

CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS: Controle e Instrumentalização

Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas*

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações gerais. 3. O controle no direito positivo brasileiro. 4. Antecedentes históricos e algumas experiências de outros países. 5. Processo de julgamento da ação direta e da ação declaratória de constitucionalidade. 6. Conclusão.

1. Introdução

O que se propõe neste estudo não é atingir soluções satisfatórias para os problemas que permeiam o tema, mas provocar sobre essa questão uma identificação científico-jurídica da sistemática deferida no desenvolvimento do assunto sobre a ótica do ordenamento positivo brasileiro.

A Constituição brasileira de 1988, chamada de *Constituição Cidadã*, introduziu instrumentos para melhor efetivação do controle de constitucionalidade, que é uma consequência da supremacia constitucional.

No manejo do tema situam-se considerações gerais da inconstitucionalidade, a identificação normativa dos conceitos fundamentais, tipos existentes e sistemas de controle. Também é tratada a evolução do controle no sistema constitucional brasileiro e até comparativamente com alguns outros sistemas. Especificamente, são tratados os efeitos da inconstitucionalidade quanto à validade, vigência e eficácia normativa em relação a cada processo, a partir das leis que regulamentam o controle concentrado de constitucionalidade.

Todas as menções feitas à legislação quando não especificadas referem-se a preceitos da Constituição Federal brasileira e procurou-se também melhor apreciação a partir das regras estabelecidas na legislação regulamentadora da ação direta e ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A importância e orientação do estudo está assentada basicamente na necessidade de se buscar a plenitude da vitalidade da Constituição a partir da construção da jurisprudência e da doutrina.

* Mestre e Doutora pela PUC/SP em Direito do Estado, Pós-doutoranda em Direito Público pela UMSA da Argentina Pesquisadora do CNPq, Professora e orientadora na graduação e na pós-graduação

2. Considerações gerais

No dizer de Canotilho (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 953) “A ideia de *proteção, defesa, tutela ou garantia* da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de *defesa do Estado*” constitucional democrático. Assim, a instituição do controle é um dos mais importantes instrumentos no cumprimento da constitucionalidade dos atos normativos e é adotada na maioria das Constituições da atualidade, sendo a Constituição o fundamento de validade do ordenamento jurídico, que proporciona a unidade do sistema normativo.

A existência de Constituição rígida (alteração com procedimento legislativo mais rígido que o das leis ordinárias) cria uma relação piramidal com as demais normas do ordenamento que lhe devem compatibilidade formal (processo legislativo) e material (conteúdo). O Estado onde inexistente o controle de constitucionalidade é flexível, pois o Poder Constituinte ilimitado está nas mãos do legislativo ordinário.

Em princípio a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais é impossível no sistema brasileiro por ser rígido, não havendo possibilidade de declaração de normas constitucionais originárias como inconstitucionais, embora o tema seja controvertido.

No âmbito estadual (Estados-membros da Federação) um outro sistema concentrado, controla a Constituição das normas e atos municipais e estaduais perante a Constituição dos Estados. Esse microsistema de controle de constitucionalidade é estabelecido pelas Constituições Estaduais, pelo princípio da autonomia federativa, segundo alguns parâmetros da Constituição Federal (CF):

- a) a competência é do Tribunal de Justiça - TJ;
- b) os legitimados não podem se restringir a um único órgão;
- c) campo material: normas estaduais e municipais.

A inconstitucionalidade pode ser considerada formal, quando se refere a um desvio na elaboração do ato e é sempre total, ou material, quanto ao conteúdo do ato em conformação com o texto constitucional, que pode ser total ou parcial.

Tem-se o controle preventivo - antes ou durante o processo legislativo - feito pelo Legislativo e pelo Executivo (iniciativa, comissões de Constituição e Justiça e no veto). Não é um controle jurisdicional.

Além de atuar no controle preventivo, o Chefe do Executivo pode determinar aos órgãos da Administração que deixem de aplicar administrativamente as leis e atos normativos que julgar inconstitucionais, segundo preceito constitucional.

Já o controle repressivo, na hipótese de ato normativo perfeito, pleno de eficácia jurídica (após promulgada a lei) pode ser:

- a) Político – Estados em que o órgão que garante a supremacia da Constituição é distinto dos demais poderes do Estado, previsto, por exemplo pela Constituição francesa (art. 56);
- b) Jurídico ou Judiciário – controle feito pelo Judiciário, caso do Brasil – Supremo Tribunal Federal (STF) (art. 102, I, a) e Tribunais (art.97), pelo voto da maioria absoluta;
- c) Misto – certas leis e atos se submetem ao controle político e outros ao Judiciário, como na Suíça.

O sistema jurisdicional é considerado:

- a) Concentrado, direto, de ação ou de controle abstrato – cabendo a um único órgão, normalmente o órgão de cúpula do Judiciário ou uma Corte Especial, numa ação específica para apreciação *in abstracto*, com o propósito de declaração de inconstitucionalidade e efeitos em relação a todos;
- b) Difuso, indireto, de exceção ou de defesa – provocado por uma das partes diante de qualquer juiz ou Tribunal, como fundamento de defesa de pretensão e a questão é dirimida de modo incidente. Em caso de procedência, a não-aplicação da lei se dá apenas no caso concreto, com efeito entre as partes envolvidas na demanda.

A convivência dos dois métodos de controle de constitucionalidade é possível na medida em que se acumulem no STF os papéis de órgão exclusivo do sistema concentrado e de cúpula do sistema difuso.

O controle repressivo de constitucionalidade pelo Judiciário se dá tanto pelo método difuso quanto pelo concentrado, no que diz respeito à inobservância das normas constitucionais de processo legislativo, tendo como consequência a inconstitucionalidade formal de lei ou ato normativo produzido. Ex.: lei que tenha tido projeto apresentado por deputado para aumento de salário do funcionalismo será inconstitucional, por vício formal subjetivo (fase introdutória do processo legislativo), pois a Constituição prevê expressa e privativa competência para o Chefe do Executivo na apresentação dessa matéria (art. 61, § 1º, II, a).

Os vícios formais podem aparecer também nas duas outras fases do processo legislativo: constitutiva e complementar (no trâmite constitucional previsto nos arts. 60 a 69), sendo então considerados vícios objetivos; ex.: *quorum*.

O controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu a partir do caso Madison vs. (*versus*) Marbury (1803), que tornou clássica a forma de pensamento, em que o juiz Marshall da Suprema Corte americana afirmou ser

próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. Assim, diante de contradição entre a legislação e a Constituição, deve ser aplicada esta última.

Pela via difusa, os efeitos operam-se apenas entre as partes e *ex tunc* – declarados inconstitucionais os atos são nulos, alcançando os atos pretéritos praticados entre as partes. Mas se o Senado suspender a execução, no todo ou em parte, por decisão do STF, terá efeitos *erga omnes* (contra todos), porém *ex nunc*, a partir da publicação da resolução senatorial.

É vedada a obtenção de efeitos *erga omnes* nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação civil pública como regra, mas poderá ocorrer por exemplo ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público (MP), defendendo o patrimônio público com anulação de licitação baseada em lei municipal incompatível com o art. 37 da CF, com efeitos somente entre as partes para o caso concreto.

O STF não admite ação civil pública em defesa de atos coletivos ou difusos, mas admite para o caso de direitos individuais homogêneos. O que se pretende vedar é que a ação civil pública suceda a ação direta de inconstitucionalidade e também quando os efeitos da ação civil pública forem *erga omnes*.

A via difusa se dá em qualquer dos meios processuais (ação ordinária, embargos à execução, mandado de segurança, *habeas corpus*, defesas judiciais, etc). O debate pode chegar ao STF (por meio de recurso ordinário – art. 102, II, a, ou do extraordinário – art. 102, III, a, b e c), nesse caso deve ser comunicada a decisão ao Senado Federal que tem a faculdade de, por resolução, suspender a execução da norma (art. 52, X).

A doutrina se divide sobre ser vinculada ou discricionária essa atribuição do Senado. Tanto na visão do Senado como do STF essa suspensão do ato estatal declarado *in concreto* pelo STF é ato discricionário do Poder Legislativo. Sendo parte das competências privativas do Senado Federal é “ato de política legislativa” (ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29), a critério exclusivo do Senado avaliar a conveniência e oportunidade da suspensão da eficácia do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF. Mas existem autores, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 41) que consideram obrigatória a suspensão da execução do ato inconstitucional, “Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico.”

Essa competência do Senado aplica-se à suspensão no todo ou em parte, tanto de lei federal, estadual, distrital ou municipal, declarada, incidentalmente inconstitucional pelo STF.

Na via difusa a declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, mas não é o objeto principal da ação. No caso dos tribunais, a

inconstitucionalidade só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do Tribunal (art. 97).

O controle concentrado é exercido pelo Judiciário, mas a Constituição Federal brasileira previu duas exceções em que o Poder Legislativo exerce o controle concentrado:

- a) art. 49, V – O Congresso Nacional (CN) pode sustar os atos normativos do Poder Executivo (PE) – o decreto ou a lei delegada por exorbitar o poder de regulamentar ou os limites da delegação, respectivamente;
- b) art. 62 – caso o CN, por meio de comissão, aponte rejeição de Medida Provisória com base em inconstitucionalidade (§§ 5º e 9º).

São espécies processuais de controle concentrado:

- a) ação de inconstitucionalidade genérica – art.102, I, a;
- b) ação de inconstitucionalidade por omissão – art. 103, § 2º;
- c) ação de constitucionalidade – art. 102, I, a (Emenda Constitucional - EC 03/93).

O STF não admite ação de lei já revogada ou com eficácia exaurida (ex.: medida provisória não convertida em lei). O ato normativo anterior a 5 de outubro de 1988 (data de promulgação da CF), não pode ser objeto de controle concentrado (seria caso de recepção ou não). A colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deve ser resolvida segundo os princípios do direito intertemporal, no âmbito do controle incidente de normas, cabendo à jurisdição ordinária e ao STF (essa jurisprudência se desenvolveu na vigência da Constituição de 1967/69. A Constituição de 1988 não tratou expressamente a questão). No caso de ato normativo posterior a 5 de outubro de 1988, mas revogado antes do ajuizamento da ação, o STF reconhece a carência da ação (como no caso anterior). Já ato normativo posterior a 5 de outubro de 1988, vigente quando do ajuizamento, mas revogado no curso da ação – o STF reconhece a carência superveniente.

A questão é tratada de forma diferenciada em cada sistema jurídico:

- a) Por regra, os modernos Tribunais Constitucionais asseguram sua competência para aferir a constitucionalidade das leis pré-constitucionais em face da Constituição vigente;
- b) Na Alemanha tanto as lei pós-constitucionais quanto as pré-constitucionais podem ser objeto do controle abstrato de normas e quanto ao controle concreto só as leis pós-constitucionais, pois nesse caso a decisão sobre a colisão de normas não ameaça a autoridade do legislador constitucional;

- c) A Constituição portuguesa consagrou expressamente a “inconstitucionalidade superveniente” reconhecendo a competência para examinar o direito pré-constitucional em face da nova Constituição;
- d) A Espanha adota uma linha intermediária dividindo a competência com a jurisdição ordinária em relação ao direito pré-constitucional e o monopólio em relação ao direito pós-constitucional.

Para fins de controle de constitucionalidade no âmbito do recurso extraordinário (art. 102, III, a, b e c) não assume qualquer relevância o momento da edição da lei, configurando-se eventual contrariedade à Constituição atual questão de constitucionalidade e não de mero conflito de normas a ser resolvido com a aplicação do princípio da lei posterior, o que recomenda a revisão da jurisprudência do STF, na análise de Gilmar Ferreira Mendes (MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 131).

