramente formais, sem contraditório, embora os autores dos atos impugnados sejam ouvidos e

haja, igualmente, manifestação do Advogado-Geral da União que, na qualidade de curador especial, defenderá a constitucionalidade dos atos atacados. Assim, há que se entender a legitimidade ativa e a legitimidade passiva com alguma reserva.

Os legitimados passivos na ação direta de inconstitucionalidade são as autoridades ou órgãos legislativos responsáveis pela edição do ato impugnado. Algumas vezes o titular da ação e o legitimado passivo podem residir no mesmo órgão ou autoridade, como no caso de o Presidente da República contra ato normativo de seu antecessor.

Os legitimados ativos são aqueles enumerados nos incisos I a IX do artigo 103 da Constituição: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, 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.

Vale observar que, nas Constituições anteriores, apenas a Procurador-Geral da República dispunha de legitimidade para a propositura da ação de inconstitucionalidade. Assim, a legitimidade ativa foi consideravelmente ampliada com o advento da Constituição de 1988 o que, aliado à inflação legislativa e a diversidade de conflitos existentes no país, contribuiu para o aumento desmesurado das ações da espécie que aportaram no Supremo Tribunal Federal a partir da promulgação da Constituição atual.

Certamente por isso o Supremo Tribunal venha restringindo, através de seus julgados, a utilização da ação para determinados legitimados. A jurisprudência da Corte vem estabelecendo diferença de tratamento entre *legitimados universais*, que são o Presidente da República, o Conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no congresso nacional, e os *legitimados especiais*, estes considerados o Governador de Estado ou do Distrito Federal, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Os legitimados universais, segundo entendimento do STF, têm interesse em preservar a supremacia da Constituição por força de suas próprias atribuições institucionais, em razão do que é dispensada a relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções exercidas institucionalmente. Os

legitimados especiais, ao contrário, dependem da pertinência temática entre a matéria impugnada e as atividades desenvolvidas pelas entidades.

O rigor do Supremo Tribunal federal na aferição da legitimação ativa não se circunscreve apenas à verificação do interesse pelos legitimados especiais. A interpretação que vem sendo conferida ao artigo 103 da Carta se caracteriza em efetiva restrição à legitimação ativa, notadamente na categoria especial. Vejamos, exemplificadamente:

a) na área sindical, só as Confederações, excluídas as Federações, mesmo de âmbito nacional, mediante interpretação literal do art. 103, IX, da CF¹²;

b) na área dos partidos políticos (legitimação universal), só os Diretórios Nacionais, e não os Diretórios Regionais, ainda que se trate de lei local¹³, e

c) no que se refere a entidades de classe, só reconhece como tais as de âmbito nacional que possuam associados ou membros em pelo menos nove Estados da federação, por aplicação analógica da lei Orgânica dos partidos políticos, além de exigir que esses associados ou membros estejam ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional¹⁴.

Mesmo que o Supremo esteja interpretando com rigor a questão da legitimação ativa, especialmente quanto aos da categoria Especial, o elenco de legitimados constante do artigo 103 da Constituição contribuiu de forma significativa para o aperfeiçoamento do sistema político do Brasil.

O Presidente da República pode argüir, em tese, a inconstitucionalidade de uma lei por ele vetada, cujo veto tenha sido superado pelo Congresso Nacional. De outro lado, podem as Mesas da Câmara ou do Senado propor ação de inconstitucionalidade contra atos normativos do presidente da República, quer quando expedidos contra princípios da Constituição, quer quando invadam competência dessas Casas Legislativas.

A legitimidade dos partidos políticos também aprimorou o Estado Democrático, na medida em que fortalece o direito de oposição. Há no parlamento minorias, que sabidamente não detém a vontade política da corporação. Assim, no âmbito do parlamento, não consegue fazer valer sua vontade, tampouco sua opinião quanto à constitucionalidade de alguma medida legislativa. Mas pode, através de

¹² Adin 488, DJU de 12.6.92.

¹³ Adin 610-0-PI, DJU de 7.2.92.

¹⁴ Adin 79-9-DF, de 5.6.92

qualquer partido com representação no Congresso, ainda que minoritário, provocar a discussão em sede de Ação Direta, junto ao Supremo Tribunal Federal. Com isso, a oposição não é subestimada, o que indubitavelmente contribuiu para o equilíbrio político do Estado.

Por fim, vale lembrar que, com exceção do Procurador-Geral da República, todos os legitimados relacionados no artigo 103, I a IX da CF/88 (ou no art. 2º da Lei n. 9.868/99) devem se fazer representar por advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil na ação direta de inconstitucionalidade, eis que, afora o Representante Ministerial, não possuem capacidade postulatória.

7.5 – O Procurador-Geral da República

Já se disse que o Procurador-Geral é legitimado ativo universal para a propositura da Ação Direta de inconstitucionalidade, mas que não detém exclusividade no mister. Merece, todavia, abordagem especial, ainda que breve, eis que a Constituição de 1988 alterou sobremodo sua posição em ações da espécie.

Pela norma constitucional anterior, o Procurador-Geral exercia a representação judicial da União e era o chefe do Ministério Público Federal, tudo decorrente de nomeação do Presidente da República, de modo que, sendo sua função de confiança do Chefe do Executivo, por este poderia ser demitido *ad nutum*. Além dessa circunstância, exercia com exclusividade a titularidade da Ação de Inconstitucionalidade.

Emergiam daí polêmicas sobre a disponibilidade ou não da atividade exercida pelo Procurador-Geral. Poderia ele, em juízo próprio de conveniência e oportunidade, arquivar representação de inconstitucionalidade ou, contrariamente, cabia-lhe inexoravelmente propor a ação?

A doutrina constitucionalista dividia-se, basicamente, em três correntes: os que sustentavam o dever indeclinável de se ajuizar a ação, sob o fundamento que, do contrário, se estria usurpando a competência do Supremo tribunal federal (princípio da indisponibilidade); os que entendiam que não estava obrigado a apresentar a ação, se se convencesse da constitucionalidade do ato impugnado (princípio da disponibilidade), eis que, se assim não fosse, o Procurador-Geral estaria jungido a mero repassador de

representações e, igualmente, se estaria conferindo a qualquer um do povo propor, através de representações, a ação de inconstitucionalidade; e os que, a exemplo de Celso ribeiro Bastos¹⁵, defendiam proposta intermediária. Se a preocupação fosse apresentada por pessoa jurídica de direito público, cabia ao Procurador-Geral ajuizar a ação e, sendo o representante pessoa física ou jurídica de direito privado, possível era o exame de oportunidade e conveniência do encaminhamento.

Hoje está bem definida a situação do Procurador-Geral da República. É o chefe do Ministério Público e nomeado pelo Presidente da República, mas já não exerce a defesa judicial da União, tampouco pode ser demitido senão com a aprovação da maioria absoluta do Senado federal (art. 128, parágrafo segundo da Constituição). Ademais disso, não exerce com exclusividade a titularidade das ações de inconstitucionalidade.

