



FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

O MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL**

João Marcelo Rego Magalhães

Fortaleza - CE
Agosto, 2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JOÃO MARCELO REGO MAGALHÃES

**O MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE**

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL**

Dissertação submetida à Coordenação do
Curso de Mestrado em Direito Constitucional
da Universidade de Fortaleza – UNIFOR,
como requisito parcial para obtenção do
título de Mestre em Direito.

Fortaleza - CE
Agosto, 2007

UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO / MESTRADO EM
DIREITO CONSTITUCIONAL

DISSERTAÇÃO

O MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE:

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

de

João Marcelo Rego Magalhães

Dissertação aprovada em 06/08/2007.

Nota 9,50 (nove e meio)

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Paulo Antonio de Menezes Albuquerque – (orientador) – Dr.
Universidade de Fortaleza – UNIFOR**

**Prof. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima – (examinador) – Dr.
Universidade de Fortaleza – UNIFOR**

**Prof. Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz – (examinador) – Dr.
Universidade Federal do Ceará – UFC**

À Aline, por tanto amor, incentivo, carinho e compreensão.
Esta realização também lhe pertence.

AGRADECIMENTOS

A meus pais e família, pela compreensão da ausência em virtude dos estudos.

Ao meu orientador, pelas lições acadêmicas e pelos conselhos de tutor.

Aos colegas de Curso, por 2 anos de feliz e prazerosa convivência.

RESUMO

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade – considerações sobre o papel da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. João Marcelo Rego Magalhães. Fortaleza – Universidade de Fortaleza. Dissertação de Mestrado. 2007. 202 páginas. Este trabalho constitui dissertação acadêmica, exigência final para conclusão do curso de Mestrado e obtenção do título de Mestre em Direito. O estudo visa analisar o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade e então propor, através de uma reformulação na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma via de acesso direto do cidadão ao Supremo Tribunal Federal. O estudo se desenvolve por 7 (sete) capítulos e 25 (vinte e cinco) tópicos. O capítulo inicial apresenta uma indispensável diferenciação histórica e conceitual entre os modelos de controle judicial de constitucionalidade que deram origem ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. O capítulo dois analisa algumas Cortes Constitucionais européias, com ênfase na influência que exerceram na jurisdição constitucional brasileira. No capítulo três são apresentados institutos do Direito estrangeiro que permitem o acesso individual à jurisdição constitucional. O capítulo quatro trata do desenvolvimento histórico do controle da constitucionalidade através das Constituições brasileiras. O capítulo cinco apresenta o atual estágio de nosso modelo, levando em contas as relevantes alterações trazidas por emendas constitucionais. O capítulo seis encerra uma análise de determinados problemas que afetam o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. No sétimo e último capítulo será desenvolvida a proposta de uma reformulação para a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, na intenção de conceder ao nosso ordenamento jurídico um mecanismo de controle da constitucionalidade ao mesmo tempo concreto e concentrado.

PALAVRAS-CHAVES: Controle. Concentrado. Constitucionalidade. Preceito. Fundamental.

ABSTRACT

The Brazilian model of constitutionality control – contemplations about the injunction of disrespect of fundamental rules. João Marcelo Rego Magalhães. Fortaleza – Universidade de Fortaleza. Dissertation of Master’s degree. 2007. 202 pages. This work constitutes academic dissertation, final requirement for conclusion of the course of Master’s degree and to obtain the Master’s degree in Law. The study it aims at to analyze the Brazilian model of constitutionality control and then to consider, through a rebuild in the Challenge of injunction of disrespect of fundamental rules, a way of direct access of the citizen to the Supreme Federal Court. The study if it develops for 7 (seven) chapters and 25 (twenty and five) topical ones. The initial chapter presents an indispensable historical differentiation and conceptual it enters the models of judicial control of constitutionality that had given origin to the Brazilian model of constitutionality control. Chapter two analyzes some Europeans Constitutional Courts, with emphasis in the influence that had exerted in the Brazilian constitutional jurisdiction. In chapter three are presents some creations of the Foreign law are presented that allow the individual access to the constitutional jurisdiction. Chapter four deals with the historical development of the control of the constitutionality through the Brazilian Constitutions. Chapter five presents the current period of training of our model, leading in accounts the excellent alterations brought for constitutional reforms. Chapter six locks up an analysis of definitive problems that affect the Brazilian model of constitutionality control. In the seventh and last chapter it will be developed the proposal of a rebuild for the Challenge of injunction of disrespect of fundamental rules, in the intention to grant to our legal system a mechanism of control of the constitutionality at the same time concrete and concentrated.

KEYWORDS: Control. Concentrated. Constitutionality. Rule. Fundamental.

ABREVIATURAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADInO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag – Agravo
AgR – Agravo Regimental
CF – Constituição Federal
CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas
CPC – Código de Processo Civil
DJ – Diário de Justiça da União
EC – Emenda Constitucional
MC – Medida Cautelar
MI – Mandado de Injunção
MP – Medida Provisória
MS – Mandado de Segurança
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
PL – Projeto de Lei
QO – Questão de Ordem
Rcl - Reclamação
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal
TSE – Tribunal Superior Eleitoral
TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	15
1.1 Classificações mais relevantes das formas de controle de constitucionalidade.....	16
1.1.1 A dicotomia entre o controle político e o jurídico	16
1.1.2 Controle difuso x controle concentrado.....	17
1.1.3 Controle concreto (subjetivo) x controle abstrato (objetivo).....	19
1.2 As matrizes históricas do controle de constitucionalidade: o <i>judicial review</i> americano e o controle concentrado austríaco.....	20
1.2.1 O modelo americano – judicial review of legislation.....	20
1.2.2 O modelo austríaco – berço do controle concentrado da constitucionalidade.....	26
2 INFLUÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DA ALEMANHA, PORTUGAL E ESPANHA NO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	33
2.1 O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	33
2.2 O Tribunal Constitucional de Portugal.....	37
2.3 O Tribunal Constitucional da Espanha.....	40
3 OS SIMILARES DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO DIREITO COMPARADO – O RECURSO CONSTITUCIONAL AUSTRIACO, O RECURSO CONSTITUCIONAL ALEMÃO E O RECURSO DE AMPARO ESPANHOL	43
3.1 O recurso constitucional austríaco	43
3.2 O recurso constitucional alemão	45
3.3 O recurso de amparo espanhol.....	49
4 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	53
4.1 Constituição de 1824.....	53
4.2 Constituição de 1891	54
4.3 Constituição de 1934.....	57