Segundo o art. 1º da Lei 9882/99, a arguição de descumprimento de preceito fundamental terá por objeto reparar lesão a preceito fundamental resultante de “ato do Poder Público”, portanto abrangendo o direito pré-constitucional.

Tem-se no controle abstrato de constitucionalidade as seguintes consequências processuais:

- a) inexistência de lide;
- b) não há prazo para ajuizamento da ação;
- c) os legitimados não têm poder de disposição;
- d) não se admite a desistência (interesse público; princípio da indisponibilidade);
- e) não é possível a intervenção assistencial de terceiro interessado;
- f) não cabe ação rescisória;
- g) o Judiciário não pode ampliar o objeto da ação, mas não se restringe à fundamentação apresentada.

3. O Controle no Direito Positivo Brasileiro

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)

Na ADI a relação processual atende o objetivo de defesa da Constituição, por isso não existem partes interessadas.

A impugnação da inconstitucionalidade não é iniciada pelos órgãos de controle, mas pelos órgãos legitimados pela Constituição no controle abstrato (ou pelas pessoas que, no caso concreto, são partes no controle incidental).

São autores (art. 103): Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa da Assembléia Legislativa; Governador do Estado; Procurador-Geral da República (PGR); Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); Partido Político com representação no Congresso Nacional; Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional. Tradicionalmente a legitimidade era exclusiva do PGR.

A CF não deu ao ato municipal a possibilidade de controle direto, só podendo ser discutido por via de exceção. Quando o ato municipal desatender a Constituição Estadual é o Tribunal de Justiça que aprecia a ação (art. 125, § 2º); se a Constituição Estadual repetir norma da Constituição Federal há a possibilidade de um recurso extraordinário (art. 102, III, a) ao STF.

Quando tramitam simultaneamente duas ações de inconstitucionalidade, perante o STF e no Tribunal local, contra lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que reproduzem princípio da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação ajuizada perante a Suprema Corte.

Como o Distrito Federal (DF) possui competência legislativa dos Estados e dos Municípios (art. 32, § 1º), no exercício de competência municipal não se admite o controle concentrado.

São passíveis de controle de constitucionalidade:

- a) emendas constitucionais;
- b) leis delegadas;
- c) medidas provisórias;
- d) decretos legislativos e resoluções (desde que gerais e abstratos);
- d) regimentos internos dos tribunais;
- e) atos normativos do Poder Executivo (regulamentos subordinados ou de execução não);
- f) resolução ou deliberações administrativas de órgãos do Poder Judiciário (atos normativos dotados de generalidade. Ex.: ADIn 2.195-8/2000-MT).

O Advogado-Geral, atuando como curador especial, deve ser citado e defender a constitucionalidade do ato e será ouvido previamente o Procurador-Geral da República, com função fiscalizadora e a decisão se dará pela maioria absoluta, o que não impede a defesa pelos demais Poderes interessados.

A declaração de inconstitucionalidade pode ser integral do dispositivo, de parte ou de alguma expressão dele.

Pela supremacia das normas constitucionais em relação aos tratados e atos internacionais há sobre estes plena incidência do controle de constitucionalidade difuso e concentrado. Não existe hierarquia entre eles e as normas ordinárias de direito interno; eventual conflito será resolvido pela aplicação do critério cronológico ou pelo princípio da especialidade. O reconhecimento de inconstitucionalidade de decreto legislativo que ratifica um tratado internacional não o torna nulo, mas exclui o Brasil de seu cumprimento, ainda que venha a se sujeitar às sanções internacionais por esse descumprimento.

O STF admite o controle de constitucionalidade para decretos autônomos (que não regulamentam lei. Ex.: concessão ou permissão para exploração de serviços de telecomunicações). Nas demais hipóteses, o problema deve ser solucionado pela supremacia da aplicação da lei.

A solicitação de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade exige comprovação de perigo de lesão irreparável. A liminar, que suspende a vigência da lei ou ato normativo, opera efeitos *ex nunc* (não retroativos). Relações jurídicas já constituídas só poderão ser desconstituídas pela decisão definitiva ou pela discussão em controle difuso. Excepcionalmente, demonstrada a conveniência, o Supremo concede liminares com efeito retroativo. A medida cautelar é concedida por maioria absoluta dos membros e após audiência de quem emanou o ato impugnado (com cinco dias para se pronunciar), sendo facultada a sustentação oral do requerente e da autoridade que emanou o ato, bem como poderão ser ouvidos o PGR e o Advogado-Geral da União (no prazo de três dias). O Supremo tem entendido que após o transcurso de tempo está demonstrada a ausência de *periculum in mora*, necessário à concessão de liminar. A reiteração do pedido de liminar é possível no caso de fatos supervenientes que interessem.

A decisão no controle concentrado tem efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*) e em caráter excepcional o STF pode limitar os efeitos da declaração e a partir de outro momento, diante de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, com a decisão da maioria de dois terços.

A declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade tem efeitos vinculantes para o Poder Judiciário e para a Administração Pública (Federal, Estadual e Municipal).

Para garantir a eficácia das decisões o STF admite a reclamação (art. 102, I, I).

Ação declaratória de constitucionalidade (Adecon, ADEC ou ADC)

Introduzida no art. 102, I, “a” e § 2º, tem como objetivo preservar a ordem jurídica constitucional – transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção

absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes, afastando o controle difuso da constitucionalidade.

A adoção da ação declaratória como técnica de controle de constitucionalidade outorga maior flexibilidade ao sistema, superado a exigência de um contraditório rígido. Muito discutida pela doutrina a instituição da ação direta de constitucionalidade, que em contraposição à avocatória apresentava como vantagens:

- a) a competência do STF seria originária e não decorrencial;
- b) os motivos para sua proposição seriam jurídicos e não políticos;
- c) não haveria interferência direta nas decisões de 1ª instância suspendendo sua eficácia, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada;
- d) em questões polêmicas, a sua uniformização far-se-ia com rapidez, oferecendo-se ao cidadão e ao Estado uma interpretação definitiva.

Embora sendo recente a ação declaratória de constitucionalidade, a prática constitucional demonstra que muitas vezes a representação interventiva e a representação de inconstitucionalidade foram usadas para afastar qualquer dúvida sobre a legitimidade de uma norma.

A partir da Emenda 16/65, foi instituída a representação de inconstitucionalidade (controle abstrato) quando surgissem “controvérsias constitucionais” e se destinava a eliminar lei declarada inconstitucional e também a elidir controvérsia que se instaurasse sobre a legitimidade de determinada norma (pedido de declaração de constitucionalidade). Era legítimo ao PGR tanto pedir a declaração de inconstitucionalidade como advogar a pronúncia de uma declaração de constitucionalidade (quando de representação com parecer contrário).

Entendida a representação de inconstitucionalidade como instrumento de caráter dúplice (ambivalente), tornou-se legítimo sustentar tese de obrigatoriedade de o PGR submeter a questão ao STF quando lhe fosse solicitado.

Esse caráter ambivalente da representação de inconstitucionalidade foi reconhecido implicitamente pelo STF ao admitir o cabimento dos embargos infringentes opostos pelo PGR contra decisão que acolheu representação de inconstitucionalidade de sua própria iniciativa (Rp 1.092), embora tivesse restringido essa orientação (Rp 1.349 - negou a possibilidade de se instaurar o controle abstrato com pedido de declaração de constitucionalidade), a Corte continuou a admitir as representações, mesmo após a Constituição de 1988.

As decisões definitivas produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário (PJ) e do PE (art. 102, § 2º), cujo objetivo é estancar a discussão da matéria nas instâncias inferiores e evitar a proliferação de lides nos diversos graus de jurisdição, com possibilidade de ocasionar decisões contraditórias, em prejuízo da segurança jurídica. O STF entendeu o efeito vinculante da decisão na ADC 1-1 DF.

O precedente vinculativo – decisão de alto tribunal ser obrigatória – como norma para os tribunais inferiores tem ambiente natural nas nações anglo-americanas (Inglaterra, Canadá e Estados Unidos) por serem de direito de criação predominantemente judicial; mas também em países de tradição romanista, embora mais formalizado.

O efeito vinculante é instituto jurídico desenvolvido no direito processual alemão, com o objetivo de outorgar maior eficácia às decisões proferidas pela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da questão, mas também aos fundamentos ou motivos determinantes, que contribuem para a celeridade e economia processuais, já que a decisão de determinado caso propicia solverem-se todas as questões semelhantes ou idênticas.

O efeito vinculante de uma decisão da Suprema Corte do país nas hipóteses de pura análise jurídica (não de fatos concretos, cada um com seu perfil que exige um esforço de juíz que conhece as características próprias do caso) é mais reconhecido pela doutrina (até pelo interesse público).

Tanto o modelo difuso de controle de constitucionalidade como o sistema concentrado desenvolveram mecanismos para dotar de eficácia vinculante as decisões definitivas das Cortes Constitucionais dada a idéia de “Guardião da Constituição”.

Nos Estados Unidos ninguém nega a autoridade vinculante de decisão da Corte Suprema. Na Constituição mexicana está expressa a uniformização de entendimento pela Suprema Corte de Justiça, no processo de “amparo”, que vincula os demais Tribunais ordinários.

É certo que não se pode transformar um tribunal em máquina meramente repetitiva de decisões, especialmente quando o número de processos não permite. Num regime federativo, os tribunais superiores não se destinam a corrigir todas as eventuais falhas dos tribunais estaduais ou regionais, cabe-lhes a função de uniformizar a jurisprudência.

Tanto a ação declaratória de constitucionalidade quanto a ação direta de inconstitucionalidade, integradoras do controle concentrado dos atos normativos têm a mesma natureza – se apresentam como processos objetivos, isto é, processo essencialmente unilateral, sem partes (apenas um requerente) e podem ser instauradas independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico (não a defesa de um interesse próprio),

destinadas a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo. Não se trata de jurisdição *strito sensu*, portanto até o contraditório se torna, em termos dogmáticos, impertinente. Dado o caráter objetivo, o requerente não pode desistir da ação proposta.

Diferentemente, as petições de princípio civilista assentam-se no pressuposto de que em qualquer pronunciamento jurisdicional devem existir dois sujeitos que discutam sobre direitos subjetivos (na defesa de situações subjetivas).

A moderna doutrina constitucional defende abertamente a ampliação do direito de manifestação de diferentes órgãos ou entidades no processo de controle de normas e também a ampla investigação probatória, quando necessária e a legislação regulamentadora absorveu essa idéia.

Embora não seja pacífica a doutrina, só as leis e os atos normativos federais podem formalmente ser declarados constitucionais, podendo ser autores (art. 103, § 4º): Presidente da República; Mesa do Senado; Mesa da Câmara dos Deputados e Procurador-Geral da República.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A Lei 9.882/99 operacionalizou o instrumento, dispondo sobre o processo e julgamento. São legitimados os mesmos da ADIn (art. 103, I a IX) e são hipóteses de cabimento – para evitar e reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo das três esferas, inclusive os anteriores a 5 de outubro de 1988.

São dois os tipos de arguição criados pela lei (art. 1º e parágrafo único): a) arguição autônoma e b) arguição incidental.

A doutrina tem discutido o conteúdo da expressão “preceito fundamental”, sem haver ainda uma visão única. Estudo elaborado pelo Ministro Carlos Mário da Silva Veloso (MARTINS, Ives Gandra da S. - Coord. *Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 38 e s.) evidencia a posição de José Afonso da Silva que afirma não se tratar de princípios fundamentais, mas de “todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional”, ou no dizer do Min. Oscar Dias Corrêa “tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime” e afirma o autor que o STF, como “Intérprete maior e soberano da Constituição, haverá de fazer doutrina que torne eficaz a medida, como forma de proteger e garantir a Constituição”.