Por tudo isso, não paira mais dúvidas de que vigora o princípio a disponibilidade em relação ao Procurador-Geral, o que importa dizer que não está obrigado a defender a inconstitucionalidade da norma, quanto tal não vislumbrar ocorrente, diante de representação recebida. Nesse sentido, aliás, o Supremo Tribunal já teve oportunidade de se manifestar¹⁶.

Cumprе lembrar, também, que cabe ao Procurador-Geral oferecer parecer em todos os processos de competência do Supremo Tribunal federal, conforme artigo 103, parágrafo Primeiro da Constituição¹⁷, inclusive em ações de inconstitucionalidade por ele propostas.

7.6 – O Advogado-Geral da União

A figura do Advogado-Geral da União é inovação do texto constitucional de 1988. Sua principal função é a defesa jurídica da União Federal, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, sendo nomeado livremente pelo Presidente da República. Particularmente na Ação Direta de

¹⁵ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1983, p.75.

¹⁶ RTJ 37/104, 48/156, 36/454, 37/290 e 100/1013.

¹⁷ “103 – Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: ... § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”.

Inconstitucionalidade, tem missão específica. Cumpre-lhe promover a defesa do ato impugnado, sustentando a constitucionalidade do mesmo, para tanto devendo – obrigatoriamente – ser citado, conforme disciplina do artigo 103, parágrafo Terceiro, da Constituição¹⁸.

Parece-nos que o artigo 103, §3º, da CF/88 estabeleceu uma situação inadequada ao Advogado-Geral, que tem que cumular as funções de representação judicial e de consultoria jurídica da União e, igualmente, as de curador especial do ato impugnado, isso a pretexto de oportunizar um contraditório na discussão da constitucionalidade. Em primeiro lugar, de rigor sequer há contraditório em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Em segundo, pode eventualmente o Chefe do Executivo, exercendo sua legitimidade universal, impugnar ato de seu antecessor. Na ação, obrigatoriamente, será citado o Advogado-Geral e caber-lhe-á defender a licitude do ato, colocando-se em confronto com seu próprio chefe, a quem, ademais, lhe cumpre prestar assessoria jurídica e representação judicial.

Mais adequado se mostraria, pois, que a curadoria especial do ato impugnado incumbisse ao Procurador-Geral da República, e, quando este fosse o requerente da ação direta, se designasse outro representante ministerial para promover a defesa da constitucionalidade do ato.

7.7 – Os atos anteriores à Constituição

O direito brasileiro não admite ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo anterior à Constituição. Entende o Supremo Tribunal Federal – com ilustres votos vencidos – que o caso não é de inconstitucionalidade, mas de revogação. Em decorrência disso, os tribunais não estão obrigados à exigência do quorum especial (maioria absoluta), de que cuida o artigo 97 da Carta, para apreciar essa modalidade de incompatibilidade.

¹⁸ “103 – Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: ... § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

O mesmo entendimento prevalece em relação à incompatibilidade de lei em relação à emenda Constitucional. O que ocorre é a revogação da norma ordinária e não sua inconstitucionalidade.

Essa discussão emergiu, na Suprema Corte, logo após a promulgação da Constituição do 1988¹⁹, quando prevaleceu o entendimento do Relator, Ministro Paulo Brossard, cuja decisão mereceu a seguinte ementa: “Constituição. Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade”.

Lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.

Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária: “ação direta que não se conhece por impossibilidade do pedido.”

Na verdade, esse entendimento da Suprema Corte encontra resistências doutrinárias e especialmente de Ministros do próprio Tribunal. Nesta linha sustenta Canotilho²⁰ que “na inconstitucionalidade superveniente, haja um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade). É que a inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano de vigência)”. Conclui, assim, que a revogação leva à inconstitucionalidade.

Mas o que prevalece no Brasil, segundo firme jurisprudência da Suprema Corte, é que não há inconstitucionalidade de leis e atos anteriores à Constituição, mas sim revogação, de modo que não cabe Ação Direta, tampouco impõe aos Tribunais, nos

¹⁹ Adin 2, DJU de 12.2.92.

²⁰ Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, 4ª ed.. Coimbra, Ed. Almedina, 1989, p.837.

exames concretos, a maioria absoluta de seus membros para decisão, a que se refere o art. 97 da *Magna Lex*²¹.

7.8 – Prazo e recursos

O vício de inconstitucionalidade é imprescritível. Assim, inexistente prazo para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que terá lugar a partir da publicação do ato impugnado.

De outro lado, das decisões do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade cabem a interposição de embargos de declaração e embargos infringentes, dependendo estes da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes. Tais recursos são regulados pelo artigo 6º da Lei 4.337/64 e dos artigos 333, IV e 337 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Somente podem recorrer – o que é outra particularidade da ação direta – apenas os titulares da demanda, não sendo a tantos legitimados terceiros concretamente prejudicados.

7.9 – Medida Cautelar

O art. 102, I, p, da Constituição Federal²², prevê a possibilidade de solicitação de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, necessitando, porém, de comprovação de perigo de lesão irreparável, uma vez tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais, pois, conforme ensinamento de Paulo Brossard, “segundo axioma incontroverso, a lei presume constitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder

²¹ “97 – Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

²² “102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ... I- processar e julgar, originariamente: ... p) pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”.

Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o judiciário”.²³

Dessa maneira, a eficácia da liminar nas ações diretas de inconstitucionalidade, que suspende a vigência da lei ou do ato normativo argüido como inconstitucional, opera com efeitos *ex nunc*, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere, sendo incabível a realização de ato com base na norma suspensa. Excepcionalmente, porém, desde que demonstrada a conveniência e declarando expressamente, o Supremo Tribunal Federal concede medidas liminares com efeitos *ex tunc*.²⁴ Esse entendimento pacificado no STF foi formalizado pela Lei nº 9.868/99, que no § 1º de seu art. 11, estabelece que a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeitos *ex nunc*, salvo se o tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

Dessa forma, a concessão de medida cautelar produzirá, em regra, efeitos não retroativos, mas sim a suspensão da eficácia da lei ou do ato normativo, em relação a todos, por tratar-se de controle abstrato de constitucionalidade.

O art. 10 da Lei 9.868/99 ao disciplinar o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade estabeleceu que, salvo no período de recesso, a medida cautelar será concedida por *decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal*, presentes na seção no mínimo 8 (oito) ministros, e após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado.

A lei prevê, ainda, que, a julgar indispensável, o relator ouvirá o Advogado-Geral da União e o procurador-geral da República.

A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior, uma vez que suspensos os efeitos da lei ou ato normativo impugnado, suspende-se também a revogação que havia ocorrido. A Lei nº 9.868/99, porém, autoriza que o Supremo Tribunal Federal decida a questão de forma diversa (art. 11, 2º).