4.4 Constituição de 1937	60
4.5 Constituição de 1946	61
4.6 Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº. 1/69	64
5 A CARTA DE 1988 E O “MODELO BRASILEIRO” DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	67
5.1 O tradicional controle difuso na presente Constituição e suas recentes alterações	67
5.2 Tipologia das ações características do modelo de controle concentrado de constitucionalidade.....	80
5.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	81
5.2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade	86
5.2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	88
6 DEFICIÊNCIAS DO “MODELO BRASILEIRO” DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	94
6.1 A “crise” do Recurso Extraordinário	94
6.2 Situações relevantes não alcançadas pelos mecanismos de controle concentrado.....	98
6.3 Dificuldades acerca da legitimidade das entidades de classe para o manejo da Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	100
6.4 O <i>amicus curiae</i> e sua pouca utilidade na concretização da participação popular.....	112
6.5 O Mandado de Injunção e a posição não concretista adotada pelo Supremo Tribunal Federal.....	114
7 POSSIBILIDADE DE UMA AMPLIAÇÃO DEMOCRÁTICA DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: SEU MANEJO PELO CIDADÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	118
7.1 Natureza processual da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental	118
7.2 A inutilidade prática da Argüição “incidental”.....	120

7.3 O conceito da expressão “preceitos fundamentais” e sua delimitação no texto da Constituição Federal de 1988	129
7.4 Proposta de reformulação – a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental “popular”	139
7.4.1 O necessário rigor quanto à admissibilidade	139
7.4.2 Objeto restrito aos atos do Poder Público Federal, incluídos os pré-constitucionais	142
7.4.3 Ocorrência de uma lesão concreta e não simples ameaça	144
7.4.4 Repercussão geral (ou interesse individual transcendente ou relevância jurídica, política, social e econômica da questão).....	145
7.4.5 Subsidiariedade	149
7.4.6 Potencialidades político-constitucionais de uma Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental popular	151
CONCLUSÃO.....	155
REFERÊNCIAS	176
ANEXO A – Mensagem de Veto n.º 1.807, de 3 de dezembro de 1999.	182
ANEXO B – Quadros comparativos.....	186

INTRODUÇÃO

Desde o surgimento do constitucionalismo como técnica jurídica de garantia das liberdades durante o processo de independência americana em fins do século XVIII, a crescente importância da Constituição escrita como documento principal da imensa maioria dos sistemas jurídicos do Ocidente tem sido indiscutível. A necessidade de controle dessa supremacia foi o passo seguinte, estando as atenções e estudos dos grandes doutrinadores concentradas basicamente em dois sistemas, o americano e o austríaco, desenvolvidos a partir de ideologias e momentos históricos bem diversos.

Por questões didáticas, pode-se mesmo dizer que o controle da constitucionalidade apenas conhece esses dois sistemas¹, inobstante muitos países tenham adotado sistemas “mistos”, que combinam determinadas características de um e de outro.

A análise do sistema americano (ou difuso) e do sistema austríaco (ou concentrado) é o ponto de partida obrigatório de qualquer proposta de mudança em nossa jurisdição constitucional, visto que o Brasil acabou por adotar uma mescla dos dois sistemas, criando por assim dizer um “modelo brasileiro”. A combinação engendrada por nossa doutrina e Jurisprudência, mormente após o advento da Constituição atual, no entanto, acabou por abranger a quase totalidade das situações ofensivas à supremacia do Texto Maior, especialmente no que se refere ao exame da lei em tese.

Daí que seja oportuno analisar as diferenças entre o sistema americano e o sistema austríaco, de modo a tornar mais claras as possibilidades de nosso “modelo” de justiça constitucional, sem embargo de serem expostas também as limitações (ou melhor dizendo, as

¹ Aqui estamos nos referindo à classificação que divide o controle de constitucionalidade em político e jurisdicional (ou judicial), sendo esse último composto basicamente pelos sistemas americano – de controle difuso e concreto da constitucionalidade – e austríaco (ou europeu, como preferem alguns autores) – de controle concentrado e abstrato da constitucionalidade –, deixando de levar em consideração os sistemas ou “modelos” chamados – apropriadamente, diga-se de passagem – de “mistos”, dentre os quais se inclui o “modelo” brasileiro.

Ver, a respeito das mais relevantes classificações sobre os sistemas de controle de constitucionalidade, o item 1.1.

deficiências) do modelo brasileiro², dentre elas a inexistência de um mecanismo de controle de constitucionalidade para o caso concreto que chegue imediatamente ao Supremo Tribunal Federal por iniciativa do particular interessado, ou, dito de outra forma, a inexistência de uma fiscalização concreta e concentrada da constitucionalidade cuja legitimidade seja conferida de forma direta ao cidadão comum³.

Certo que não seria razoável imaginar um sistema perfeito, mas centrado no que toca particularmente à inexistência de uma efetiva (e democrática) fiscalização concreta e concentrada, o presente trabalho tentará desenvolver uma solução: a possibilidade de o cidadão ter uma demanda diretamente apreciada pelo órgão responsável pelo controle final da constitucionalidade em nosso ordenamento, o Supremo Tribunal Federal.

É com fundamento no “vácuo” antes mencionado – a inexistência de uma efetiva fiscalização concreta e concentrada em nosso sistema de controle de constitucionalidade, cuja legitimidade seria franqueada ao cidadão comum – que a presente dissertação desenvolverá a

² Capítulo específico deste trabalho tratará das deficiências do modelo brasileiro.