Tem caráter subsidiário (quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade), como pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, que impede a

banalização da atividade de jurisdição constitucional. A arguição de descumprimento refere-se a situações que envolvam a aplicação direta da Constituição e não a aplicação de ato normativo infraconstitucional. Está implícita a relevância do interesse público na admissão da arguição de descumprimento de preceito fundamental toda vez que o princípio da segurança jurídica for ameaçado, especialmente quando de conflitos de interpretação causados pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional.

Permite a concessão de medida liminar por decisão da maioria absoluta dos membros do STF. No caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave ou em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. A decisão tem eficácia contra todos e efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público e é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

O STF pode exercer um juízo de admissibilidade discricionária para a utilização deste instrumento, devendo priorizar os casos de relevante interesse público

Controle Constitucional da omissão

A inconstitucionalidade se dá tanto por ação como por omissão. Por ação quando uma norma contraria a Carta Política e por omissão pela inércia do administrador ou de poder constituído por não produzir o preceito requerido. Omissão em sentido jurídico-constitucional é não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado.

A omissão pode ser absoluta (total) ou relativa (parcial), cujo objetivo é conceder plena eficácia às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo e às normas programáticas (na classificação de José Afonso da Silva, reconhecida pelo STF no MI 438-2-GO, conforme Luiz Alberto David Araújo, op. cit. p. 19 e no RE 256.383-8/2000-RS).

O que se pretende é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado. O instrumento é a ação direta de inconstitucionalidade (autores, forma e *foro* são os mesmos), a diferença é que os efeitos da decisão são:

- a) se o órgão for Poder (a omissão pode provir de qualquer Poder) será no sentido de que adote as providências necessárias;
- b) se for autoridade administrativa que tome a providência cabível no prazo de trinta dias. Findo este prazo cabe responsabilização do Poder Público.

A omissão também pode ser tratada pela via de defesa (ou de exceção). O *rito* é o do mandado de segurança e o *foro* é o determinado pela CF. Não é obrigatória a oitiva do Advogado-Geral da União por não existir ato impugnado a ser defendido, mas o MP deve se manifestar sempre, antes da análise do Plenário.

a) Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A inspiração do constituinte brasileiro foi a Carta de Portugal, mas com aplicação alargada, já que foi admitida nos casos de omissão de qualquer medida para tornar efetiva norma constitucional e não apenas nas hipóteses de inércia legislativa. O objetivo é a proteção do sistema jurídico, ligando-se à aplicabilidade das normas, dada a existência de normas constitucionais “auto-executáveis”.

Apesar de não haver norma expressa, os Tribunais Constitucionais de países como a Alemanha, Áustria, Espanha e Itália vêm alcançando resultados semelhantes por meio de técnicas apuradas de interpretação e integração.

A omissão pode ser total ou parcial e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão segue (atualmente) o mesmo procedimento da ação genérica - arts. 169 a 178 do Regimento Interno (RI) do STF. A medida cautelar (prevista no art. 170, § 1º - RI do STF) é incompatível com a pretensão buscada na demanda (que já foi objeto de decisão – ADIn 1.458/DF).

Assim como o Mandado de Injunção (MI), a ação por omissão é dirigida às normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, mas distinguem-se já que:

- a) enquanto o MI pode se impetrado por qualquer pessoa titular dos direitos, prerrogativas e liberdades constitucionais, na ação por omissão são legitimados os listados na Constituição.
- b) enquanto no MI a competência é concedida a diversos tribunais, o julgamento da ação por omissão é concentrado na mais alta Corte.

Os efeitos da decisão são tímidos, pois nenhuma sanção é prevista ao Poder que deixar de atender a decisão. Julgada procedente cabe ao Poder Executivo adotar as medidas necessárias para cumprir a decisão em trinta dias e ao Legislativo tomar providências para sanar o seu comportamento omisso e inconstitucional, não havendo prazo para produzir a norma exigida.

Tais efeitos são insuficientes para a efetivação das normas constitucionais. A principal crítica é na violação da separação dos Poderes, mas antes da separação a Constituição almeja a plena harmonia desses Poderes (freios e contrapesos), por isso deveria ser proferida decisão judicial normativa, para valer como lei, se após certo prazo o legislador se mantiver inerte, gerando efeitos *erga omnes*.

b) Mandado de Injunção (MI)

Apesar de “injunção” ser palavra oriunda do direito anglo-americano, o mandado de injunção instituído no direito brasileiro, protegendo liberdade públicas, tem

alcance restrito - cabível na falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não sendo similar nem na origem, nem no conteúdo, nem na forma, com institutos equivalentes de outros sistemas.

Para a legitimação do *writ*, é necessário que o exercício, previsto no art. 5º, LXXI, se encontre inviabilizado em razão da ausência de norma integradora.

O MI individual tem como legitimado ativo o titular do direito. Vem sendo acolhido o MI coletivo pelo STF (MI 73/DF; MI 361/94) de organismos sindicais e das entidades de classe com a finalidade de viabilizar, em favor de seus membros, o exercício de direitos assegurados na Constituição.

O órgão omissor pode prestar informações acerca da ausência de regulamentação, independentemente da presença na lide - art. 341, I, Código de Processo Civil (CPC).

O STF tem competência originária (art. 102, I, q) e derivada (art. 102, II, a). Ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), também é conferida competência para julgar originariamente (art. 105, I, h) e aos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 121, § 4º, V). Aos Tribunais de Justiça e juízes de direito também é conferida esta competência pelas Constituições Estaduais.

Para alcançar o objetivo para o qual foi criado, o MI deveria vir a ter a competência alterada para atribuição aos juízes de primeiro grau, por Emenda Constitucional.

O MI não é cabível quando se tratar de norma auto-aplicável (MI 74/SP – art. 47 – ADCT). A expressão “norma regulamentadora” deve ser compreendida para alcançar além das leis, os decretos, portarias e outros atos normativos necessários à integração. Com edição de norma superveniente, fica prejudicado o MI.

A doutrina vem entendendo a possibilidade do MI com maior amplitude em relação a outros direitos e garantias constitucionais e até a Suprema Corte, conforme MI 107/DF, em que também foi definida a auto-aplicabilidade do MI.

Na falta de lei específica, devem ser observadas as normas do mandado de segurança (art. 24, parágrafo único, Lei 8.038/90), mas já existem quatro projetos de lei em tramitação visando regulamentar o procedimento do MI.

Três correntes se dividem quanto à finalidade do MI, na classificação feita por Luiz Alberto Gurgel de Faria (*Controle da Constitucionalidade na Omissão Legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 90 e s.):

- a) O MI com o mesmo alcance da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Manoel Gonçalves Ferreira Filho).

Tal similitude esvazia o *writ*, uma vez que apenas cientificado o poder competente, na prática vem persistindo na sua atitude omissiva. Por essa falta de efeito concreto, o STF vem emprestando em certas situações específicas, efeitos diferentes à decisão proferida no *writ* (MI 283/DF); e em outro MI (232/RJ) avançou mais ainda chegando próximo ao entendimento de, na própria injunção, conceder fruição do direito. No último caso foi dado prazo de seis meses para edição da lei pelo CN e não ocorrendo o requerente passaria a gozar da imunidade requerida (art.195, § 7º).

- b) Regulamentação do direito constitucional feita pelo Poder Judiciário, por meio do MI, gerando a decisão efeito *erga omnes* (Vicente Greco Filho).

Essa eficácia oponível a todos é um efeito sequer previsto para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que contribui para a confusão desses institutos; e o MI é instrumento de defesa de direito subjetivo que não tem como objetivo imediato a pretensão de suprir a lacuna do órgão omissor, mas de conceder a tutela almejada pelo impetrante.

- c) O MI deve viabilizar, no caso concreto, o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais ainda não regulamentadas (Celso Agrícola Barbi, José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Ivo Dantas, Michel Temer, Clèmerson Melvin Clève).

A regulamentação feita pela Justiça não viola a separação dos poderes, uma vez que a atuação viabiliza a fruição de direito previsto na Constituição, entregando a prestação jurisdicional solicitada, que é a função típica do PJ e não está ele assim normatizando de forma geral e abstrata a matéria.

Em diversos julgamentos, o STF já se posicionou neste sentido (MI 384/RJ, MI 232/RJ). Esse desfecho concreto é próprio do MI, senão implicaria simplesmente em uma vitória de Pirro para o impetrante e serviria para o ensejo da inobservância da Carta. Esta posição vem ganhando apoio da doutrina e está presente em dois dos projetos de lei pretensos a disciplinar o processamento do MI. Quando não fosse possível deferir o direito de imediato caberia reconhecer o direito à indenização contra a União Federal pela omissão, já que o STF teria reconhecido o dever de legislar descumprido pelo CN. Terminar o processo com a mera ciência é permitir o abuso da omissão.

4. Antecedentes históricos e algumas experiências de outros países

O sistema de controle de constitucionalidade tem sofrido grande expansão na ordem jurídica do mundo moderno e com as formas mais variadas nos diversos sistemas políticos pela flexibilidade e capacidade de adaptação desse instituto.

Predomina o controle judicial de constitucionalidade no modelo de controle concentrado.

No Brasil, a ação direta de inconstitucionalidade, anteriormente denominada de representação de inconstitucionalidade, é um desenvolvimento direto da representação interventiva, instituída pela Constituição de 1934 e aperfeiçoada pela Constituição de 1946.

Na prática distorcida do instituto da “representação interventiva”, está o embrião da representação de inconstitucionalidade em tese, da ação de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, atualmente positivadas na CF.

A Emenda n. 16, de 26.11.65, instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais. Tida como fórmula equívoca – representação contra inconstitucionalidade da lei, encaminhada pelo PGR – admitia-se legítimo instaurar o controle abstrato de normas, com o objetivo precípuo de ver declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, como poderia ser postulada, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada. Controle positivo de constitucionalidade já que havia o negativo (ação direta de inconstitucionalidade).

A Constituição de 1988 promoveu uma substancial reforma no controle de constitucionalidade principalmente: ruptura do “monopólio da ação direta” outorgada ao PGR; além de ter preservado o modelo de controle de constitucionalidade incidental ou difuso, adotou como instrumentos o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, que conferiu um novo perfil ao sistema de controle de constitucionalidade.

Constituição Imperial

A Constituição de 1824 não contemplava modelo de controle judicial de constitucionalidade. Era a consagração do dogma da soberania do Parlamento. Só ele fazia, interpretava, suspendia e revogava as leis e com a atribuição de “velar na guarda da Constituição”.

Constituição de 1891

O regime republicano inaugurou uma nova concepção, pela influência do sistema norte-americano. Estabeleceu-se um amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. A competência era não só das justiças da União, como das justiças dos Estados. Era inequívoca a consciência de que não se havia de fazer controle *in abstracto*.

Constituição de 1934

Introduziu profundas e significativas alterações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro:

- a) determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros do Tribunal, evitando-se as contínuas flutuações de entendimentos nos Tribunais;
- b) consagrada a competência do Senado para suspender a execução de lei, ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, ao permitir a possibilidade de generalizar (transformar *erga omnes*) o que era decisão *in casu*, válida aos litigantes;
- c) ação direta de inconstitucionalidade interventiva;
- d) possibilidade do STF declarar inconstitucional lei estadual que violasse princípios a que o Estado estivesse obrigado por força da CF;
- e) proibição do Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas;
- f) competência para o Senado examinar os regulamentos do Poder Executivo e suspender a execução dos dispositivos ilegais.

Foi apresentado na Constituinte de 1934 projeto de instituição de uma corte constitucional inspirada no modelo austríaco.