Consigne-se, por fim, a plena possibilidade de reiteração do pedido de concessão de medida cautelar, desde que ocorram fatos supervenientes que autorizem a suspensão da eficácia da lei ou do ato normativo impugnado.

²³ Paulo Brossard. *A Constituição e as Leis a Ela Anteriores*. Arquivo Ministério da Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992, p. 139.

²⁴ STF – Pleno – Adin nº 1.801-7/PE – medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 mar. 1998, capa; STF – Pleno – Adin nº 1.592-3/DF – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 abr. 1998.

7.10 – Efeitos da decisão

Encontra-se hoje superada a discussão a respeito dos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, se *ex tunc* ou *ex nunc*. O Direito brasileiro, influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, acabou por definir que a inconstitucionalidade equivale à nulidade absoluta da lei ou ato normativo. Entende contrariamente Hans Kelsen, mas a decisão judicial, segundo consagrada doutrina, é declaratória, eis que declara um estado preexistente e não constitutiva-negativa. O ato judicial não desconstitui a lei, tal como ocorre no modelo austríaco, mas apenas reconhece a existência de um ato viciado. E, por esse motivo, a decisão produz efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada²⁵.

Alguns doutrinadores, na linha de Kelsen, sustentam que a sentença que decreta a inconstitucionalidade tem caráter constitutivo – sem desprezar a carga declaratória própria de todas as sentenças – e que em determinados casos pode ter alcance *ex tunc*, já que normalmente deve ela operar *ex nunc*, projetando seus efeitos para o futuro. Admitem, pois, que os efeitos em ação direta sejam, de regra, *ex tunc*, mas tem como constitutiva a sentença.

Conquanto louváveis os argumentos, creio que são insuperáveis os entendimentos de Alfredo Buzaid de que uma lei não pode, a um só tempo, ser válida e deixar de ser válida. E, também, se uma lei inconstitucional pudesse temporariamente ser válida, resultaria daí uma inversão da ordem hierárquica, eis que, nesse lapso, a Constituição teria sua eficácia suspensa.

Portanto nada mais nulo, inexistente, do que uma norma que contraria a Constituição da República, daí emergindo a natureza meramente declaratória da sentença em ação direta, com efeitos *ex tunc*. Tal efeito, contudo, não obsta que a Suprema Corte, ao apreciar a inconstitucionalidade, ressalve a validade de fatos consumados, irreversíveis, o que evidentemente não importa em que os efeitos da decisão sejam *ex tunc*.

²⁵ RTJ 89/367, 87/758, 82/791 e 102/671.

8. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE

8.1. – Características, previsão constitucional e finalidade.

A ação declaratória de constitucionalidade é processo objetivo, essencialmente unilateral, não contraditório, sem partes, no qual há um requerente, mas não necessariamente um requerido. Diferente da ação direta de inconstitucionalidade, na declaratória não há intervenção do Advogado-Geral da União.

A ação declaratória foi incorporada ao nosso ornamento jurídico através da emenda constitucional nº 3/93 e posteriormente sofreu alterações com a EC nº 45/03. A partir dela, o artigo 102, inciso I, “a” passou a estabelecer a competência do Supremo Tribunal para processar e julgar, originalmente, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. O § 2º do mesmo dispositivo e o art. 23 da Lei n. 9.868/99 passaram a dispor que as decisões de mérito proferidas em demandas tais produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Apesar da ampla discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade da EC nº 3, de 17-3-1993, no tocante à criação da ação declaratória de constitucionalidade, o plenário do Supremo Tribunal Federal já declarou incidentalmente tanto a sua constitucionalidade, como sua aplicabilidade imediata, sem necessidade de lei regulamentando seu procedimento.

Embora Hugo de Brito Machado afirme que “parece estranho cogitar-se de ação declaratória de constitucionalidade, tendo em conta que a constitucionalidade da lei é presumida (...)”, num sistema que admite a convivência entre os modelos concentrado e difuso de fiscalização da constitucionalidade, um tal mecanismo

possibilita a satisfação de um inquestionável objetivo. A finalidade do instituto é a de, o corrente dissídio a respeito da legitimidade de uma lei ou ato normativo federal, levar desde logo a questão sobre o ato constitucional ao Supremo Tribunal Federal para que este, exercendo a guarda da Constituição, a resolva de modo definitivo, inclusive com eficácia erga omnes e efeito vinculante. Evidentemente que se obtém grande proveito em termos de economia e celeridade processuais e sobretudo da segurança jurídica.

Foi, pois, muito feliz o legislador de incluir, no texto constitucional, essa modalidade de demanda, isso através da emenda 3/93, que veio, sobretudo, para aperfeiçoar o sistema de fiscalização abstrata da constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público.

8.2 Diferenças com a advocatória

A ação advocatória, invariavelmente com propósitos políticos e ditatoriais em favor do Estado, sempre mereceu a antipatia de tantos quantos operem no direito.

Na verdade, como a advocatória não foi contemplada na constituição de 1988, o Governo Federal pretendeu em 1991 incluí-la através da emenda à Carta. Tal não logrou êxito, por certo, em face do desprestígio político pelo qual passava o então Presidente da República.

A criação da Ação Declaratória mereceu o aplauso de vários juristas, dentre eles Ives Granda da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes²⁶, que, ao referirem-se à advocatória, afirmavam que se encontrava esta “marcada pelo estigma do regime totalitário e é utilizada para suspender decisões políticas à luz de argumentos políticos, como os de grave lesão à ordem pública, econômica, ou financeira”.

Evidenciam-se, pois, as vantagens da ação declaratória em relação à advocatória: a) a competência do STF será originária e não decorrencial; b) os motivos para a sua proposição serão jurídicos e não políticos; c) não haverá interferência direta do STF nas decisões de 1ª instância suspendendo sua eficácia sem fundamentos jurídicos, mas, sim, decisão definitiva fundamentada em questões eminentemente jurídicas.

²⁶ MARTINS, Ives Granda da Silva; MEWENDES, Gilmar Ferreira. Da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. SÃO PAULO: RT CDTFP, 02:07-11, 1993.

Diante disso, ao contrario do que ocorre com a avocatória, no caso da declaratória não haverá devolução ao Supremo Tribunal de causas propostas nas instâncias inferiores. A suprema corte será provocada unicamente para, em juízo abstrato e não concreto, decidir sobre a constitucionalidade suscitada.

Os casos concretos serão julgados pelas instâncias inferiores, sem a interferência do Supremo Tribunal e já com a posição firmada sobre constitucionalidade da norma.