³ Em nosso ordenamento constitucional há previsão de controle concreto e concentrado realizado através da representação interventiva, descrita nos arts. 34 a 36, porém, seu objeto restrito aos princípios sensíveis e suas particularíssimas características acabam tornando-a inviável para a realização dos propósitos deste trabalho. A ADPF também pode realizar um controle concreto e concentrado, mas como veremos adiante, um veto presidencial retirou-lhe a legitimidade popular. Também em tempo oportuno teceremos considerações sobre o Mandado de Injunção, que apesar de encarregado pela Constituição de levar diretamente ao STF a omissão legislativa lesiva aos direitos e liberdades quando tal omissão provier das mais importantes autoridades e órgãos constitucionais (art. 102, I, *q*), acabou por tornar-se medida sem qualquer eficácia prática devido a um rigoroso posicionamento do Supremo. Inobstante a grande maioria das omissões inconstitucionais permita a impetração do Mandado de Injunção diretamente ao Supremo, este não se constitui em uma via de controle concreto e concentrado, sendo correto admitir que realize sim o controle concreto, mas de uma forma limitada a determinados tribunais e não de forma concentrada perante o STF. Raciocínio semelhante deve ser aplicado ao Mandado de Segurança, ao *Habeas Corpus* e ao *Habeas Data* na hipótese do art. 102, I, *d* da Constituição, pois, mesmo que neste caso o STF esteja realizando um controle concreto de constitucionalidade, sua competência originária não se dá por este motivo, mas pela relevância constitucional das autoridades envolvidas. O fato de tais ações – Mandado de Segurança, *Habeas Corpus* e *Habeas Data* – serem eventualmente da competência originária do Supremo não as transforma em vias de controle concentrado, sendo correto admitir que possam realizar sim o controle concreto perante uma imensa gama de órgãos judiciais, inclusive perante a Corte Maior, mas neste caso não se converterão em via de controle concentrado. Deixe-se assentado que não se pode confundir competência originária com controle concentrado de constitucionalidade, pois o controle concentrado – apesar de ser necessariamente de competência exclusiva, portanto originária, do Tribunal de cúpula do ordenamento jurídico – deve ser provocado por ações especialmente destinadas a trazer controvérsia constitucional diretamente a este Tribunal Maior (e apenas a ele cabendo conhecer de tais ações) em virtude de uma ameaça normalmente – mas nem sempre – abstrata (inconstitucionalidade em tese). Em outras palavras, todo controle concentrado é de competência originária do órgão de cúpula, mas nem toda competência originária deste órgão será um controle concentrado de constitucionalidade.

proposta de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) “popular”. Neste contexto, apresenta-se uma indispensável diferenciação histórica e conceitual entre os dois modelos de controle judicial de constitucionalidade (o vigente nos Estados Unidos desde o século XIX e o desenvolvido na Áustria durante a década de 1920), os quais foram (e ainda são) as fontes do “modelo” brasileiro de controle de constitucionalidade. Algumas Cortes Constitucionais européias serão rapidamente analisadas, com ênfase na influência que exerceram. No capítulo 3, apresentar-se-ão três relevantes experiências do Direito comparado no que diz respeito ao acesso individual à jurisdição constitucional: o recurso constitucional austríaco, o recurso constitucional alemão e o recurso de amparo espanhol.

Em seguida, apresenta-se o desenvolvimento histórico do “modelo brasileiro” de controle da constitucionalidade através de nossas várias Constituições, desde a Carta do Império até a “Constituição Cidadã” de 1988, atual estágio de nosso modelo, levando em contas as relevantes alterações trazidas pelas Emendas 3/93 e 45/04. Nesta ocasião discorre-se sobre as linhas gerais do controle difuso e das ações destinadas ao controle concentrado. Quanto a estas, ressalte-se, a intenção foi demonstrar as funções gerais que exercem no modelo de controle de constitucionalidade atualmente vigente no Brasil, sem a preocupação de realizar-se uma análise detalhada, que não seria pertinente à proposta de trabalho adotada.

No capítulo 6 será feita uma análise de determinados problemas que afetam o “modelo brasileiro”, de modo a preparar o terreno para a proposta de alteração na legitimidade ativa da ADPF. Esta tentativa será efetuada no capítulo 7, onde serão traçadas as linhas de uma reformulação para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, na intenção de conceder ao nosso ordenamento um mecanismo de controle da constitucionalidade ao mesmo tempo concreto e concentrado. Seria permitido a um cidadão, diante de uma situação fática, dirigir-se diretamente ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que este possa coibir desrespeito a um preceito fundamental de nossa Constituição que estaria sendo violado pelo poder público.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A defesa de uma Constituição passa, fundamentalmente, pelo controle da constitucionalidade dos atos do poder público, além da proteção aos princípios fundamentais, às formas de Estado e de Governo e – o que tende a ser o item mais relevante do conjunto – à garantia dos direitos individuais e coletivos. A lição do professor italiano Mauro Cappelletti sobre essa distinção nos parece irretocável:

Na verdade, parece oportuno precisar, desde agora, que o tema do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada ‘justiça constitucional’, e, não obstante, um dos aspectos certamente mais importantes... Todas estas manifestações da ‘justiça constitucional’ podem, de certo, reduzir-se a unidade, pelo menos, sob o seu aspecto funcional: a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional. No entanto, é indubitável a profunda diferença estrutural que intercorre entre aquelas várias manifestações pelo que bem se pode justificar uma exposição limitada a apenas uma delas – limitada, particularmente, àquela que de todas é provavelmente a mais importante, ou seja, o controle judicial sobre a legitimidade constitucional das leis.⁴

Na imensa maioria das vezes utiliza-se do controle de constitucionalidade não como um fim em si, mas como ferramenta para salvaguarda da federação, dos direitos fundamentais e dos demais itens, cuja proteção é a razão de ser da jurisdição constitucional. Em virtude desta relevância, ao falar-se em controle de constitucionalidade deverá estar bem claro o que virá a ser o objeto e o que virá a ser o parâmetro do controle.

Objeto é todo ato que tenha densidade normativa suficiente para impor condutas aos cidadãos, e cujo descumprimento denote afronta direta e inaceitável àquilo que se tem como parâmetro, ou seja, aquilo que se deseja manter protegido e intacto. Dito de outra forma, o parâmetro é a norma que precisa ter sua integridade mantida, não sendo aceitável sua violação pelo objeto.

Cada ordenamento jurídico que pratica o controle de constitucionalidade pode determinar aquilo que mais lhe convém como objeto, mas é praticamente inevitável que o

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 23-26.

parâmetro seja sempre a Constituição, quer em sua totalidade, quer suas disposições fundamentais.

As idéias acerca de que forma esse parâmetro seria defendido resultaram nas mais aceitas e difundidas classificações acerca do controle de constitucionalidade.