Constituição de 1937

Carta com retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade, mesmo não introduzindo modificação no modelo difuso de controle. Instituiu preceito, segundo o qual declarada a inconstitucionalidade de lei, a juízo do Presidente por necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional poderia o chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento que confirmaria a validade da lei por dois terços de votos de cada uma das câmaras (tornando insubsistente a decisão do Tribunal). Foi instituída assim uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois a lei confirmada passava a ter força de Emenda à Constituição.

O Mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional e o CPC de 1939 excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos Ministros, dos Governadores e interventores dos Estados.

Constituição de 1946

Restaura a tradição do controle judicial no Direito Brasileiro, mantendo o controle por via de exceção. Além da competência de julgar os recursos ordinários, disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários, nas seguintes situações:

- a) decisão contrária à Constituição, tratado ou lei federal;

- b) validade de lei federal diante da Constituição, e a decisão recorrida negasse aplicação à lei impugnada;
- a) contestação de validade de lei ou ato do governo local face à Constituição ou lei federal, e a decisão recorrida julgasse válida a lei ou ato.

Preservada a exigência da maioria dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão.

Também foi mantida a atribuição do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

Atribuída ao PGR a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal (que estava subordinada à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo STF). O PGR exercia a função de chefe do MP Federal, a quem competia a defesa dos interesses da União, sendo considerada assim uma simples representação processual.

Emenda 16/65

Instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de constitucionalidade de normas estaduais e federais, dentre as competências do STF, para processar e julgar originariamente representação do PGR.

Criou regra que outorgava ao legislador a faculdade para estabelecer processo de competência originária do TJ para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado.

Constituição de 1967/69

Preservado o controle difuso e o concentrado. A representação para fins de intervenção do Procurador-Geral foi ampliada para prover a execução de lei federal. A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República.

A Emenda 1/69 previu expressamente o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face de Constituição Estadual, para fins de intervenção no Município.

A eventual discricionariedade do Procurador-Geral da República para oferecer ou não a representação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que ele dispunha da competência constitucional para propor a ação, levou a muitas e intensas discussões com autores de renome e ilustres defendendo não só as duas posições opostas – pela obrigatoriedade Pontes de Miranda, Josaphat Marinho; contra Celso Agrícola Barbi, Raimundo Faoro - como até forma intermediária (dizendo que só não poderia negar quando houvesse requerimento de algum órgão público – Celso Ribeiro Bastos).

Apesar das discussões, a doutrina não precisou a natureza jurídica do instituto – representação de inconstitucionalidade, não restando sequer a distinção necessária e adequada entre controle abstrato das normas (representação de inconstitucionalidade) e a representação interventiva.

Como concebida, a representação de inconstitucionalidade permitia ao Procurador-Geral submeter a questão ao Supremo Tribunal quando estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma ou, embora não convencido, era suficiente o requisito objetivo relativo à existência de “controvérsia constitucional”.

O RI do STF, na versão de 1970, dizia que se entendesse improcedente a fundamentação de autoridade ou de terceiro poderia o PGR encaminhar com parecer contrário. Neste caso estava postulando uma declaração positiva de constitucionalidade (representação de inconstitucionalidade tida como instituto de caráter dúplice ou de caráter ambivalente).

Foram aceitos embargos infringentes (recurso para provocar na mesma ou na instância superior reforma ou modificação de uma sentença desfavorável) a acórdão do STF, pelo PGR, tendo sido julgada procedente a representação quando havia manifestação final pela improcedência da demanda constitucional.

Constituição de 1988

Ampliação do direito de propositura da ação direta. Com essa ampla legitimação, o constituinte atendeu parcialmente a exigência daqueles que pediam essa amplitude, já que alguns defendiam mesmo a introdução de ação popular de inconstitucionalidade. Também foi reforçado o controle abstrato de normas.

O modelo incidental ou difuso não foi alterado profundamente, mas tendo sido reduzido o seu significado.

Conferida ênfase ao modelo concentrado e não mais ao sistema difuso ou incidente, dada a ampla legitimação, presteza e celeridade desse modelo, dotado da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia de ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, o que leva as grandes questões serem solvidas pela ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

Instituiu-se o processo de controle abstrato da omissão normativa constitucional (art. 103, § 2º) e mecanismo para a tutela de direitos subjetivos (inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania) lesados em decorrência da omissão legislativa (art. 5º, LXXI), institutos ainda carentes de conformação definitiva - inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Criação da ação declaratória de constitucionalidade (EC 03/93) com efeito vinculante das decisões.

No direito norte-americano

Sistema jurisdicional, caracterizando-se a adoção do critério difuso. Não se admite nos Estados Unidos a arguição por meio de ação própria, mas apenas em caráter incidental, quando se justificar a relevância da decisão para a lide em julgamento. Inexiste modalidade de controle alheio ao conflito de interesse entre as partes. Indispensável a caracterização de um caso hábil a ser deslindado judicialmente.

As decisões emanadas da Suprema Corte têm caráter vinculante com eficácia *erga omnes* para os julgados oriundos daquele Tribunal.

Segundo o Código Judiciário, de 1788, competia ao Poder Judiciário exercer jurisdições paralelas de *common law* e equidade quando da ausência ou inadequação dos remédios previstos na *common law*.

Mesmo com o entendimento de que a ação declaratória no controle de constitucionalidade das leis era modalidade processual incompatível com o princípio da divisão de poderes, a evolução do sistema de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos levou à adoção da ação declaratória como técnica de controle de constitucionalidade, apesar da idéia que se impunha ao Judiciário de só se pronunciar em controvérsias autênticas e apesar de já ter a Suprema Corte declarado a inconstitucionalidade da ação declaratória no contencioso.

Em 1933 a Suprema Corte reconheceu a sentença declaratória num caso. A defesa da constitucionalidade da lei está entregue, no contraditório, a quem possua interesse na invalidação da lei.

A doutrina americana reconhece que o interesse quanto à constitucionalidade das leis configura interesse público que não coincide necessariamente com os interesses privados.

O *Judiciary Act*, de 1937, assegura ao Governo Federal a faculdade de intervir na lide entre particulares quando estiver em discussão a constitucionalidade de lei federal de interesse público.

No direito austríaco

Inicialmente (1920) a Áustria, sob a inspiração de Kelsen, adotou um sistema jurisdicional de controle concentrado de constitucionalidade das leis. Nenhum outro juiz ou Tribunal poderia enfrentar a questão da conformidade de um lei em face da Carta Política.

O controle concreto foi introduzido em 1929, conciliando-se assim o sistema de controle direto com modalidade de controle concreto, provocado no curso de uma pendência judicial, reconhecendo-se, excepcionalmente, efeito retroativo à decisão proferida.

Qualquer Tribunal de segunda instância, o Tribunal Administrativo e o Tribunal Supremo ficaram autorizados a suscitar a arguição de inconstitucionalidade incidentalmente, quando tal questão fosse prejudicial de qualquer julgamento que lhe competisse.

A revisão constitucional de 1975 reconheceu a legitimidade da arguição de inconstitucionalidade da lei federal formulada por um terço dos membros do Parlamento e foi introduzido o recurso individual que permite a impugnação, perante a Corte Constitucional de lei ou regulamento que lese diretamente direitos individuais. A jurisprudência da Corte condiciona a admissibilidade desse recurso ao princípio da subsidiariedade – só é cabível quando não houver outra via judicial adequada à defesa desse direito.

Numa nova opção de controle de constitucionalidade, está outorgada ao Tribunal Constitucional a competência para dirimir questões constitucionais, mediante requerimento especial, formulado pelo Governo Federal, com referência a leis estaduais, ou pelos governos estaduais, no tocante às leis federais, não se exigindo a demonstração de ofensa a qualquer interesse particular ou situação subjetiva (se fazendo valer do interesse da constitucionalidade da lei).

A Constituição contempla um recurso contra a violação de direitos constitucionalmente garantidos, por ato da Administração e contra a aplicação de um regulamento ilegal, ou de uma lei ou tratado inconstitucional. Neste caso, é exigido o exaurimento das instâncias ordinárias.

Existe na modalidade de controle preventivo a possibilidade de projeto de lei ou regulamento ser apreciado à luz dos preceitos definidores da competência da União e dos Estados pela Corte Constitucional. Enfim, o sistema consagra, ao lado do processo de controle abstrato e concreto e dos recursos constitucionais especiais, uma modalidade preventiva de controle de normas.

Podem ser objeto de controle de constitucionalidade as leis federais ou estaduais e os regulamentos cuja legitimidade é aferida em face da Constituição e também da lei ordinária. O controle abstrato aplica-se ao direito vigente. A constitucionalidade de leis revogadas limita-se ao processo de controle concreto de normas e ao recurso constitucional.

Em princípio não é apreciada, no juízo de constitucionalidade, a omissão legislativa. A omissão parcial do legislador pode dar ensejo à declaração de inconstitucionalidade de determinado preceito.

A cassação da lei inconstitucional pode ser total ou parcial. Às vezes o Tribunal rompe o papel de legislador negativo, estabelecendo a única interpretação compatível com o texto constitucional.

A inconstitucionalidade tem eficácia *ex nunc* (a partir da data da publicação do julgado), salvo se o Tribunal estabelecer prazo para a entrada em vigor da cassação, que não poderá exceder um ano. Pode ser reconhecida eficácia retroativa à decisão proferida no caso concreto.

A decisão cassatória poderá ripristinar diploma revogado pela lei agora julgada inconstitucional.

Na República Federal da Alemanha

O controle abstrato de normas surgiu nos tempos modernos na Alemanha como instrumento de índole federativa, no art. 13, II, da Constituição de Weimar.

Para a instauração do controle abstrato era suficiente a existência de dúvida ou controvérsia sobre a compatibilidade do direito estadual com o direito federal. As dúvidas ou controvérsias poderiam surgir perante os Tribunais, a Administração ou no Parlamento.

Tanto poderiam os titulares do direito de propositura buscar a declaração de inconstitucionalidade de norma estadual como também a declaração de constitucionalidade da disposição que estava tendo sua legitimidade questionada, afastando as dúvidas que dificultavam a aplicação da lei (primeira decisão típica de ação declaratória de constitucionalidade é de 10 de junho de 1953 – BverfGE 2.307-308-309). A decisão proferida tinha força de lei.

No controle abstrato, a competência era para examinar a compatibilidade entre o direito federal e a Lei Fundamental ou entre o direito estadual e a Lei Fundamental ou outras disposições do direito federal, no caso de dúvida ou controvérsia.

O modelo de jurisdição concebido por Kelsen na Áustria foi adotado inicialmente na Itália e na Alemanha (na Itália, apesar da inexistência de procedimentos específicos, o controle de constitucionalidade desenvolve-se nos próprios processos ordinários civis, penais ou administrativos de forma incidental).

O sistema conjuga a forma direta de controle e o controle concreto. Utiliza-se a ação direta, com titularidade de determinados órgãos políticos e a eficácia das decisões proferidas pela Corte Constitucional opera efeitos *erga omnes*.

A Lei Fundamental concebe o Tribunal como órgão jurisdicional composto por juízes federais e outros juristas eleitos, em partes iguais, pelo Parlamento Federal e pelo

Conselho Federal, não podendo seus membros serem escolhidos dentre os integrantes dos órgãos legislativos federais e estaduais ou dos governos federal e estaduais. (Organizado em duas câmaras, com atribuições definidas em lei, o Tribunal tem poderes de editar regimento, com regras processuais supletivas.)