8.3 Legitimidade Ativa

A legitimidade ativa está completada no § 4º do artigo 103 da Carta Constitucional, ou no art. 13 da Lei nº 9.868/99, estabelecendo que a ação poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

São alguns daqueles que, em relação à ação direta de inconstitucionalidade, a doutrina denomina de legitimados universais, que independem da pertinência temática da ação com suas funções institucionais. O legislador que aprovou a emenda 3/93 não conferiu legitimidade a todos aqueles que podem propor ação direta de inconstitucionalidade.

A exemplo do que ocorre com a ação direta, com exceção do Procurador-Geral da República, os demais legitimados, por não possuírem capacidade postulatória, dependem de outorga de poderes *ad judicium* a advogado habilitado perante a OAB.

Vale o registro, por fim, que o Procurador-Geral, mesmo quando for o requerente da ação, deverá opinar em nome do Ministério Público, *ex-vi* do § 1º do artigo 103 da Constituição.

8.4 Objeto

A ação declaratória de constitucionalidade tem por objeto apenas leis ou os atos normativos federais impugnados em processos concretos. Para Jose Afonso da

Silva, “Nisso ela corta o *iter* de controle de constitucionalidade pelo método difuso que se vinha desenvolvendo naqueles processos. Esse corte não me parece que seja infringente de regras ou princípios constitucionais. Mas parece certo que essa ação, mais do que a ação genérica de inconstitucionalidade, põe um problema relevante relativamente à compreensão das normas e valores constitucionais em correlação com a realidade social, porque suscita somente um confronto abstrato de normas, um confronto formal, que não leva em conta a possível influência dos valores sociais no sentido das normas constitucionais, de modo que uma lei que formalmente aparece como em contraste com enunciados constitucionais pode não estar em conflito com um sentido axiológico das normas supremas, com prejuízo, eventualmente, de ajustes dialéticos do ordenamento ao viver social, vale dizer, em prejuízo de uma visão material da justiça.”²⁷.

A exemplo do que ocorre na ação direta, a declaratória não pode levar a discussão da constitucionalidade de leis ou atos anteriores à Constituição, porquanto envolvem debate em nível de revogação e não de inconstitucionalidade.

Sendo processo objetivo, essencialmente unilateral, sem partes, independente a sua instauração de um interesse específico e que tenha por objetivo dar solução a uma pretensão deduzida por parte interessada. Busca, apenas, elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo.

8.5 Medida cautelar

A medida cautelar na ação direta na constitucionalidade está claramente prevista no art.21 da Lei 9.868/99.

O procedimento na ação direta de constitucionalidade não impede a medida cautelar, eis que mesmo antes da previsão constitucional da possibilidade de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, já deferia o STF provimentos desse jaez, pois se há incerteza ou dúvida acerca dos limites e da abrangência de certo ato normativo, é conveniente sejam, o quanto antes sanadas.

²⁷ José Afonso da Silva, obra citada, p.58.

Uma vez emitida a liminar na ação declaratória de constitucionalidade, todos os demais juízes e tribunais devem suspender a emissão de decisões que tenham por conteúdo a lei objeto da ação declaratória de constitucionalidade, até que a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, seja declarada pelo STF. Não se trata de qualquer espécie de avocatória, ainda que indireta, mas simplesmente de se atribuir racionalidade ao sistema judiciário, que não pode emitir juízos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade sobre um mesmo tema, válidos, simultâneos e contraditórios entre si, especialmente quando o tema constitucional está sendo objeto de julgamento pelo “guardião precípua da Constituição” (art. 102, CF/88).

Há, portanto, efeito vinculante na decisão que concede cautelar nas ações declaratórias de constitucionalidade, que exige comportamento das instâncias inferiores conforme o decidido.

Ressalte-se, ainda, que a concessão de medida cautelar suspende apenas o julgamento dos processos em curso sobre a mesma ação, mas não os extingue, razão pela qual deverão os magistrados sobrestá-los nas instâncias inferiores, aguardando a decisão final da respectiva ação.

8.6 – Efeitos da decisão

A decisão de mérito, quer no sentido da procedência ou da improcedência, produzirá eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes ao Poder Judiciário e Poder Executivo, isso na exata dicção do artigo 102, § 2º, da Constituição e parágrafo único do art. 28 da Lei nº9.868/99. O efeito vinculante não alcança o Poder Legislativo.

Julgada procedente, a decisão implicará a declaração da constitucionalidade do ato normativo, enquanto que a rejeição importará na declaração de inconstitucionalidade. Aqui não há controvérsia, a sentença será declaratória com efeitos *ex tunc*.

O principio da divisibilidade ou da parcelaridade dos atos normativos também nessa via é aplicável. Por isso cabe ao Supremo proferir sentença dando provimento parcial à ação de constitucionalidade. Pode ocorrer declaração de constitucionalidade de uma parte do ato e de inconstitucionalidade de outra do mesmo ato normativo. Mas pode haver, também, provimento parcial da ação, sem a

correspondente declaração de inconstitucionalidade da parcela residual. Isso ocorrerá quando não houver maioria absoluta dos membros da Corte para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos não declarados constitucionais.

A consequência dessa última hipótese é a inaplicação dos dispositivos pelas demais instâncias do Judiciário, no âmbito da fiscalização difuso-incidental, o que é suficiente para autorizar a manutenção da controvérsia judicial existente a respeito da questão levada ao Supremo Tribunal.

9. AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

9.1 Características da inconstitucionalidade por omissão

No Brasil, qualquer imposição constitucional ou ordem de legislar, seja abstrata ou concreta, desde que definida em norma certa e determinada, havendo inércia, pode fundamentar omissão inconstitucional²⁸. É necessário, porém, estabelecer uma distinção entre lacunas técnicas ou de legislação, que podem assumir a configuração de meras situações constitucionais imperfeitas, e as omissões inconstitucionais.

As primeiras, técnicas ou de legislação, são aquelas desejadas pelo legislador e que se coadunam com o plano de ordenação constitucional.

As demais, as omissões inconstitucionais propriamente ditas, são as que há efetiva inércia do legislador diante de uma norma que impõe o dever de agir. A omissão legislativa inconstitucional significa, pois, que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição. Não é um simples não fazer, mas um não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.

Evidentemente que as omissões técnicas ou de legislação não autorizam a propositura de ação direta, que é cabível tão só na omissão inconstitucionalidade propriamente dita.

²⁸ Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte*. BRASÍLIA: Revista de Informação Legislativa, 89:49-62, 1986

Todavia, no caso de a inércia ser mantida por um período além do razoável, mesmo na omissão técnica, esta se desloca para o terreno da omissão inconstitucional e, a partir daí, se sujeitar ao questionamento via ADin. Aliás, bem lembra Paulo Modesto²⁹, “A inconstitucionalidade por omissão pressupõe, para ser declarada, um juízo sobre o transcurso do tempo”. Isso, por óbvio, porque não se pode caracterizar omissão enquanto não transcorrido determinado tempo para que o legislador produza a norma.