1.1 Classificações mais relevantes das formas de controle de constitucionalidade

1.1.1 A dicotomia entre o controle político e o jurídico

Uma classificação amplamente aceita descreve quatro modelos de controle de constitucionalidade⁵: O modelo inglês, de ausência de fiscalização judicial da constitucionalidade e supremacia absoluta do Parlamento; o modelo francês, de controle estritamente político e preventivo, exercido por um Conselho estranho aos outros poderes; o modelo americano, de controle exercido por todos os juízes e tribunais, onde a análise recai sobre o caso concreto; e o modelo austríaco, onde a fiscalização é concentrada em um Tribunal Constitucional, que não faz parte do Judiciário, sendo composto por juízes e juristas, estando encarregado de analisar os temas sob as óticas jurídica e política, sendo normalmente provocado por uma ação que visa discutir a inconstitucionalidade em tese de uma lei ou ato normativo.

Essa classificação, no entanto, é insuficiente. Antes de qualquer coisa faz-se necessário afastar do debate o modelo inglês, que a rigor não é um sistema de controle de constitucionalidade, para em seguida dividir os demais sistemas de controle de constitucionalidade em político e jurisdicional (ou judicial).

O modelo francês utiliza-se do controle político, eminentemente preventivo, cabendo-lhe avaliar os motivos e a conveniência que levaram à criação de determinada lei, sendo

⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin *apud* BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 42.

efetivado por um órgão absolutamente estranho ao Poder Judiciário. Tal modelo também não será objeto de desenvolvimento.

Já no controle judicial a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis e atos normativos é atribuída a todos os juízes e tribunais, ou então centralizada em um órgão único, que, fazendo uso de critérios jurídicos, decide com força definitiva⁶.

Os modelos americano e austríaco de controle judicial de constitucionalidade acabaram por se combinar formando novos sistemas. Daí a necessidade de mencionarmos também duas novas classificações. A importância destas classificações não está somente na larga aceitação, mas principalmente porque se fundam nos critérios diferenciadores dos sistemas americano e austríaco: o critério da abrangência do controle (ou critério do órgão judicial que pode realizar o controle) e o critério do objeto de controle (ou critério da forma de controle).

Usando o critério da abrangência do controle (ou do órgão judicial encarregado de exercer o controle), temos de um lado o controle difuso e, de outro, o controle concentrado; usando o critério do objeto do controle (ou da forma de realizar o controle) temos, de um lado, a fiscalização concreta (ou incidental ou subjetiva) e, de outro, a fiscalização abstrata (ou principal ou objetiva).

1.1.2 Controle difuso x controle concentrado

O controle de constitucionalidade é difuso se todos os órgãos jurisdicionais tiverem competência para analisar a compatibilidade de determinada norma com a Constituição ao apreciarem demanda posta a seu julgamento. O controle de constitucionalidade é, assim, compreendido como um consectário da função jurisdicional, refletindo-se no poder-dever de recusa à aplicação de uma lei para a solução da ação ajuizada, caso a norma positivada pela legislação ordinária seja contrária à Constituição.

Neste tipo de controle, reconhece-se todo o corpo formador do Poder Judiciário como apto a fiscalizar a constitucionalidade das leis, garantindo assim a supremacia constitucional. Entretanto, esse tipo de controle necessita que o órgão de cúpula do Poder Judiciário funcione como instância recursal máxima, dando a última palavra sobre a constitucionalidade das leis; a expressão “modelo de Corte Suprema” é usada como sinônimo de controle difuso.

No controle concentrado, a competência para julgar a possível inconstitucionalidade é reservada a um único órgão, pertencente à jurisdição ordinária ou instituído especialmente para este fim.

Ao adotar o controle concentrado, um determinado ordenamento jurídico pode eleger como guardião de sua Constituição o Tribunal de cúpula de seu Poder Judiciário – sua Corte Suprema –, quando a fiscalização terá um caráter notadamente jurídico, ou então um Tribunal Constitucional – órgão especial que não pertencerá a qualquer dos poderes –, quando a declaração de inconstitucionalidade de uma lei poderá levar em conta considerações de cunho político, além da análise jurídica⁷.

O controle concentrado de constitucionalidade pode ser provocado tanto por ações comuns que envolvam conflitos individuais quanto por ações especialmente destinadas a resolver controvérsia constitucional em tese, desde que em ambas as hipóteses tenhamos a competência exclusiva do órgão de cúpula para a apreciação das ações.

Normalmente, o controle concentrado está intimamente ligado às chamadas “ações diretas”, cuja finalidade é sanar controvérsia constitucional abstrata, ou seja,

⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 44.

⁷ Neste trabalho tentaremos usar a expressão Corte Constitucional como gênero, do qual são espécies a Suprema Corte (órgão de cúpula do Judiciário, responsável pelas decisões finais em um controle difuso ou em um sistema misto) e o Tribunal Constitucional (órgão especial, estranho ao Judiciário, típico do modelo austríaco), deixando claro que as posições dos autores serão respeitadas.

inconstitucionalidade em tese de norma contrastante com o Texto Constitucional. Disso decorre uma superposição quase absoluta entre os controles concentrado e abstrato⁸.

1.1.3 Controle concreto (subjetivo) x controle abstrato (objetivo)

O controle concreto é o controle judicial de constitucionalidade das leis fundado no princípio da supremacia da Constituição e na idéia de que os juízes, ao decidir uma questão, estão obrigados a verificar se as normas aplicadas à resolução deste litígio são ou não válidas. O controle concreto incide somente sobre a ação posta em julgamento e tem como objeto a ofensa concretamente causada por uma determinada lei ou ato normativo à esfera de direitos de um particular, sendo obviamente incompatível com o exame da lei em tese. Por envolver interesses puramente individuais é também denominado de controle subjetivo.

O controle abstrato aplica-se quando não há um conflito concreto de interesses, mas uma discrepância sobre a compatibilidade de uma interpretação do texto constitucional em relação a uma determinada lei. Essa incompatibilidade em tese é que legitima a atuação de órgãos políticos, por isso é que o controle abstrato de constitucionalidade é, essencialmente, provocado por autoridades políticas.

Expondo de outra forma, será abstrato o controle de constitucionalidade se a base em que incidir não for uma causa judicial, estando a fiscalização da constitucionalidade de uma lei independente de qualquer litígio concreto. Tal modalidade de controle é o que a doutrina alemã chama de processo objetivo, pois os que estão legitimados para impetrar a ação, não o fazem em defesa de interesses próprios.