A competência do Tribunal Constitucional está fundamentalmente definida no texto magno, podendo a lei deferir-lhe outras atribuições, cabendo-lhe apreciar:

- a) controvérsias entre órgãos federais superiores; quanto a direitos e deveres da União e dos Estados; entre diferentes Estados e até no interior de um Estado, sempre que não houver outra via judicial;
- b) o controle de constitucionalidade e legitimidade de uma norma, envolvendo o controle abstrato; concreto; processo de qualificação de normas relativo à subsistência da lei como direito federal e a verificação de normas - decidir a requerimento de outro tribunal se determinada regra de direito internacional público integra o direito federal.

No controle abstrato de normas o Tribunal aprecia representação formulada pelo Governo Federal, Governo Estadual ou por um terço dos membros do Parlamento Federal, relativo à compatibilidade do direito federal ou estadual com a Constituição.

O controle concreto de norma é suscitado por um tribunal que deve sustar o feito. Se restringe à lei em sentido formal, editada após a promulgação da Lei Fundamental;

- c) recursos constitucionais formulados por qualquer cidadão, sob a alegação de ofensa a um direito fundamental ou de lesão a certos direitos da Lei Fundamental, desde que exauridas outras vias processuais; recurso constitucional dos municípios e associações comunais contra lei ofensiva ao direito de auto-administração;
- d) as denúncias concernentes aos abusos de direito e à inconstitucionalidade dos partidos políticos que ameacem os fundamentos da ordem democrática ou coloquem em risco a existência da República Federal da Alemanha. Também o Parlamento ou o Conselho Federal podem denunciar o Presidente da República nos casos de lesão dolosa à Lei Fundamental ou a outra lei federal;
- e) controle das eleições exercido pelo Parlamento, mediante recurso dos órgãos expressamente legitimados.

O regimento interno do Tribunal tem caráter de ordem processual complementar. A Lei do Tribunal não contém disciplina exaustiva de atos e procedimentos sendo as lacunas preenchidas pela aplicação analógica de outras regras processuais.

No Direito Francês

Assim como para evitar interferência do Judiciário no Executivo, foi instituído um contencioso administrativo; para evitar a participação do Judiciário no Legislativo o controle da constitucionalidade é confiado a um órgão político.

O Conselho Constitucional é formado pelos ex-Presidentes da República e mais nove membros com mandato de nove anos não renovável (três designados pelo Presidente, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado).

No Direito Português

Diferentemente do sistema norte-americano que optou por um critério difuso e da Áustria, concentrado, Portugal adota um modelo híbrido de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, admitindo a fiscalização por todos os órgãos judiciários, em caráter incidente e diante de um caso concreto, ou pelo Tribunal Constitucional, de forma direta e abstrata. O sistema difuso foi introduzido na Constituição de 1911, por influência da Constituição brasileira de 1891 (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 964).

A Corte exerce controle preventivo quando o Presidente requer apreciação da constitucionalidade de tratado internacional, que dependa de sua ratificação, ou de ato legislativo a ser promulgado (art. 278 da Constituição).

O Tribunal examina, em ação direta, a inconstitucionalidade das leis, cuja legitimidade é do Presidente da República; Presidente da Assembléia da República; Primeiro-Ministro; Provedor da Justiça; Procurador-Geral da República e um décimo dos Deputados à Assembléia da República.

Tal processo observa o contraditório, gerando a declaração de inconstitucionalidade e efeitos *ex tunc*, inclusive com repristinação das normas revogadas pelo ato legislativo viciado.

A fonte direta para introdução da inconstitucionalidade por omissão no Brasil foi a Constituição Portuguesa. Lá a Corte é acionada pelo Presidente, Provedor de Justiça ou pelos Presidentes das Assembléias Regionais, com procedimento idêntico ao da inconstitucionalidade por ação, comunicando-se ao órgão competente para sanar a lacuna, no caso do pedido ser acolhido.

A Corte Constitucional também pode exercer o controle em face de sua competência recursal. Quando a norma tiver sido declarada inconstitucional por três vezes em casos concretos, pode o Tribunal promover a organização de um processo para o controle em abstrato.

5. Processo e julgamento da ação direta e da ação declaratória de constitucionalidade

O advento da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, inaugurou um novo capítulo na história do controle de constitucionalidade (fiscalização abstrata) no país. Esta lei regulou o processo e julgamento perante o STF, da ação direta e da ação declaratória de constitucionalidade.

O art. 102, I, a, da CF, fala da competência do STF em julgar a ação direta e a ação declaratória de constitucionalidade e o art. 103 trata da legitimação para a primeira. Os dois artigos conformam o controle concentrado de constitucionalidade e o resultado é comum às duas.

As inconstitucionalidades indiretas não podem ser examinadas pela Suprema Corte, seja ato normativo federal ou estadual. Ex.: não sendo decreto autônomo não pode ser atacado em ação direta de inconstitucionalidade, sendo caso de mera declaração de ilegalidade de norma regulamentar (ADIn 1258-PR). Também no caso de Instrução Normativa rompe a hierarquia normativa em face de atos estatais primários, viciando-se de ilegalidade e não de inconstitucionalidade, impedindo-se a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. É uma situação de inconstitucionalidade meramente reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada.

Da ação direta de inconstitucionalidade Legitimidade ativa

A lei repetiu quase integralmente o conteúdo do dispositivo constitucional, ressaltando expressa legitimidade do governo do DF e da Câmara Legislativa Distrital.

Essa extensa lista fortalece a idéia de que o constituinte reforçou o controle abstrato de normas no controle jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente. Atualmente estima-se que o sistema reconhece legitimidade de mais de cem entes ou órgãos para instauração do controle abstrato de normas.

O processo de controle abstrato de normas tem o caráter objetivo, sendo suficiente a existência de um interesse público de controle. O autor não alega lesão a direitos próprios ou alheios (proteção de situações individuais ou de relações subjetivas) mas visa, precipuamente, a defesa da ordem jurídica. O processo não conhece partes e o legitimados

para desencadear o processo de controle abstrato de constitucionalidade não têm qualquer poder de disposição sobre ele.

O interesse imediato no afastamento do sistema jurídico é que legitima a autoridade a propô-la. Com exceção de duas pessoas – o Procurador-Geral e o Conselho Federal da OAB que podem propor sobre qualquer tema e sobre atos ou leis emanados de qualquer das duas esferas federativas (União e Estado), por serem duas instituições essenciais à administração da Justiça (arts 127 e 133), exercendo função de defensores da lei na plenitude (o MP por obrigação específica de ser o guardião da lei e a OAB que possui obrigação genérica, por decorrência de sua atuação) - os demais não teriam essa competência abrangente.

Na legitimidade do Presidente, questiona-se se o mesmo não exercer o poder de veto poderia arguir a inconstitucionalidade perante o Supremo. Se o constituinte assegurou ampla legitimação, buscou evitar também limitações a esse direito. Depois de existir dúvida ou controvérsia sobre a constitucionalidade da lei, impedindo ou dificultando sua aplicação está a indicar o interesse objetivo de esclarecer questão relativa à sua validade. Mesmo tendo o Chefe do Executivo sancionado, por inequívoco ou inadvertência, projeto de lei, não está compelido a persistir no erro, agravando o desrespeito à Constituição.

Embora não sendo vocacionados a questionar a constitucionalidade de seus próprios atos, o reconhecimento do direito de proposição à Mesa da Câmara dos Deputados e à Mesa do Senado Federal demonstra que o constituinte não pretendeu assegurar aqui uma proteção específica às minorias parlamentares já que elas representam, efetivamente, a maioria nas referidas casas.

Em vez de outorgar legitimação para instaurar o controle abstrato de normas a determinado número de parlamentares, modelo adotado em outros países (por exemplo, a Alemanha), a Constituição de 1988 preferiu concedê-la aos partidos políticos com representação no CN – diretórios nacionais, representados pelos presidentes, independentemente de prévia autorização de outra instância partidária, salvo na hipótese de prescrição legal ou estatutária nesse sentido. A legitimação de partido político com representação no CN visa a demonstrar um mínimo de representatividade.

Já há decisão (ADIn 1.396-SC) que reconheceu legitimidade aos partidos políticos para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, não se aplicando as restrições decorrentes da pertinência temática. Mas, por outro lado, o STF já entendeu que a ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada por partido político que perca, no curso da ação, sua representação no CN, deve ter decretada sua carência superveniente (ADIn 2.060/2000).

A jurisprudência do STF exige que seja demonstrada a “relação de pertinência” da pretensão formulada, na pretendida declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo pelo Governo de Estado e DF, bem como das Assembléias Legislativas e Câmara Legislativa Distrital.

Apesar desse entendimento esposado pelo STF, é questão polêmica no direito constitucional brasileiro. A falta de autorização constitucional para o legislador estabelecer outras limitações ao direito de propositura é que suscita dúvida sobre a correção desse entendimento da Corte.

O texto constitucional em várias dispositivos distingue a situação jurídica dos Estados da do DF, mas embora não sendo idêntica, as dessemelhanças não são tão acentuadas para levarem à negação do direito de propositura, cuja figura decisiva está no art. 32, em que está outorgado o poder de auto organização, a atribuição das competências legislativas dos Estados e Municípios e as regras para a eleição de Governador, Vice e Deputados Distritais, que em nada diferem do sistema consagrado aos Estados-Membros. Embora com dessemelhanças significativas para fins de controle de constitucionalidade abstrato, as posições jurídicas são fundamentalmente idênticas, não havendo razão para deixar de se reconhecer o direito de propositura da ação de inconstitucionalidade ao Governo e à Mesa da Câmara Legislativa do DF, apesar do silêncio do texto constitucional.

Com a Constituição de 1988 o PGR, escolhido pelo Presidente da República, dentre os membros do MP da União (para um mandato de dois anos, após aprovação pelo Senado, somente podendo ser destituído após autorização da maioria absoluta do Senado), titula órgão com nova conformação, já que passa a atuar como representante do interesse público e não mais como representante da União. Para esta função foi instituída a Advocacia-Geral da União, representadora dos interesses da União em juízo, bem como para exercer as atividades de consultoria do PE.

Quanto às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, houve considerável redução do espectro dos legitimados. O Supremo admite apenas as confederações nacionais, com no mínimo três Federações (nos termos do art. 535 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) e representação em pelo menos nove Estados (baseado na Lei Orgânica dos Partidos Políticos).

A existência de diferentes organizações de representação de determinadas profissões ou atividades levou o STF a decidir por uma legitimação limitada, não permitindo que se convertesse o direito de propositura dessas organizações de classe em autêntica ação popular. A idéia de um interesse comum essencial de diferentes categorias fornece base para a distinção entre a organização de classe e outras associações ou organizações sociais.

O esforço para restringir o direito de propositura dessas entidades já levou o Tribunal a reconhecer a legitimidade de determinada organização e negá-lo num segundo momento (ex.: Federação Nacional das Associações dos servidores da Justiça do Trabalho - ADIn 37-3 e ADIn 433-6.). A fixação de critérios precisos para esses conceitos vagos deveria ser feita pelo legislador e não pelo Tribunal.

Não tem o Tribunal reconhecido natureza de entidade de classe a organizações que congregam pessoas jurídicas, apresentando-se como verdadeiras associações de associações, faltando-lhes a qualidade de entidade de classe; pessoas jurídicas de direito privado que integrem associações de natureza civil e organismos de caráter sindical, dado esse hibridismo e associação que reuna órgãos públicos, sem personalidade jurídica e categorias diferenciadas de servidores.

A necessidade de critérios também não deve condicionar o exercício do direito de propositura à demonstração de um interesse de proteção específico, nem levar à radical adulteração no modelo de controle abstrato de normas. Em relação à proteção jurídica dessas organizações e à defesa dos interesses de seus membros, a Constituição assegura o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, b), que pode ser usado pelos sindicatos ou organizações de classe ou associações existentes há pelo menos um ano, também no interesse de seus membros.