9.2 Modalidades de omissão

As modalidades de omissão podem ser resumidas em (a) total ou parcial, (b) formal ou material e (c) absolutas ou relativas.

A omissão será total quanto ocorrer a insatisfação integral do dever de legislar, enquanto que a parcial se dará na hipótese em que é expedida a norma legislativa, enquanto que a parcial se dará na hipótese em que é expedida a norma legislativa, mas sem contemplar algum aspecto que estava obrigado o legislador a abordar. A omissão, portanto, se caracterizará, nesta última hipótese, apenas em relação à parcela não contemplada pela norma.

A omissão formal é designada por José Canotilho³⁰ como aquela em que se aponta a falha no discurso normativo decorrente do não desencadear do processo de formação da lei de integração. A material, no entendimento do mesmo autor, se configura quando há o desencadeamento do processo legiferante, mas de modo ofensivo ao conteúdo da Constituição.

A inovação na ação declaratória, em relação à direta de inconstitucionalidade, é o efeito vinculante, que se restringe exclusivamente à parte dispositiva da sentença, não alcançando os seus fundamentos determinantes, como disse o Ministro Moreira Alves³¹. Outra consequência que advém do efeito vinculante é que,

²⁹ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão. SÃO PAULO: RDP 97:216-227, 1991, p. 121.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. COIMBRA: Coimbra Editora, 1982, p.333.

³¹ Voto do Ministro Moreira Alves na ADC 1-1DF;

na hipótese de descumprimento por outro órgão do judiciário, pode o interessado propor reclamação ao Supremo Tribunal, a fim de garantir a autoridade de sua decisão (art. 102-1 / da C.F.). Há a distinção doutrinária, também, entre as omissões absolutas e relativas. As primeiras decorrem da violação, por inércia, de um dever autônomo de legislar e as últimas deveriam de atitude legiferante em que, mesmo não estando o órgão obrigado a legislar, o faz e, ao fazê-lo, deixa de contemplar determinado tema de modo a incorrer, por exemplo, na quebra do princípio da isonomia.

As omissões totais e formais correspondem ao descumprimento de um dever de legislar autônomo. São, por isso, também omissões absolutas. As omissões parciais e materiais, porém, podem decorrer da não suficiente satisfação de um dever autônomo de legislar ou do descumprimento da cláusula geral de isonomia. Serão omissões relativas na última hipótese e omissões absolutas na primeira.

É verdade que, em qualquer hipótese, a omissão legislativa frustra a vontade constitucional, daí o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade.

9.3 Natureza, finalidade e procedimento.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem previsão explícita no § 2º do artigo 103 da Constituição, que estabelece: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

A ação direta por omissão se presta, além da inconstitucionalidade por ação, para alcançar declaração de inconstitucionalidade por omissão dos poderes públicos. Evidentemente que esta ação possui a mesma natureza da direta de inconstitucionalidade por ação. É processo objetivo, sem partes e que não busca a satisfação de um interesse concreto. Antes, pretende o atendimento de um interesse inconstitucional, de ver devidamente aplicada e cumprida a norma constitucional.

É o procedimento adequado para caracterizar a mora do legislador, de modo a desencadear, através do mesmo órgão incumbido do mister, o processo de suprimento

da omissão. Para Alexandre de Moraes, “O objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1988, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu.”³².

A ação de inconstitucionalidade por omissão segue o mesmo procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por ação. Não é obrigatória a oitiva do Advogado-Geral da União, uma vez que inexistente ato impugnado a ser defendido. O Ministério Público, porém, sempre deverá se manifestar, antes da análise do Plenário sobre a ação proposta. Os legitimados ativos são aqueles contemplados no artigo 103, I a IX, da CF/88 ou no art. 2º da Lei nº 9.868/99, que são os mesmos da ação direta por ação e se dividem em universais e especiais, dependendo estas da pertinência temática.

Os legitimados passivos são as autoridades ou órgãos legislativos remissos, que deixaram de praticar o ato legiferante que lhes competia ou o fizeram de forma incompleta.

Na ação direta de inconstitucionalidade por ação muitas vezes o titular da ação é o próprio legitimado passivo, como, v.g., o Presidente da República ataca ato de seu antecessor. Na ação de inconstitucionalidade por omissão isso não ocorrerá, porquanto a própria autoridade poderá adotar a providência legislativa, complementando assim a vontade constitucional.

Por fim, o cabimento de liminar é incompatível com a natureza da ação, porquanto o provimento da ação importará somente em ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, de modo que eventual provimento cautelar seria inócuo.

9.4 Efeitos da decisão

As decisões que declaram a inconstitucionalidade por omissão configuram uma verdadeira, ou apenas, censura constitucional ao Poder remisso.

³² Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 18ª ed., ed. Atlas, São Paulo, 2005, p.690.

Em verdade, a própria Constituição distingue entre o Poder Legislativo e Órgão administrativo (art. 103, § 2º). Sendo o Poder Legislativo o remisso, não haverá prazo para suprimento da omissão, enquanto que quando envolver órgão administrativo, o suprimento deverá ocorrer em 30 dias. Neste caso, poderá o agente público encarregado do mister ser responsabilizado civilmente tão logo decorrido o prazo constitucional e mantida a inércia. Certo que, em qualquer caso, os eventualmente prejudicados pela inércia legislativa, seja ela do Poder Legislativo, seja de órgão administrativo, poderá buscar junto ao ente remisso indenização pelos prejuízos que da inércia lhes advirem.

10. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

10.1. – Provocação da jurisdição constitucional concreta

No controle incidental concreto, a questão da inconstitucionalidade não consubstancia objeto principal da ação, como ocorre na ação direta genérica. É a questão posta em juízo que exige, previamente, a solução da matéria da constitucionalidade. O objeto da ação não é a constitucionalidade em si, mas uma relação jurídica que, envolvendo a aplicação de uma lei cuja validade é contestada frente à Constituição, exige a apreciação da questão constitucional.

Pretende-se, sim, apenas a solução da questão constitucional na medida em que ela resolve, também, uma determinada situação litigiosa submetida à apreciação judicial.

Como diz Celso Ribeiro Bastos³³, pode ser invocada a inconstitucionalidade (a) quando cobrado judicialmente ou (b) assumido posição ativa, atacando desde logo o ato ofensivo a direito seu praticado com fundamento em lei inconstitucional.

10.2. Quem pode suscitar a questão constitucional

³³ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 8ª edição. São PAULO: Saraiva, 1986, p. 59.

No direito brasileiro a questão constitucional pode ser levantada pelo réu por ocasião da resposta, por aquele que na qualidade de terceiro venha a integrar a relação processual, ou ainda pelo autor na inicial de qualquer demanda onde se busca a realização de um direito seu.

Podem também suscitar a matéria constitucional os assistentes, litisconsortes, oponentes etc., assim como o Ministério Público quando officie no efeito, quer como parte, quer como fiscal da lei.