Apesar de existir no ordenamento jurídico brasileiro uma correspondência praticamente absoluta entre os controles concreto e difuso, de um lado, e entre os controles

⁸ No Brasil, o controle concentrado realizado no STF através de “ações diretas” é quase sempre um controle abstrato. Certas situações ensejadoras de representação interventiva e a interposição de ADPF tendo por objeto ato não normativo disciplinador de situação de natureza concreta excepcionam a regra.

abstrato e concentrado, de outro, não se pode dizer que sempre seja assim em qualquer hipótese e em qualquer ordenamento⁹.

Em três das quatro Cortes Constitucionais européias que adiante analisaremos¹⁰, a alemã, a austríaca e a espanhola, é dos mais relevantes o papel desempenhado por um mecanismo de controle ao mesmo tempo concreto e concentrado¹¹.

1.2 As matrizes históricas do controle de constitucionalidade: o *judicial review* americano e o controle concentrado austríaco

É de fundamental importância possuir uma razoável compreensão das idéias originais dos sistemas americano e austríaco, ainda que hoje em dia seja mais comum encontramos modelos híbridos, onde institutos de um e de outro modelo encontram-se mesclados e funcionando com relativa harmonia¹². Após uma análise da concepção e de alguns aspectos históricos será enfocado o estágio atual dos dois sistemas.

1.2.1 O modelo americano – judicial review of legislation

A gênese do controle jurisdicional da constitucionalidade reside em sua forma difusa, como incidente em um caso concreto, e tal é assim por obra e graça de uma célebre decisão da

⁹ A atual Constituição brasileira delinea um controle concentrado de constitucionalidade fundado na competência do STF para o conhecimento de ações diretas, voltadas de forma praticamente exclusiva para a análise da constitucionalidade em tese e dotadas de efeitos *erga omnes*, o que as torna ações típicas também do controle abstrato. A inconstitucionalidade no caso concreto ficou a cargo de todos os juízes e Tribunais, cabendo ao STF apenas a última palavra neste controle difuso e concreto, normalmente realizado através do Recurso Extraordinário.

¹⁰ Sem desmerecer as demais Cortes ou diminuir-lhes a importância, concentra-se o trabalho na experiência das Cortes da Alemanha, Áustria, Espanha e Portugal.

¹¹ Como veremos adiante, na Alemanha e na Espanha a via que permite a fiscalização concreta e concentrada ocupa ainda a hegemonia estatística dos processos que chegam ao respectivo Tribunal Constitucional.

¹² Apenas a título de exemplo, o Brasil adota atualmente um sistema de Corte Suprema – de inspiração americana – que pode ser provocada também por uma ação direta, típica do controle concentrado; Alemanha, Áustria e Espanha possuem uma Corte Constitucional que pode conhecer de ações individuais motivadas por um caso concreto; Portugal possui um Tribunal Constitucional que também atua como instância recursal máxima.

Suprema Corte americana¹³. Em 1803, o Presidente da Corte¹⁴, John Marshall, ao sentenciar o caso *Marbury versus Madison*, baseou-se na supremacia da Constituição para concluir que esta não poderia ser afrontada por mero ato legislativo ordinário.

Apesar da motivação por trás da famosa decisão ter levado em conta interesses pessoais, não se pode olvidar que a solução elaborada transformou definitivamente a relação entre Judiciário e Executivo, além de alçar o texto constitucional americano e os das democracias que se seguiram a um patamar de onde nunca mais despenhariam.

Tudo começa quando John Adams, do Partido Federalista, foi eleito presidente dos Estados Unidos para o período de 1797 a 1801. Em 1800, nomeia como Secretário de Estado um representante da Virgínia, John Marshall. Em 20 de janeiro de 1801, Marshall é nomeado para a Suprema Corte na vaga deixada por Oliver Ellsworth; o Senado o confirma a 27 de janeiro e o título de nomeação lhe é entregue em 31 de janeiro.

Nos últimos 16 dias de seu governo, Adams apressou-se em preencher 67 vagas recém-criadas de Juiz de Paz, bem como nomear seus partidários para outras vagas ociosas do Poder Judiciário. Uma lei aprovada em 27 de fevereiro autorizava a imediata nomeação de 42 Juízes de Paz. Marshall, beneficiado com a melhor das vagas e ainda Secretário de Estado, ocupou-se pessoalmente da entrega dos títulos de nomeação destes Juízes. Nem todos os títulos foram entregues e dentre eles estava o de William Marbury, que ocuparia a vaga do condado de Washington, distrito de Columbia, cuja nomeação deu-se em 2 de março. Todas estas nomeações a cargo de Marshall foram confirmadas pelo Senado no dia seguinte, 3 de março, quando já era véspera da posse do novo governo.

A eleição presidencial de 1800 impusera uma desoladora derrota aos Federalistas, levando ao poder o Republicano Thomas Jefferson. Em 4 de março de 1801, Jefferson assume

¹³ A narrativa feita no presente capítulo é baseada na obra “O controle de constitucionalidade no direito brasileiro”, de Luís Roberto Barroso.

¹⁴ *Chief Justice*, se preferirmos usar o termo da língua inglesa.

o governo e determina a seu Secretário de Justiça, James Madison¹⁵, que não mais desse encaminhamento a qualquer título de nomeação¹⁶ ainda pendente de entrega, pois seu entendimento era que a nomeação restava incompleta na ausência do ato final do procedimento, podendo assim, ser legalmente desfeita.

William Marbury ingressou com um *writ of mandamus* (de conformação semelhante ao nosso mandado de segurança) na Suprema Corte americana pleiteando que este Tribunal obrigasse o Secretário de Justiça Madison a lhe conferir o título de Juiz de Paz do distrito de Columbia. O novo presidente, opositor dos Federalistas que agora controlavam quase todo o Poder Judiciário, não demonstrava interesse em proceder com as nomeações remanescentes. Corriam rumores que mesmo uma determinação da Suprema Corte não seria cumprida pelo atual governante. Um possível *impeachment* do *Chief Marshall*, caso resolvesse afrontar o Executivo, também era cogitado nos bastidores do poder.

O desenvolvimento do voto deu-se primeiro pelo exame do mérito, ficando reconhecido o direito de Marbury à nomeação. Em seguida, foram analisadas duas preliminares, estando a segunda vinculada a uma decisão afirmativa quanto a primeira: o cabimento do *writ* e a competência da Suprema Corte para concedê-lo. Marshall concluiu que o *writ of mandamus* poderia ser usado para obrigar o Executivo a praticar determinado ato, desde que o mesmo não pertencesse à esfera das decisões políticas ou que sua prática não se revestisse de discricionariedade concedida pela Constituição. A segunda preliminar poderia ser analisada.