Na prática, até 1999, apenas 16% (92 de 555) das ações propostas pelas entidades tiveram reconhecida sua legitimidade (MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 108), o que, em vez de contribuir para o controle abstrato, tumultua a problemática situação de sobrecarga do Tribunal.

Na verdade, a ampliação desmesurada desse direito acaba provocando um excesso de trabalho sem maior proveito para a ordem e a segurança jurídicas. Kelsen afirmou não ser recomendável a adoção de ação popular por colocar em risco o funcionamento razoável do órgão pela sobrecarga e pela ameaça do perigo da litigância aventureira ou de má-fé.

Numa perspectiva prática, pode-se dizer que se o legislador constituinte deixasse de contemplar as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional dentre os detentores de propositura da ADIn, não cometeria nenhum ato censurável, uma vez que dificilmente alguma questão constitucional relevante deixaria de ser suscitada por algum outro legitimado.

Requisitos da petição

Apesar das discussões doutrinárias sobre a aferição de leis municipais, o STF entendeu que o controle foi a ele confiado estritamente, destinado-se à aferição de constitucionalidade de leis federais ou estaduais e que a ampliação dessa competência por via de interpretação traduziria uma ruptura com o sistema.

São passíveis de exame:

- a) as disposições constitucionais propriamente ditas e o direito constitucional secundário (cabimento da aferição da constitucionalidade de uma emenda constitucional, em sentido

- formal e material, foi reconhecido já em 1926 e mais recentemente o STF admitiu a possibilidade de se examinar a constitucionalidade de proposta de emenda constitucional antes mesmo de sua promulgação). Já foram propostas ações diretas contra o texto originário, por exemplo contra as EC n. 2 (antecipação da data do plebiscito) e n. 3 (ação declaratória de constitucionalidade e o IPMF – imposto provisório sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira);
- b) leis, formais e materiais;
 - c) decreto legislativo que aprova tratado e autoriza o Presidente a ratificá-lo em nome do Brasil;
 - d) decreto do Chefe do Executivo que promulga os Tratados e as Convenções;
 - e) decreto legislativo do CN que suspende a execução de ato do Executivo, pela incompatibilidade com a lei regulamentada (art. 49, V);
 - f) atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público criadas pela União e os regimentos dos Tribunais Superiores, configurado seu caráter autônomo;
 - g) outros atos do Executivo com força normativa, como por exemplo pareceres da Consultoria-Geral da República devidamente aprovados pelo Presidente.

No direito estadual, todo e qualquer ato editado por órgãos estaduais, como:

- a) disposições das Constituições Estaduais que devem ser compatíveis com princípios e regras gerais da CF;
- b) leis estaduais independentemente de seu conteúdo, inclusive as que regulam matéria de competência exclusiva da União (art. 22, parágrafo único)
- c) decreto editado com força de lei (ADIn 460-3/91 e ADIn 519-7/91);
- d) regimentos internos dos Tribunais estaduais e das Assembléias Legislativas (embora não sendo uniforme entre a doutrina, o Judiciário só se manifesta com relação às normas regimentais do Legislativo quando a violação impede a manifestação da vontade da Câmara. Esse controle sobre a elaboração legiferante se dá de forma difusa por mandado de segurança pelos parlamentares que se sentirem prejudicados durante o processo legislativo);
- e) atos normativos expedidos por pessoas jurídicas de direito público estadual.

Como o direito do DF equivale ao dos Estados-membros no exercício da competência legislativa estadual, o STF admite que descabe “ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto seja ato normativo editado pelo DF no exercício de competência que Lei Fundamental reserva aos Municípios”, como por exemplo “a disciplina e polícia do parcelamento do solo” – ADIn 611-8/92.

O controle abstrato de normas exclui o caráter preventivo e se dá após a conclusão definitiva do processo legislativo, ainda que a lei não esteja em vigor. Conforme explicitado em acórdão, a ação direta de inconstitucionalidade pode ter “como objeto juridicamente idôneo leis e atos normativos, federais e estaduais, já promulgados, editados e publicados” (ADIn 466-2).

Quanto aos tratados, ao contrário do sistema adotado na Alemanha, o CN aprova o tratado mediante decreto legislativo sem sanção ou promulgação por parte do Presidente; ao mesmo tempo o decreto legislativo autoriza o Presidente a ratificá-lo em nome do país (ordem de execução do tratado no território nacional, já que cabe ao Presidente decidir sobre sua ratificação – aplicação de forma geral e obrigatória). Este modelo permite a propositura de ação direta para aferição da constitucionalidade do decreto legislativo visando a obstar a recepção do tratado na ordem jurídica interna, sendo possível a utilização de medida cautelar para retardar ou suspender a ratificação do tratado até a decisão final.

Com relação ao Direito revogado, sob o império da Constituição de 1967/69, a jurisprudência do Supremo entendia que se a revogação ocorresse após a propositura da ação era possível a aferição desde que a norma tivesse produzido algum efeito no passado, caso contrário extinguiu-se o processo por falta de objeto. Essa orientação mudou a partir do julgamento da ADIn 709/92, em que com ou sem efeitos residuais e concretos fica prejudicado o andamento da ação direta, tornando possível um amplo controle incidente de normas que possibilita que se conteste a constitucionalidade de uma lei no caso concreto.

No que diz respeito à medida provisória, embora discutida em 1990, a possibilidade do controle de constitucionalidade restou assente o controle abstrato em relação às medidas provisórias, que são precárias enquanto ato normativo, mas as disposições dela constantes são vocacionadas a uma vigência indeterminada.

Relevante nessa questão é saber se a aprovação se deu com modificações que alteraram o objeto da ação instaurada para afetar a sua própria existência. Se a medida provisória foi aprovada com alterações que importem na derrogação da disposição normativa impugnada, nada mais resta senão proceder à extinção do processo. Ao contrário, não deve ser extinto o processo se restar íntegra a pretensão formulada. Mesmo no caso de reedição de medida provisória poderá ser aproveitada a ação se não houver mudança substancial (ADIn 1.085). Se houver, será decretada a carência superveniente.

A não-renovação do pedido quanto à reedição de medida provisória faz com que a ação não seja conhecida por versar sobre norma inexistente (ADIn 1.387-DF).

Os atos de efeito concreto, despojadas de normatividade ou de generalidade abstrata, (ex.: ADIn 203/90, 647/92, 842/93, 283/90) afastam-se do âmbito de incidência do controle concentrado, por não possuírem as características próprias de uma norma (generalidade e abstração). Mas parte da doutrina entende que não andou bem a jurisprudência do STF nesse sentido, ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas, afinal o constituinte não distinguiu entre leis dotadas de generalidade e outras conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Ainda que de efeito concreto, decorrem da vontade do legislador ou do constituinte, por ex.: lei do orçamento; lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública.

Difícil traçar uma linha precisa entre inconstitucionalidade direta, em que é aferida a inconstitucionalidade diretamente, da inconstitucionalidade indireta em que somente pode ser analisada dentro de um sistema de controle da legalidade. Sem fazer qualquer distinção, a doutrina brasileira enfatiza que qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em lei é inconstitucional. Ressaltando-se que o princípio da reserva legal estabelece necessidade de lei em caso de limitação ou restrição de direitos individuais, cuja ruptura configura ofensa constitucional. Por isso, a orientação de que o confronto lei-regulamento configura questão legal, que não pode ser tratado no controle abstrato de normas. No caso das agências reguladoras dotadas de amplo poder regulamentar, seria que tipo de regulamento – autônomo, delegado ou autorizado? Uma análise das competências desses órgãos reguladores no sistema brasileiro e um análise das diversas agências no direito comparado indicam que tais regulamentos jamais podem ser considerados como simples regulamentos de execução.

Requisitos da petição

A exigência da formulação pelo legitimado do pedido com suas especificações, consagra expressamente o princípio do pedido.

A jurisprudência do STF aceita a possibilidade de aditamentos ou emendas à inicial, até a requisição das informações ao órgão de quem emanou o ato ou a medida impugnada (ADIn 474/91, ADIn 722/92, ADIn 437/93), o que já levou à revisão de medida liminar (ADIn 722) e reduziu o âmbito do pedido (restringindo o objeto da ação e a amplitude da medida cautelar deferida – ADIn 475/91).

No aditamento em caso de medida provisória, o STF vinha considerando inadmissível o prosseguimento de ação (ADIn 258/92) mas superou esse entendimento (ADIn 1.129/94).

Junto à inicial, o autor deve apresentar em duas vias cópias da lei ou ato normativo questionado, bem como instrumento de procuração. Em decisão recente (ADIn 2.187), o STF definiu que a procuração deve conter poderes específicos para a impugnação

da norma. No caso de proposição de Governador, é dispensada se feita pelo Procurador-Geral do Estado e subscrita pelo Governador.

Inépcia da inicial

Será inepta a inicial que não tiver a fundamentação. Se não elencar os preceitos da norma impugnada (não cabe impugnação genérica), ou manifestamente improcedente, será liminarmente indeferida pelo relator. Decisão que indefere liminarmente a petição inicial poderá ser agravada, na forma do Regimento.

Desistência no controle abstrato

Embora o Supremo já tivesse admitido a desistência, afastou-se desse entendimento desde 1970. Dispositivo legal ratificou a jurisprudência do STF, que impedia a desistência nos processos da ação direta e ação declaratória de constitucionalidade. A razão que fundamenta o dispositivo é uma necessidade pública de controle.

Do procedimento

Sem pedido de medida cautelar, o relator pede informações aos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, com prazo de 30 dias contados do recebimento do pedido.

Com pedido de cautelar o prazo para essa audiência é de 5 dias, devendo versar somente sobre os requisitos da cautelaridade. Após o julgamento da cautelar, o relator pede as informações no mesmo prazo de 30 dias.

Decorrido o prazo das informações serão ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que devem se manifestar no prazo de 15 dias.

O relator pode solicitar informações aos Tribunais superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. Pode ainda o relator requisitar informações adicionais, designar perito para emitir parecer ou fixar data para ouvir pessoas em audiência pública, com experiência e autoridade na matéria.

Os legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade podem manifestar-se nessa ação e na declaratória de constitucionalidade por escrito, podendo pedir a juntada de documentos úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memorias. O Tribunal entende impossível a intervenção de terceiros.

Independentemente de disputa doutrinária, uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “constitucionalidade e realidade

constitucional” e os métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral. O reconhecimento do caráter complexo e plural da interpretação constitucional leva a uma relativização da interpretação constitucional. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada - muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente.

A existência de um consenso sobre os conteúdos jurídicos básicos permite uma releitura da “Constituição e realidade”, oferecendo uma resposta não só para a necessidade de uma interpretação atualizadora da Constituição, como também para a racionalização do próprio papel desempenhado pela Corte Constitucional. A Corte há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional.

É de Kelsen a associação sistemática da jurisdição a um aspecto importante do conceito de democracia, que é a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias. A opção de Kelsen pelo modelo democrático está vinculada à concepção teórica do relativismo. O sistema democrático não se legitima pela verdade, mas sim pelo consenso.

O reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma consequência metodológica da abertura material da Constituição.

Enquanto órgão de composição de conflitos políticos, a Corte constitui-se em elemento fundamental de uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilização, indispensável ao próprio sistema democrático.

Inicialmente afirmava-se que a competência da Corte Constitucional limitava-se à apreciação de questões jurídico-constitucionais, sendo estranhas aos seus interesses a investigação de fatos ou de circunstâncias eminentes fáticas. Hoje não há como negar a “comunicação entre norma e fato” e constitui condição da própria interpretação constitucional.