Vale anotar, também, que não é indispensável a alegação das partes, de modo que pode o juiz ou o Tribunal recusar a aplicação de lei ou ato normativo, por inconstitucionais, mesmo no silêncio das partes.

10.3. Competência e procedimento

É competente para decidir a questão constitucional o juiz ou tribunal competente para julgar a causa. Atualmente, o artigo 97 da Constituição³⁴, reprisando textos de Cartas anteriores, exige, para declaração da inconstitucionalidade por Tribunal, o voto da maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial.

A exigência em relação ao Tribunal tem por escopo dar maior grau de certeza e decisões da espécie. Mas isso ensejou a discussão durante algum tempo se, em razão disso, dispunha o juiz singular de competência para a declaração de inconstitucionalidade, tendo vários doutrinadores que entendiam pela incompetência. Contudo, a orientação jurisprudencial predominante inclinou-se pela possibilidade de os juízes singulares exercerem a jurisdição constitucional³⁵, capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁴ “97 – Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”.

³⁵ RT, 554/253.

Tal exigência se aplica apenas à declaração de inconstitucionalidade, não alcançando, pois, a manifestação pela constitucionalidade, esta que pode ser proclamada pelo órgão fracionário do Tribunal.

A disposição do artigo 97 da Constituição não é norma de competência, tampouco de funcionamento. É, sim, condição de eficácia da decisão, que tem por objeto dar maior certeza jurídica à questão. Portanto, a inconstitucionalidade pronunciada pelo tribunal, sem a satisfação da exigência, implicara na validade e aplicação da norma contestada.

Os tribunais brasileiros entendem que as arguições de incompatibilidade de lei ou ato normativo anterior à Constituição envolvem questão de direito intertemporal (revogação) e não uma questão constitucional. Por isso, o reconhecimento judicial da revogação não demanda o pronunciamento da maioria absoluta dos membros do tribunal ou do órgão especial, na forma do art. 97, podendo ser pronunciada mesmo por órgão fracionário da Corte, com quorum de decisão ordinário.

Na primeira instância, a inconstitucionalidade é argüida e decidida como todas as questões que emergem no processo para robustecer a defesa ou a inicial.

Nos tribunais, é redigida pelos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil e pelos respectivos regimentos internos. Argüida a qualquer tempo a inconstitucionalidade de lei ou ator normativo, pouco importando se em processo de competência originária ou recursal, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara (órgão fracionário) a que tocar o conhecimento do processo. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento. Se acolhida, entretanto, será lavrado acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno ou ao órgão especial. O pronunciamento do órgão fracionário é irrecurável.

Resolvida a questão da constitucionalidade pelo pleno ou órgão especial – decisão esta que também é irrecurável –, volta o processo ao órgão especial – decisão esta que também é irrecurável –, volta o processo ao órgão fracionário para apreciação do mérito. Desta decisão é que caberá recurso, inclusive quanto à questão constitucional.

Evidentemente que o pronunciamento do pleno ou órgão especial, e pela maioria absoluta de seus membros, é dispensável quando já houve decisão em Ação Direta do Supremo Tribunal Federal ou mesmo quando, mercê de decisão incidental da Suprema Corte, o Senado Federal tenha determinado a suspensão da norma. Evidentemente, isso porque essas decisões têm efeito erga omnes.

10.4 Efeitos da decisão

A declaração incidental da inconstitucionalidade implica a subtração da questão concreta, sujeita à apreciação judicial, da incidência da lei ou ato normativo. A consequência da declaração de inconstitucionalidade é a ineficácia do ato legislativo. Os tribunais não anulam atos do Congresso, mas estão autorizados a reconhecer a nulidade de uma lei em relação a um caso concreto. A lei contrária à Constituição, segundo Buzaid, “é írrita e nula e não apenas anulável, porém só para as partes litigantes, se apreciada na espécie”. Por isso, a decisão do tribunal, uma vez passada em julgado é, em relação ao caso, final, inatacável, definitiva, produzindo, quando à lei, efeito ex tunc, tal como se ela, a lei, jamais houvesse existido. Mas só em relação às partes.

É indubitoso que a decisão judicial de mérito acerca do caso concreto produz coisa julgada, ou seja, no dizer de Liebman³⁶, “essa qualidade particular dos efeitos da sentença que consiste na sua imutabilidade”. Isso em relação ao pedido judicial, à parte dispositiva da sentença. Não em relação à declaração incidental de inconstitucionalidade, que produz eficácia apenas intraprocessual. É que, na sistemática processual brasileira, a coisa julgada incide apenas no dispositivo propriamente dito da sentença e não nos motivos ou sobre questão prejudicial. E a inconstitucionalidade, nessa modalidade de controle, é prejudicial ao mérito.

10.5 - A suspensão pelo Senado Federal

³⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. RIO DE JANEIRO: Forense, 1945, p. 170.

Durante algum tempo houve dúvida a respeito da competência do Senado, se abrangente também das declarações de inconstitucionalidade em tese, ou se pertinente apenas às declarações de inconstitucionalidade in casu. Em abril de 1977³⁷, O Supremo Tribunal Federal adotou posição segundo a qual proferida a declaração de inconstitucionalidade em ação direta, comunicar-se a autoridade responsável, dispensada a comunicação ao Senado; mas, se proferido o acórdão em via de exceção, far-se-á comunicação às autoridades interessadas logo após a decisão e ao Senado após a decisão e ao Senado após passada em julgado a decisão. Hoje isso se encontra disciplinado no artigo 178 do Regimento Interno da Suprema Corte.

O Senado, em juízo político, pode suspender a execução, no todo ou em parte, do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal, como diz Pontes de Miranda³⁸, mas nunca o todo porque uma parte o foi. Todavia, não está o Senado impedido de suspender a execução de parte apenas de uma lei declarada por inteiro inconstitucional. Trata-se de uma competência genérica, consistente numa discricionariedade de agir, e não de um dever constitucionalmente determinado.

A comunicação ao Senado somente se dá em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal e em pronunciamentos incidentais, emprestando a estas o efeito erga omnes, que, aliás, já gozam aquelas proferidas em Ação Direta. Daí porque, em relação a estas, ser dispensada tal comunicação.

11. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA

11. 1. Natureza

O direito brasileiro até 1934 admitia, unicamente, a fiscalização da constitucionalidade realizada incidenter tatum. Nesse caso, quando o ato legislativo ou executivo lesiona ou ameaça o direito de qualquer pessoa, recorre-se ao Poder Judiciário que apreciará a questão da inconstitucionalidade como fundamento da ação ou da

³⁷ Brasil. Processo Legislativo, 3ª edição. BRASÍLIA: Senado Federal, 1982, p. 184

³⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda de 1969. SÃO PAULO: Editora Revista dos Tribunais. 1970. p.88

exceção, nunca como objeto principal do processo. A Constituição de 1934 instituiu uma ação direta que, conquanto não inaugure um mecanismo abstrato de fiscalização da constitucionalidade, não se configura como fiscalização incidental. É um procedimento que fica entre a fiscalização de lei em tese e a realizada em caso concreto.