Ao examinar a questão da competência, Marshall não concedeu o *writ* por entender que o *Judiciary Act 1789*, uma lei ordinária, não poderia conceder à Corte a possibilidade de conhecer *writs*, pois tal medida excederia o poder dado pela Constituição ao Congresso, sob o argumento de que a Suprema Corte fora concebida originariamente como uma instância recursal e suas competências estavam taxativamente elencadas na Constituição, sendo impossível a ampliação por lei.

¹⁵ James Madison tornar-se-ia o próximo Presidente dos Estados Unidos, ocupando o cargo de 1809 a 1817.

¹⁶ O termo em inglês é *commission*.

Marshall fundamentou esta última decisão em três argumentos: a supremacia da Constituição, a nulidade de lei que contrarie o texto constitucional e a função do Poder Judiciário como intérprete final e guardião da Constituição. Estes argumentos são, até hoje, as vigas que sustentam o controle difuso da constitucionalidade.

À primeira vista, a decisão parece ter sido engendrada para servir ao interesse do Executivo. A delicada situação política do momento, com ameaça inclusive de *impeachment*, pode levar à conclusão apressada de que Marshall e os Federalistas estavam acuados no âmbito do Poder Judiciário, seu único refúgio. Inobstante o cabimento de críticas sob o ponto de vista jurídico, em termos políticos a saída de Marshall foi brilhante. De um lado, Marshall, como Secretário de Estado do governo anterior, participara ativamente dos fatos que deram ensejo ao *writ* – o que obrigatoriamente lhe impunha o dever de declarar-se impedido de julgar. Além disto, a decisão não obedeceu à seqüência lógica da ciência processual, pois primeiro deveriam ter sido examinadas as preliminares, o que teria tornado desnecessário o exame do mérito.

Por que então uma decisão eivada de nulidades tornou-se tão celebrada? Ao examinar primeiro o mérito, Marshall deixava clara sua opinião sobre a legalidade do ato de nomeação e sobre a atitude arbitrária do Presidente Jefferson; ao analisar a preliminar em seguida, e não conceder o *writ*, tornava a conduta presidencial inatacável, evitando o descumprimento de uma possível determinação da Corte e evitando seu *impeachment*. Mas não é só isso, o principal está nas entrelinhas. Ao estabelecer as bases do *judicial review*, ou seja, ao estabelecer a competência do Judiciário para rever determinados atos do Executivo e do Legislativo que venham a conflitar com a Constituição, o *Chief Justice* Marshall sacramentara uma doutrina péssima para o governo e para o Parlamento, visto que o Judiciário – amplamente dominado pelos Federalistas – passava a ter poderes que o permitiriam rivalizar em importância com o Executivo e com o Legislativo. O presidente Jefferson, como não tinha interesse em contestar uma decisão que lhe era “favorável”, tinha agora que aceitar também as teses que lhe davam suporte: as teses criadoras do *judicial review*.

Estava consolidada a prevalência da Constituição sobre o Parlamento. As eventuais maiorias legislativas e os sucessivos chefes de governo estariam permanentemente obrigados a obedecer à vontade popular consagrada na Constituição, cujo guardião e intérprete definitivo passaria a ser o Poder Judiciário. Sobre as conseqüências da famosa decisão de Marshall, não se pode deixar de transcrever trecho sintetizador de Luís Roberto Barroso:

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.¹⁷

Vale registrar que se a decisão do Juiz Marshall pode ser considerada brilhante pela lógica em que se desenvolveu, não pode, contudo, ser elogiada por sua originalidade. No campo teórico, a tese que fundamentou a decisão já tinha sido exposta por Alexander Hamilton, no *Federalista* n°. 78. García de Enterría, após reconhecer a genialidade de Marshall, arremata que a paradigmática decisão de 1803 não fora sua invenção pessoal, mas um aperfeiçoamento definitivo do sistema expresso na Constituição americana¹⁸.

O controle de constitucionalidade vigente nos Estados Unidos desde sua origem é rigorosamente difuso, ocupando a Suprema Corte o posto de órgão recursal final. O Tribunal é composto por nove magistrados, sendo o *quorum* para votação de seis juízes. A Corte recebe em torno de 1.500 novos casos por ano, dos quais julga cerca de 10%, visto que sua jurisdição é discricionária. Tal discricionariade é exercida pelo instituto do *Writ of Certiorari*, através do qual os litigantes pedem à Corte que avoque e decida determinado caso. A Corte, então, usando de seu poder discricionário, decide se o faz¹⁹. O procedimento de aceitação passa pela “Regra dos Quatro”, ou seja, se quatro dos nove juízes desejarem conhecer do *Writ*, o caso é

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 10.

¹⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 61.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 341.

levado à plenário²⁰. Trata-se de sofisticado juízo de admissibilidade, embora a manifestação escrita e fundamentada não seja obrigatória. Que fique claramente assentado que o *Writ of Certiorari* não é ação especial que conduz à Suprema Corte, o que claramente destoaria de um sistema exclusivamente difuso²¹.

O sistema americano baseia-se no instituto do *stare decisis*, derivado da regra inglesa do *precedent*. Em poucas linhas, Lenio Streck sintoniza o leitor com a origem e o conceito do instituto:

Assim como gradativamente vem ocorrendo no sistema da civil law, em que cada vez mais jurisprudencializa-se o Direito, a jurisprudência na common law ultrapassa os limites da lide entre as partes, constituindo fonte básica de criação do Direito... desde o século XIX a regra do precedent impõe aos magistrados regras de Direito destacadas de outras decisões. Nos Estados Unidos existe a mesma regra, denominada de *stare decisis*, que, porém não funciona com o mesmo rigor da inglesa. A existência de um sistema federativo faz com que seja necessário abrandar o sistema de precedentes, uma vez que é preciso evitar que se estabeleçam entre os direitos dos diversos Estados-membros diferenças consideráveis.²²

O temperamento mencionado na citação é da maior relevância para o caso americano, justamente porque naquele país os estados podem legislar de forma diferente sobre temas de vital importância para os cidadãos, como se dá com o Direito Civil e com o Direito Penal. De forma semelhante ao que ocorre no Brasil, com relação às decisões do STF nas ações diretas, o aresto da Suprema Corte americana que declara uma lei inconstitucional vale para todos, ou seja, tem efeito *erga omnes*, o que é uma decorrência lógica da regra do *stare decisis*.