Até no chamado controle abstrato de normas, não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Aprecia-se a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.

Daí a importância da ampla participação sobre os mais variados aspectos da controvérsia, com instrumentos de informação ampliados, por exemplo, com audiências públicas e memoriais (*briefs*) como fórmula procedimental que se constitui em excelente mecanismo de informação para a Corte Suprema.

Além disso, o texto da Constituição é o que mais se presta à interpretação, dado o caráter mais aberto de sua linguagem e mesmo da estrutura das normas constitucionais. Não é uma camisa-de-força, nem regula em minúcias os diversos assuntos com que se ocupa.

Ela quer preservar o essencial, o profundo, o que é mais importante, para exatamente deixar ao livre jogo das forças políticas o ir fazendo ou levando a cabo a evolução social.

A norma Constitucional enquanto norma positiva traz uma reaproximação entre o direito e a justiça, no dizer de Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. De Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed., Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 130-131).

Medida cautelar

Por regra, no processo cautelar em geral, a liminar é concedida sem oitiva da parte contrária, à luz dos princípios do *fumus boni juris* (plausibilidade jurídica da ação) e do *periculum in mora* (risco da demora), que devem exsurgir com clareza da petição inicial, a partir dos fundamentos jurídicos e fáticos necessárias para seu julgamento. Mas o legislador modificou esse procedimento exigindo que o Ministro da Suprema Corte só se pronuncie após manifestação, no prazo de 5 dias, dos órgãos ou autoridades de quem a lei ou ato normativo tiver emanado, com exceção em caso de urgência.

A medida cautelar é concedida apenas pela maioria absoluta dos membros do Tribunal, devendo estar presentes pelo menos oito dos Ministros que o compõem. No período de recesso do Tribunal (janeiro e julho), a possibilidade de concessão monocrática fica sujeita a confirmação do Tribunal nas primeiras sessões após o recesso.

Sendo impossível aguardar trâmites de audiência por grave lesão (irreparável ou de difícil reparação) à ordem jurídica, é que o legislador criou a exceção que, embora se referindo ao Tribunal, deve ser entendida como também para Ministro, quando de plantão (recesso), por representar o Tribunal, submentendo sua decisão à primeira sessão plenária, quando o Tribunal voltar a reunir-se.

A eficácia sendo *erga omnes* e o efeito vinculante para as instâncias inferiores, Executivo e Legislativo são motivadores da imposição legal de tal limite à concessão da liminar com efeitos absolutos. Consequência mais imediata - suspensão de todos os processos judiciais que tenham como objeto a aplicação da lei que teve sua vigência suspensa pela decisão cautelar.

A suspensão da eficácia da norma torna impossível a recuperação de qualquer efeito relativo àquele período, se vier a liminar a ser cassada (ex.: incidência tributária). Eventual restabelecimento futuro passará a valer *ex nunc*, a partir de seu restabelecimento.

O texto legal oferece a possibilidade de o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral se manifestarem no prazo de 3 dias, a critério do relator. O princípio geral é que os mesmos falem após a concessão ou negação da liminar em processo cautelar, podendo o Procurador-Geral sustentar oralmente sua posição legal na audiência de julgamento, quando o plenário examinar a questão.

Está prevista a permissão para sustentação oral (quinze minutos) aos representantes judiciais dos requerentes ou órgãos responsáveis pela expedição do ato. No regime anterior à lei, não era permitida sustentação oral nas medidas cautelares. Tal impedimento levava a visitas aos Ministros e à distribuição de memoriais. O objetivo é ofertar o maior número de elementos jurídicos à Corte, para melhor julgamento dos Ministros.

Atos a serem praticados após concessão de liminar

Na medida cautelar, a norma não perde a vigência, apenas a eficácia, até julgamento final. A publicação da decisão se dá no prazo de 10 dias, salvo determinação em contrário da própria Corte, por exemplo: imediata comunicação à autoridade por telegrama.

Tais decisões têm eficácia *erga omnes* desde sua comunicação à autoridade ou publicação no Diário Oficial (DO) e quase sempre seus efeitos se dão *ex nunc*. Para se dar eficácia *ex tunc*, atribuição de efeitos retroativos, o Tribunal deverá declarar tal eficácia.

Para o STF alterar a eficácia *ex nunc* para *ex tunc*, entende parte da doutrina que se pode dar a qualquer momento, em face de novos argumentos apresentados e de seu desconhecimento anterior sobre eles.

O restabelecimento de norma anterior à norma vigente que tenha sua eficácia suspensa não é caso de repristinação, mas o restabelecimento pela Corte de norma que não poderia ter sido revogada por um diploma suspeito de vício de inconstitucionalidade. Mas poderá o Tribunal suspender a eficácia da norma atual, sem restabelecer a norma anterior, por incompatível com o novo sistema, em caráter excepcional.

Antecipação da decisão definitiva

É permitido, a critério do relator, seja a decisão de mérito antecipada, sempre que haja pedido de medida cautelar, antes mesmo da sua concessão, por relevância da matéria e seu significado para a ordem social e a segurança jurídica, convertendo-se assim a cautelar em ação principal e julgado definitivamente o feito.

Pode, entretanto, ocorrer a não-aprovação da medida liminar, abreviando-se o procedimento. Nessa hipótese, o relator não convoca o Tribunal para julgar a liminar solicitada, mas apenas para julgar o mérito da ação, após as sucessivas manifestações dos órgãos e autoridades, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República.

Da ação declaratória de constitucionalidade

Legitimados

A Lei reproduziu os entes legitimados constitucionalmente para propor a ação declaratória de constitucionalidade – Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados e PGR.

Requisitos da petição

Só pode ser pretendida a declaração de constitucionalidade de atos normativos federais. Nos aspectos formais, os requisitos são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade. Para agir “*in concreto*”, é necessária a existência de controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma. Como afirma Celso Ribeiro Bastos (*Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 422) “o Supremo não exerce, pois, função consultiva, e, sim, jurisdicional. Seu pronunciamento depende de provocação da parte legitimada e da demonstração dos pressupostos (controvérsia) de admissibilidade da ação.”

A insegurança pode surgir de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição. A controvérsia doutrinária não é suficiente para objetivar o estado de incerteza apto a legitimar a propositura da ação, pois por si só não obsta a plena aplicação da lei.

A exigência de configuração de controvérsia judicial como pressuposto de admissibilidade não se deve resolver pela quantidade (dados estatísticos) de decisões contrárias, mas também com base em dados concretos (não em simples disputa teórica) de controvérsia jurídica pela generalidade de medidas judiciais contra dada lei, uma vez que nulifica completamente a presunção de constitucionalidade do ato normativo, colocando em xeque a eficácia da decisão legislativa.

Do procedimento

O *iter* procedimental é simplificado, prevista apenas a manifestação do PGR no prazo de 15 dias. No mais, é semelhante ao procedimento da ADIn.

Está previsto o pronunciamento do PGR (15 dias) e a requisição de informações adicionais, designação de peritos e realização de audiência pública para oitiva de pessoas com experiência sobre a matéria, além da solicitação de informações aos Tribunais. A lei tratou assim de assegurar a ampla defesa e possibilitando o “contraditório”, fazendo desaparecer o maior obstáculo constitucional levantado pela doutrina.

Medida cautelar

A medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade é deferida por decisão da maioria absoluta e objetiva paralisar o julgamento em instâncias inferiores, dos processos que envolvem a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação, até seu julgamento definitivo (serão ou não extintos só após a decisão final na respectiva ação). A cautelar tem eficácia por cento e oitenta dias.

Os efeitos práticos das ações diretas de inconstitucionalidade são diferentes dos das ações declaratórias de constitucionalidade. Nas ações diretas, concedida a liminar,

fica suspensa a eficácia, só se afastando definitivamente quando a decisão de mérito der procedência; nas ações declaratórias, a cautelar impõe a suspensão de todos os processos que versem sobre a matéria nas instâncias inferiores.

Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade atua sobre a eficácia, a declaratória torna a eficácia de impossível apreciação pelos demais magistrados (pois a liminar implica a suspensão do julgamento de todos os processos).

O objeto da tutela constitucional é a certeza e a segurança jurídica. Sendo a certeza elemento essencial à norma jurídica, lei ou ato normativo incerto conduz a situação contrária ao direito, o que impõe todo esforço no sentido de sua superação; um direito incerto é também um direito injusto, pois não é capaz de assegurar a fatos futuros tratamento igual.

No prazo de 10 dias deverá ser publicada no DO a parte dispositiva da decisão concessiva da liminar. Esse prazo pode ser abreviado e até por telegrama serem comunicados os presidentes dos Tribunais Regionais Federais e demais juízes federais do teor da decisão.

O prazo é de 180 dias para julgamento, sob pena de perda da eficácia. Este prazo poderá vir a ser ultrapassado em razão do acúmulo de trabalho, dando-se a interpretação que se tem dado à eficácia de 120 dias atribuída pela lei às liminares em mandado de segurança, cuja prorrogação além do prazo tem sido uma constante, a critério do próprio magistrado (a Suprema Corte não retirará a eficácia às suas próprias decisões, por força de um prazo de impossível cumprimento). Todavia, os prazos de manifestações dos interessados e nomeados pela lei são preclusivos e devem ser obedecidos.

Das decisões na ADIn e na Adecon

O julgamento da ADIn e da ADC será efetuado se presentes na sessão pelo menos oito Ministros, proclamando-se a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo questionado se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis. Será suspenso o julgamento não havendo maioria necessária à deliberação.

A declaração de inconstitucionalidade poderá ser total ou parcial:

- a) total – por defeitos formais, não havendo a possibilidade de divisão da lei em partes válidas e inválidas. (ex.: Rp 1.318, Rp 1.478, Rp 1.433); quando o Poder Legislativo (PL) invade âmbito de iniciativa de outro órgão ou poder (ex.: Rp 1.304); em virtude de dependência unilateral ou recíproca (o dispositivo não pode subsistir sem a parte considerada inconstitucional);
- b) parcial – deve ser investigada a relação de dependência (unilateral ou recíproca) e também a possibilidade de intervenção no âmbito da vontade do legislador - dimensão e significado da intervenção que resulta da declaração de nulidade.

A decisão pode não cassar uma lei, pois poderá ser aplicada integralmente, no exercício financeiro seguinte (ex.: caso de criação de determinados impostos) ou no caso de aplicação da correção monetária a partir de certa data.

O STF adotou a técnica da “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto” (ADIn 491 – medida liminar e ADIn 989) e mais recentemente reconheceu a possibilidade de “explicitação, no campo da liminar, do alcance de dispositivos de uma certa lei, sem afastamento da eficácia no que se mostra consentânea com a CF” (ADIn 1.045/94).

A “interpretação conforme a Constituição” ocorre no caso de duas interpretações possíveis da lei, havendo de se preferir aquela que se revele mais compatível. O resultado da interpretação normalmente é incorporado de forma resumida na parte dispositiva da decisão. Além de excluir outras possibilidades de interpretação, a decisão pode preencher lacunas no ato normativo a ser julgado com base em premissas extraídas diretamente da CF.

O legislador fez uma opção pela separação das figuras da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto da interpretação conforme a Constituição e também como técnica de decisão no âmbito da jurisprudência do STF. A equiparação é até possível no controle abstrato de normas pela proximidade do resultado prático, mas inadequada na esfera da jurisdição ordinária, cujas decisões não são dotadas de força vinculante geral.

Uma lei pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, enquanto as circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária (caso de lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública, que ainda não tinha estrutura para atuar em posição de igualdade com o MP – HC 70.514/94; RE Crim 147.776-8). Na jurisdição constitucional ortodoxa, há uma visão de inflexível estreiteza da alternativa no dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*.

A implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo que possibilita a realização da norma da Constituição, mesmo que teoricamente não se trate de preceito de eficácia limitada, subordinado-se a alterações da realidade que a viabilizem.

A Corte brasileira vem flexibilizando as técnicas de decisão no controle de constitucionalidade e, em paralelo à declaração de inconstitucionalidade, vem reconhecendo um estado imperfeito, que não permite a declaração de ilegitimidade da lei.

Efeitos das decisões

A comunicação à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato é obrigatória, independente do resultado do julgamento.

Visando a segurança jurídica e a economia processual, a lei estabeleceu a irrecorribilidade e a não rescindibilidade da decisão proferida na ADIn e na ADC.

Na doutrina tradicional, é caracterizado o dogma da nulidade da lei inconstitucional no direito brasileiro, com base na antiga doutrina americana (equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade).

Na jurisprudência do STF, com base na doutrina de Kelsen, há uma preferência pela teoria da anulabilidade em vez da nulidade – a declaração de inconstitucionalidade teria caráter constitutivo. Assim como o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, também o Tribunal poderia reconhecer eficácia à lei aplicada (presunção de validade) por determinado período, principalmente nas relações jurídicas entre os particulares e o Poder Público e também nos casos de quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé.

Na assembléia constituinte de 1986-88, foi proposta a possibilidade do STF declarar a inconstitucionalidade com eficácia desde a publicação ou *ex tunc*, mas o projeto foi rejeitado e prevaleceu o princípio da supremacia que não se coaduna com o reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional. Além disso, o mandado de injunção permite afirmar que os direitos subjetivos constitucionalmente assegurados vinculam os órgãos estatais. Também a possibilidade de qualquer juiz ou Tribunal deixar de aplicar lei inconstitucional a determinado processo e a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional pressupõem a nulidade da lei inconstitucional.

O legislador, em paralelo à ortodoxa declaração de nulidade, reconheceu a possibilidade de o STF, em casos excepcionais – segurança jurídica ou excepcional interesse social - por decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* (para o futuro) nos casos em que a nulidade seja inadequada ou em que a lacuna resultante da nulidade promova uma situação mais afastada da vontade constitucional (ex.: na ADIn 526 que propunha aumento ao funcionalismo em desacordo com o art. 37, X).

Segundo Jorge Miranda, “A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.” (*Manual de Direito Constitucional*, 3. ed., Coimbra, 1991, t. 2, p. 500). Afirma o autor que um resultado injusto ou duvidoso é um resultado juridicamente errado.

Além dessa previsão na Constituição Portuguesa (art. 282, § 4º), a Suprema Corte Americana, após a Grande Depressão, admite a necessidade de se estabelecerem limites

à declaração de inconstitucionalidade, entendendo que a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo. A Corte Constitucional Espanhola também vem adotando desde 1989 a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade.

Segundo a doutrina clássica (a partir de Marshall), sendo o ato inconstitucional nulo, a decisão que assim o reconhece é declaratória. Para a doutrina Kelseniana, o ato inconstitucional é anulável e a decisão tem caráter desconstitutivo (ou constitutivo-negativo). Para Canotilho (op. cit., p. 970), o ato normativo é absolutamente nulo no regime típico do controle difuso e o órgão de controle limita-se a reconhecer declarativamente a sua nulidade. Já no sistema de controle concentrado a regra geral é a decisão de inconstitucionalidade atribuir um efeito constitutivo, ou seja, anula um ato normativo que é considerado válido e eficaz até à decisão.

Ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, a possibilidade do Supremo, em casos excepcionais e mediante decisão da maioria qualificada, estabelecer limites aos efeitos de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *ex tunc*, estará evitando o surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, que considera a norma inconstitucional anulável, cuja sentença de inconstitucionalidade é declaratória do tipo constitutiva, adverte que “radicalismos em relação aos efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* da sentença de inconstitucionalidade devem ser abandonados para que haja uma visão mais realista do problema” (*Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 278).

No que diz respeito às decisões na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o STF se pronunciou quanto à omissão pela primeira vez em 1989 (MI 107).

A omissão do legislador tanto pode ser absoluta como parcial. Tanto a decisão proferida no processo de controle abstrato da omissão como a que reconhece a inconstitucionalidade da omissão no mandado de injunção têm eficácia mandamental – exige a edição de ato normativo por parte do Poder Público.

A diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão é que o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos, pressupondo a configuração de um interesse jurídico e o processo de controle abstrato da omissão, como processo objetivo, pode ser instaurado sem a existência de um interesse jurídico específico.

Segurança e estabilidade das decisões

As decisões declaratórias de constitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os órgãos do PE e do PJ. A eficácia geral obsta que a questão seja submetida uma vez mais ao STF, não se tendo uma mudança qualitativa da situação jurídica.

Se se considera que o direito e a própria Constituição estão sujeitos a mutação, então uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional, tendo que se admitir a possibilidade da questão já decidida poder ser submetida à Corte Constitucional em ação direta ou em ação declaratória de constitucionalidade – casos de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes (o STF reconhece a possibilidade de alteração da coisa julgada provocada por mudanças nas circunstâncias fáticas – RE 105.012-8).

Como a validade da lei não depende da declaração judicial, não fica o legislador impedido de alterar ou revogar essa norma. A declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao do texto anterior censurado (ADIn 907).

Declarada a inconstitucionalidade de uma norma na ADC, é imediata sua eliminação do ordenamento jurídico, a menos que por fundamento específico o Tribunal restrinja os efeitos da declaração.

Apesar do ato fundado em lei inconstitucional estar eivado de ilicitude, concede-se proteção ao ato singular, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo e no plano do ato singular mediante a utilização das fórmulas de preclusão.

Distingue-se nitidamente a eficácia geral do efeito vinculante. Este, consagrado na EC 3/93, está estritamente vinculado ao modelo germânico, sendo legítimo recorrer à literatura alemã para explicitar o instituto. Tem por objeto outorgar maior eficácia às decisões proferidas pela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos fundamentos ou motivos determinantes (obriga a observação da interpretação que o Tribunal conferiu à Constituição, consequência também para as normas paralelas. Ex.: inconstitucionalidade de lei de um Estado ficaria impedida norma de conteúdo semelhante de outro Estado).

Parte da doutrina entende que tal como a coisa julgada, o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva da decisão. A limitação de efeito vinculante à parte dispositiva da decisão pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei. Tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. O efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte. Tal como a coisa julgada, o efeito vinculante refere-se ao momento da decisão; alterações posteriores não são alcançadas.

A expressa referência legal “aos demais órgãos do Poder Judiciário”, leva a entender que o STF estaria excluído do efeito vinculante.

O desrespeito pelas autoridades administrativas ou por magistrado caracteriza grave violação de dever funcional. No caso dos órgãos do PJ, legitima a propositura de reclamação por inequívoca lesão à autoridade de seu julgado (art. 102, I, I).

Aceita a idéia de que a ação declaratória configura uma ADIn com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, há de se admitir que a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade tenha os mesmos efeitos da ADC.

Questões procedimentais (art. 482 do CPC)

O MP e as pessoas jurídicas de Direito Público responsáveis pela edição do ato questionado e os titulares do direito de propositura têm o direito de apresentar memoriais ou pedir juntada de documentos.

A decisão do plenário é irrecorrível, vinculando o órgão fracionário no caso concreto. Publicado o acórdão, reinicia-se o julgamento da questão concreta perante o órgão fracionário. A aplicação do art. 97 obriga a juntada do acórdão proferido no Pleno.

A Lei 9.756/98 introduziu o parágrafo único ao art. 481 do CPC: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando houver pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão”, traz a orientação jurisprudencial que passa a equiparar os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. (“a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, elide a presunção de sua constitucionalidade.” - R.E. 191.898/97).

O sistema de fiscalização incidental de constitucionalidade acha-se regido no âmbito do STF pelo seu RI (arts. 176/177 e 101), que foi recebido pelo novo ordenamento constitucional, com força normativa de lei. Nos demais Tribunais Judiciários, o controle de constitucionalidade pelo sistema difuso está disciplinado pelos arts. 480 a 482 do CPC.

O DF e o controle abstrato de normas (alteração da Lei 8.185/91)

Como o Tribunal de Justiça do DF é um órgão federal, compete à União sua organização (art. 21, XIII). Ao disciplinar a ação direta de inconstitucionalidade no âmbito do DF, o legislador ordinário federal concretizou o propósito do constituinte na formulação de um modelo de duplo controle do direito estadual e de necessidade de controle abstrato do direito de caráter municipal, uma vez que o texto constitucional não cuidou diretamente do tema.

Tal solução é compatível com o sistema constitucional brasileiro, que reconhece o processo abstrato de normas como instrumento regular de controle de constitucionalidade também no âmbito das unidades federadas.

6. Conclusão

No Brasil, o controle de constitucionalidade dos atos normativos foi instituído pela primeira Constituição Republicana, de 1891, adotando-se o sistema jurisdicional, inicialmente de forma difusa, que passou a conviver com o modelo concentrado.

A atual Constituição aperfeiçoou o controle de constitucionalidade, que tem-se tornado complexo na medida em que o sistema sofre o impacto dos novos instrumentos criados para efetivar esse controle. Além do controle incidental e das ações diretas de inconstitucionalidade, de inconstitucionalidade por omissão, da arguição de descumprimento de preceito fundamental, previstos na Constituição de 88, a EC 03/93, criou a ação declaratória de constitucionalidade.

Mas não basta que a legislação infraconstitucional regule o processo de julgamento perante o STF desses instrumentos para a eficácia do controle, senão que seja processado com agilidade, o que não vem sendo desenvolvido a contento dada a sobrecarga das tarefas do STF. Melhor seria para tal que esse tribunal tivesse apenas a competência de guardião da Constituição.

Além das modalidades de inconstitucionalidade por ação, a Carta Política contempla a inconstitucionalidade por omissão, na inércia do Administrador ou Poder Constituído, ao não produzir o preceito requerido, no tocante às normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, ressaltando-se o Mandado de Injunção, inspirado em instituto lusitano, mas que reúne características singulares. A ausência de norma regulamentadora desse instituto tem gerado controvérsias, especialmente da finalidade, mas que alimentam seu aperfeiçoamento no sistema.

No que diz respeito aos efeitos dos atos normativos tidos por inconstitucionais pelo STF, além do efeito vinculante o ato inconstitucional, pode não ser tido como nulo *ex tunc* mas para o futuro, o que permite que seja tolerado por algum tempo por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Mas esta situação traz o risco de politização do controle em razão de que venha a desconstituir o ato a partir de quando a Corte julgar oportuno e conveniente.

A decisão de inconstitucionalidade ou constitucionalidade simplesmente anula o ato normativo, determinando o alcance, no tempo, das decisões que realizam a fiscalização abstrata da constitucionalidade.

As formas de participação na busca por uma interpretação voltada ao atendimento do interesse público e do bem-estar geral foram ampliadas, para que o juiz constitucional não o faça de forma isolada e ofereça uma releitura da Constituição e realidade, desempenhando um papel intermediário de estabilização entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional, o que se traduz no reconhecimento da pluralidade e complexidade da interpretação constitucional e na necessária abertura, desembocando numa reaproximação entre o direito e a justiça.

A implantação da ordem constitucional não é um fato instantâneo, senão um processo que possibilita a realização da Constituição, ajustando-se à alteração da realidade que a viabiliza. A Corte brasileira vem flexibilizando as técnicas no controle de

constitucionalidade buscando alcançar essa realização, que resulta no fortalecimento do controle e defesa da Constituição.