É, pois, forma de fiscalização concreta realizada por meio de ação direta.

A intervenção em Estado membro tinha lugar, de acordo com o artigo 7º do texto Constitucional de 1934, quando ocorresse a inobservância, pela unidade federada, de princípios constitucionais sensíveis. De acordo com aquela Constituição, a competência pêra decretar a intervenção em Estado federado era o Congresso Nacional, que o fazia através de Lei Federal.

Assim, a ação direta interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República, prestava-se não para apreciar a inconstitucionalidade do ato estadual violador dos princípios sensíveis, mas para análise da constitucionalidade lei federal que decretava a intervenção. Evidentemente que para isso, indispensável era a conclusão pela inconstitucionalidade do ato estadual. A ação direta interventiva, pois, configurava-se como forma de autorização para a intervenção.

Na Constituição de 1988, a representação do Procurador-Geral da República está prevista no artigo 36, incisos III e IV, que é proposta perante o Supremo Tribunal Federal, em caso de inobservância de princípios constitucionais sensíveis, e perante o Superior Tribunal de Justiça, no caso de recusa à execução de lei federal.

Os princípios constitucionais sensíveis estão atualmente elencados no artigo 34, inciso VII na Constituição.

Provida a representação pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal da Justiça, caberá ao Presidente da República expedir decreto de intervenção que, se para restabelecimento da normalidade bastar a suspensão do ato impugnado, dispensará a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa. Não sendo suficiente a suspensão do ato para pronto restabelecimento da normalidade, o decreto de intervenção deve ser submetido ou ao Congresso Nacional ou à Assembléia Legislativa Estadual. Nessa hipótese cabe ao decreto especificar a amplitude, o prazo e as condições da intervenção.

As constituições de 1934 e de 1946 referiam-se a essa modalidade de demanda como representação. A doutrina trata de representação interventiva. Mas, para Alfredo Buzaid, trata-se de verdadeira ação, eis que “o poder de submeter ao

juízo do Supremo Tribunal Federal o ato argüido de inconstitucional representa o exercício de direito de ação”. Isso porque caberá a Corte dirimir um conflito concreto.

elementos disponíveis.

Na motivação da decisão do Supremo Corte em 1994, afirma-se que não há uma contradição entre a atuação do Estado-membro e a função normal do STF, pois o conflito no espelho da ação direta de inconstitucionalidade é o da defesa da ordem jurídica, como a função normal do STF funciona com o objetivo de preservar a ordem jurídica, a unidade da Federação e a supremacia da Constituição.

11.2 Objeto

Não se trata a ação direta interventiva de processo objetivo, como ocorre na fiscalização abstrata. Ao contrário, o objeto de processo não é uma declaração de inconstitucionalidade em tese de um ato estadual, mas sim a solução de um conflito entre a União e o Estado-membro que pode desembocar numa intervenção. Há a judicialização de um conflito federativo. Incorre a declaração incidental de inconstitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade do ato é apenas mecanismo de solução de litígio federativo.

A consequência do provimento da representação não é a nulificação do ato impugnado, mas a decretação da intervenção federal no Estado.

incapacidade inconstitucional

elemento da ação direta de inconstitucionalidade

11.3 Partes

São partes na ação direta interventiva a União, representada pelo Procurador-Geral da República, e o Estado-membro.

A figura do Advogado-Geral da União é inovação do texto constitucional de 1988. Sua principal função é a defesa jurídica da União Federal. Particularmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem missão específica. Cumpre-lhe promover a defesa do ato impugnado, sustentando a constitucionalidade do mesmo, para tanto devendo – obrigatoriamente – ser citado, conforme disciplina do artigo 103, § 3º, da Constituição.

Estendeu o Supremo Tribunal que a constituição de 1988 erigiu o Advogado-Geral da União a curador da norma impugnada ou curador da presunção da

constitucionalidade da lei³⁹. Segundo tal entendimento, não cabe ao Advogado-Geral admitir a invalidez da norma, incumbindo-lhe promover a defesa, valendo-se dos argumentos disponíveis.

Na mesma linha, assentou a Suprema Corte em outra oportunidade que “não existe contradição entre o exercício da função normal do Advogado-Geral da União, fixada no caput do art. 131 da Carta Magna, e o da defesa de norma ou ato inquinado, em tese, como inconstitucional, quando funciona como curador especial, por causa do princípio da presunção de sua constitucionalidade⁴⁰”.

Parece-nos que o artigo 103, § 3º, da Constituição, estabeleceu uma situação inadequada ao Advogado-Geral, que tem que cumular as funções de representação judicial e de consultoria jurídica da União e, igualmente, as de curador especial do ato impugnado, isso a pretexto de oportunizar um contraditório na discussão da constitucionalidade. Em primeiro lugar, de rigor sequer há contraditório em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Em segundo, pode eventualmente o chefe do Executivo, exercendo sua legitimidade universal, impugnar ato de seu antecessor. Na ação, obrigatoriamente, será citado o Advogado-Geral e caber-lhe-á defender a licitude do ato, colocando-se em confronto com seu próprio chefe, a quem, lhe cumpre prestar assessoria jurídica e representação judicial.

Mais adequado se mostraria, pois, que a curadoria especial do ato impugnado incumbisse ao Procurador-Geral da República, e, quando este fosse o requerente da ação direta, se designasse outro representante ministerial para promover a defesa da constitucionalidade do ato.

11.4 Procedimento

O procedimento da ação direta interventiva está regulado na Lei 4.337/64 e no Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal (artigos 175, parágrafo único e 350, IV).

Cabe ao Procurador-Geral da República propor a ação quando tiver conhecimento de um ato estadual que infrinja qualquer dos princípios constitucionais

³⁹ RDA, 179-180/208.

⁴⁰ ADin 97-7. RT, 670/200.

sensíveis. Quando receber representação com esse fim, cabe promover a demanda em 30 dias, sendo certo, contudo, que não estará ele obrigado a fazê-lo, senão quando concluir pela violação dos princípios constitucionais sensíveis. Assim não fosse, estaria criada uma espécie de ação popular constitucional.

Proposta a ação, o relator designado ouvirá, em 30 dias, os órgãos que hajam elaborado ou praticado o ato questionado. Findo esse prazo, em igual tempo apresentará relatório, do qual expedirá cópias aos demais Ministros.

No julgamento, o Procurador-Geral da República deverá atuar, também, como fiscal da lei, por força do art. 103, § 1º, da Constituição. Nessa sessão, também, poderão sustentar oralmente tanto o Procurador-Geral como o procurador do Estado-membro demandado.