Por outro lado, não existe, dentro das hipóteses de competência da Suprema Corte, a possibilidade de análise da inconstitucionalidade em tese, como ocorre com o STF, no caso da ação direta de inconstitucionalidade. A própria Jurisprudência da Corte americana entende que não é atribuição sua a proteção geral contra as potenciais condutas nocivas perpetradas

²⁰ A EC 45/2004, através do acréscimo do §3º ao art. 102, instituiu regra que permite afastar o conhecimento do Recurso Extraordinário caso oito juízes do STF não reconheçam a repercussão geral da questão constitucional, ou, *a contrario sensu*, basta que quatro juízes aceitem a transcendência do tema para obrigar a análise do Pleno.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., 1999. p. 86.

²² STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 2004. p. 325.

pelo governo dentro de sua cotidiana atividade administrativa; a função judicial limita-se, assim, à solução de litígios entre partes opostas por ocasião de uma caso concreto²³.

Concordando com Mauro Cappelletti, é preciso registrar que mesmo lastreado em um sistema difuso, onde são analisados apenas casos concretamente postos à decisão dos juízes, é inevitável que um controle judicial de constitucionalidade das leis tenda a adentrar em considerações de cunho político, mormente quando casos chegam à Corte Suprema, recorrentemente chamada a decidir questões que estão no centro das tensões políticas²⁴.

Atualmente, os Estados Unidos assistem a um debate sobre os limites da intervenção do Judiciário sobre os Poderes Executivo e Judiciário. Os segmentos mais conservadores da sociedade têm questionado o avanço da Suprema Corte – que em sua concepção original estaria limitada a uma análise jurídica – e dos tribunais em geral sobre espaços onde deveriam atuar tão-somente os agentes públicos democraticamente eleitos²⁵.

1.2.2 O modelo austríaco – berço do controle concentrado da constitucionalidade

A recepção no continente europeu do sistema de justiça constitucional só se dá após a 1ª Guerra mundial, entre 1919 e 1920. O austríaco Hans Kelsen é o precursor da idéia de que um Tribunal Constitucional, independente de todos os demais poderes seria a solução mais eficaz para a garantia da Constituição. O argumento consistia em que ninguém poderia ser bom juiz de si mesmo, o que afastaria o Executivo e o Legislativo da atribuição de preservar o texto constitucional, haja vista não ser razoável imaginar que pudessem agir com imparcialidade ao mesmo tempo em que defendessem seus interesses políticos.

²³ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 103.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., 1999. p.114.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 168.

Nessa época de grandes conturbações, com a Europa arrasada pela crise do pós-guerra, o fim do Estado Liberal e o germinar de ideologias nacionalistas, surge uma tese que vem bater de frente com a concepção kelseniana. Na obra “A defesa da Constituição”, Carl Schmitt, ancorado em Benjamin Constant, defende que o chefe do Executivo é o natural defensor da Constituição. Kelsen reagiu à teoria de Schmitt lançando o artigo “Quem deve ser o guardião da Constituição?”²⁶, onde refuta os argumentos de seu opositor, deixando claro que as idéias de Schmitt buscavam evitar a criação da Corte Constitucional na República de Weimar, ao mesmo tempo em que estavam a serviço do chefe do *Reich* e das primeira manifestação que dariam origem ao nazismo²⁷.

Curiosamente, foi a própria ascensão do nazismo que desacreditou Schmitt e favoreceu a doutrina kelseniana dos tribunais constitucionais, fortalecendo a idéia de que a jurisdição constitucional era instrumento eficaz na defesa dos direitos fundamentais. Em um célebre discurso na Associação dos Professores de Direito Público da Alemanha, Kelsen antecipou o que representaria a justiça constitucional para as democracias modernas, especialmente no que tange à defesa dos direitos das minorias:

Contra as muitas censuras que se fazem ao sistema democrático – muitas delas corretas e adequadas –, não há melhor defesa senão a da instituição de garantias que assegurem a plena legitimidade do exercício das funções do Estado. Na medida em que amplia o processo da democratização, deve-se desenvolver também o sistema de controle. É dessa perspectiva que se deve avaliar aqui a jurisdição constitucional. Se a jurisdição constitucional assegura um processo escorreito de elaboração legislativa, inclusive no que se refere ao conteúdo da lei, então ela desempenha uma importante função na proteção da minoria contra os avanços da maioria, cuja predominância somente há de ser aceita e tolerada dentro do quadro da legalidade. A exigência de um quorum qualificado para mudança da Constituição traduz a idéia de que determinadas questões fundamentais devem ser decididas com a participação da minoria. A maioria simples não tem o direito de impor a sua vontade – pelo menos em algumas questões – à minoria. Nesse ponto, apenas mediante a aprovação de uma lei inconstitucional poderia a maioria afetar os interesses da minoria constitucionalmente protegidos. Por isso, a minoria, qualquer que seja a sua natureza – de classe, de nacionalidade ou de religião –, tem um interesse eminente na constitucionalidade da lei.

²⁶ Do original “*Wer soll der Hüter Verfassung sein?*”, de 1930. Uma análise da disputa entre Kelsen e Schmitt pode ser encontrada em LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. A guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Cearense Independente do Ministério Público**, Fortaleza, ano IV, nº 13, abr. 2002.

²⁷ BINENBOJM, Gustavo, op. cit., 2004. p. 71 e TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 30.

Isto se aplica sobretudo em caso de mudança das relações entre a maioria e minoria, se uma eventual maioria passa a ser minoria, mas ainda suficientemente forte para obstar uma decisão qualificada relativa à reforma constitucional. Se se considera que a essência da democracia reside não no império absoluto da maioria, mas exatamente no permanente compromisso entre maioria e minoria dos grupos populares representados no Parlamento, então representa a jurisdição constitucional um instrumento adequado para a concretização dessa idéia. A simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa para a paz social.²⁸

A Constituição austríaca de 1920, em seu texto original – criação revolucionária do gênio de Hans Kelsen –, concentrou em uma *Corte Constitucional* a competência para decidir todas as questões relativas à constitucionalidade de um ato normativo. Um ponto deve ser logo ressaltado sobre a origem do modelo austríaco, modelo este que posteriormente seria a base do controle concentrado adotado na maioria dos países europeus²⁹: o sistema visava fundamentalmente a solução de conflitos federativos, posto que o acesso ao Tribunal Constitucional era acessível apenas ao governo federal, quanto às normas regionais, e aos governos regionais, quanto às normas federais³⁰.