12. AÇÃO Se a decisão final for pela inconstitucionalidade, o Presidente do Supremo Tribunal Federal imediatamente a comunicará aos órgãos estaduais interessados e, publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Presidente da República que deverá fazer expedir decreto suspendendo a execução do ato que deu ensejo à ação direta interventiva. Não bastando tal medida, será decretada pelo Presidente da República a intervenção federal no Estado-membro.

Semelhante procedimento será instaurado no Superior Tribunal de Justiça, nos casos de recusa, pelo Estado-membro, de execução de lei federal. A competência é de Corte Especial e o procedimento está regulado nos artigos 312 e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal. Vale lembrar, contudo, que a ação, conquanto seja proposta junto ao STJ, deverá ser firmada pelo Procurador-Geral da República.

11.5 Liminar e Recurso

A liminar tem expressa vedação na Lei 4.337/64. Pode, sim, em caso de urgência, o relator pedir dispensa da audiência escrita dos interessados e solicitar o julgamento imediato, o que é mais acertado do que liminar. O certo é que a liminar é incompatível com o próprio escopo dessa modalidade de ação. É que o provimento dessa ação, em verdade, é pressuposto para que o Presidente da República decrete a intervenção. Não é a decisão positiva da Corte que importará na intervenção. Assim, até

inócuo seria um provimento liminar, porque caberá ao Presidente da República implementar a medida.

Na ação direta interventiva, no Supremo Tribunal Federal, cabe apenas Embargos Infringentes, conforme assente no artigo 6º da Lei 4.337/64 e art. 333 do respectivo Regimento Interno.

Diferentemente é o caso das ações de competência do Superior Tribunal de Justiça. Dessas decisões, caberá Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal, nos termos do artigo 102, inciso III, da Constituição, e 268 do Regimento Interno do Superior Tribunal.

12. AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

12.1 Conceito de preceito fundamental

Para que melhor se compreenda esse tipo de ação, importante primeiro definir o que vem a ser **preceito fundamental**. Tanto a Constituição como a lei infraconstitucional deixaram de conceituar esse termo, cabendo essa tarefa à doutrina e, em última instância, ao STF.

A doutrina constitucionalista afirma que preceitos fundamentais seriam aquelas normas qualificadas que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, como por exemplo, os **princípios fundamentais** do Título I (art. 1º ao 4º); os integrantes da cláusula pétrea (art.60, parágrafo 4º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170); etc.

12.2 Competência

De acordo com o art. 102, § 1º⁴¹, da CF, a arguição de descumprimento de preceito fundamental será apreciada pelo STF (competência originária), na forma da lei.

Percebe-se, dessa forma, que a lei atribuiu competência originária ao STF para apreciar não só a lesão ao preceito fundamental resultante de ato do poder público, como verdadeiro controle concentrado de Constitucionalidade de leis ou atos normativos, além dos federais, estaduais, os municipais e atos anteriores à constituição, lesionadores de preceitos fundamentais.

12.3 Legitimidade

Conforme lições de Alexandre de Moraes, os legitimados ativos para a arguição de descumprimento de preceito fundamental “são os mesmos co-legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, as Mesas das Assembléias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”⁴².

Dessa forma, temos que os legitimados para a propositura da referida ação são os mesmos da ADIn genérica, previstos no art. 103, incisos I a IX da CF/88 e no art. 2º, I a IX da Lei n. 9.868/99 (conforme art. 2º, I, da Lei n. 9.882/99).

O art. 2º, II, da Lei n. 9.882/99, permitia a legitimação para **qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público**, mas foi vetado.

Apesar do veto, o art. 2º, § 1º estabelece que “na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que,

⁴¹ “102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: processar e julgar, originariamente... §1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”.

⁴² Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. Atlas 2005, p. 701.

examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo”⁴³.

12.4 Procedimento

Proposta a ação diretamente no STF, por um dos legitimados, deverá o Relator sorteado analisar a regularidade formal da petição inicial, que deverá conter, além dos requisitos do art. 282 do CPC e observância das regras regimentais: a) a indicação do preceito fundamental que se considera violado; b) a indicação do ato questionado; c) a prova da violação do preceito fundamental; d) o pedido, com suas especificações; e) se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

A petição inicial será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Importante notar que de acordo com o art. 4º, § 1º da Lei n. 9.882/99, não será admitida a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio capaz de sanar a lesividade. Conforme ensinamento de Alexandre de Moraes, “a lei expressamente veda a possibilidade de argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Obviamente, esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o *habeas corpus*, *habeas data*; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade.”⁴⁴.

12.5 Efeitos da decisão

⁴³ “... A argüição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.882/99, art. 2º, I), mas qualquer interessado poderá solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura da argüição (art. 2º, § 1º). Assim, posta a questão, porque o autor não é titular da *legitimatío ad causam* ativa, nego seguimento ao pedido e determino o seu arquivamento...” (Min. Carlos Velloso, ADP F-11/SP, DJ, 6.2.01, p.294).

⁴⁴ Alexandre de Moraes, ob. cit., p. 702.

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

A decisão é imediatamente auto-aplicável, na medida em que o presidente do STF determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. A decisão terá eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público, cabendo, inclusive, reclamação para garantia desses direitos.

12.6 Observações gerais

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 arripio 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 a 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 as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.

O bom observador poderá perceber que o novo instituto contém um enorme potencial de aperfeiçoamento do sistema pátrio de controle de constitucionalidade.

13. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enganou-se profundamente quem acreditava estar o tema da presente monografia imune de controvérsias. Como se pôde perceber ao longo da exposição, cuida-se, em verdade, de tema de difícil análise, que requer coerência de raciocínio e perspicácia jurídica.

A realidade judiciária brasileira evidencia enorme gama de processos em que se discute a inconstitucionalidade de leis e atos do Poder Público, seja pela via direta, seja pela via incidental. Nessa perspectiva, cumpre atentar ao pouco compromisso do nosso legislador com a coerência do ordenamento jurídico pátrio, no sentido de submeter-se à ordem constitucional. Consoante aduz Paulo de Barros Carvalho, a atividade legislativa "não é, de forma alguma, o resultado de um trabalho sistematizado cientificamente". Daí a enorme importância do sistema de controle de constitucionalidade.

A premissa básica deste trabalho residiu na supremacia constitucional. Em torno deste princípio foi desenvolvido o tema, sempre de modo a mantê-lo íntegro.

14 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo Paulo & PAULO, Vicente. *Controle de Constitucionalidade*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Imperius, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª Edição. Coimbra: Editora Almedina, 1989

CLEVE, Clémerson Merlin. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

FILHO, Nestor Sampaio Penteadó. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª Edição. Campinas-SP: Editora Millennium, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª Edição. Coimbra: Editora Armênio Amado, 1974.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 10ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle da Constitucionalidade*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª Edição. Coimbra: Editora Coimbra, 1983.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.