O controle da constitucionalidade dava-se por uma única via, uma ação especial que poderia ser ajuizada por alguns órgãos políticos, diretamente à Corte Constitucional. A aferição era desvinculada de qualquer caso concreto, sendo a lei em tese o único objeto de controle. Para Kelsen, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei teria os mesmos efeitos de uma revogação, daí o fato da inconstitucionalidade não gerar efeitos *ex tunc*, mas tão-somente *ex nunc*, sendo sua abrangência geral, ou seja, *erga omnes*.

Essa aproximação da declaração de inconstitucionalidade com a simples revogação afastava em muito o sistema austríaco do idealizado nos Estados Unidos, onde a lei não era

²⁸ KELSEN *apud* BINENBOJM, Gustavo, op. cit., 2004. p. 72-73. Ver a respeito, ainda, MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 265.

²⁹ Conforme Binenbojm o modelo austríaco foi inicialmente adotado na então Tchecoslováquia (1921)); no período do pós-guerra experimenta rápida expansão, chegando a ser implementado na Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960), Turquia (1961) e na antiga Iugoslávia (1960); entre os anos 70 e 80 passa a ser instituído na Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982) e Bélgica (1984). BINENBOJM, Gustavo, op. cit., 2004. p. 39.

³⁰ TAVARES, André Ramos, op. cit., 1998. p. 15.

simplesmente revogada, mas declarada nula desde o seu nascedouro, o que gerava efeito *ex tunc*, restrito, porém, ao âmbito dos litigantes, pois a inconstitucionalidade era incidente em um caso concreto. Além disso, uma diferença significativa entre os sistemas passa pelo papel dos juízes, que no sistema americano têm amplo poder para deixar de aplicar uma lei considerada inconstitucional; já no modelo austríaco originário, apenas o Tribunal Constitucional tinha o poder de deliberar sobre a validade de uma lei perante o texto constitucional.

Estes dois pontos vitais do controle idealizado por Hans Kelsen, a limitação da atuação dos juízes em detrimento do Tribunal Constitucional e o efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade das leis, são explicados por García de Enterría sob o mesmo fundamento: o fato de o Tribunal Constitucional não ser, de fato, um Tribunal, e sim órgão especial com a função de *legislador negativo*:

*El sistema austríaco-kelseniano difiere del de la judicial review americana en puntos decisivos. Por de pronto frente al llamado control difuso americano, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar las Leyes cuando las juzgan contrarias a la Constitución (multiplicidad de control en el que, sin embargo, pone orden el principio stare decisis, que vincula los Tribunales inferiores a la jurisprudencia de la Supreme Court), el sistema kelseniano configura un control concentrado, confiado a un solo Tribunal, el Tribunal Constitucional, único habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una Ley y al cual habrán de dirigirse los Tribunales que estén en trance de aplicar dicha Ley, los cuales, de este modo, carecen del poder de inaplicar las leyes inconstitucionales por si mismos. Pero esta variante organizat6ria esconde una profunda significaci6n por encima de su simple apariencia pr6ctica. El sistema de control de la constitucionalidad de las Leyes se configura con una funci6n constitucional que no ser6a propiamente judicial, sino, en los expl6citos t6rminos de Kelsen, de legislaci6n negativa. En concreto, el Tribunal Constitucional no enjuicia ning6n supuesto de hecho singular – esto queda reservado al Tribunal a quo que h6 suscitado el incidente de constitucionalidad –, sino s6lo el problema puramente abstracto de compatibilidad l6gica (Vereinbarkeit) entre el pronunciamiento, tambi6n abstracto, de una Ley y la norma (abstracta) de la Constituci6n. Por eso sostiene KELSEN que no hay en ese juicio puramente l6gico una verdadera aplicaci6n de la Ley a un caso concreto y, por tanto, no se estaria en presencia de una actividad judicial, que supone una decisi6n singular.*³¹

Por tr6s da doutrina de limita6o aos poderes dos ju6zes, Garc6a de Enterr6a, agora citando G. Volpe, explica que Kelsen desejava evitar um *governo de ju6zes*, pois o momento era de rebeldia dos ju6zes em rela6o 6 aplica6o da lei. A Europa como um todo –

³¹ ENTERR6A, Eduardo Garc6a de, op. cit., 2006. p. 63.

especialmente o mundo germânico – estava sob a influência de ideologias românticas, tais como a Escola Livre do Direito, a Jurisprudência Livre e a Comunidade do Povo. Proibindo os juízes de deixar de aplicar as leis, Kelsen viabilizaria a submissão da jurisdição à legislação e à primazia do Parlamento, num momento em que estes magistrados valoravam negativamente o acesso às Cortes de novas forças sociais e políticas capazes de subverter os valores tradicionais. Concedendo ao Tribunal Constitucional a possibilidade de declarar *ex nunc* e *erga omnes* a inconstitucionalidade de uma lei, assegura também a supremacia da Constituição ao Parlamento³².

Quanto ao efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade das leis no sistema kelseniano, o que significa a simples anulabilidade da lei conflitante, e não a nulidade da lei desde a origem, como se dá no sistema americano, García de Enterría também encontra fundamento para tal criação de Kelsen na natureza de órgão especial do Tribunal Constitucional. É que no modelo proposto pelo mestre austríaco, tem-se que apenas o Tribunal Constitucional é o guardião da Constituição. A atividade da Corte de eliminar do ordenamento leis inconstitucionais com efeitos *ex nunc* não chega a expressar uma relação de hierarquia normativa da Constituição sobre a lei, justamente porque a Constituição não é aplicada como norma superior. A retirada da lei inconstitucional do ordenamento jurídico é mais um relação entre a Constituição e o legislador do que entre a Constituição e a lei, ou seja, trata-se de relação especial entre a Constituição e o órgão que possui atribuição para extrair do ordenamento as leis incompatíveis com aquela, o Tribunal Constitucional, ou melhor, o *legislador negativo*. A tese será complementada com a idéia de que os tribunais ordinários vinculam-se apenas às leis e às decisões do legislador negativo, não à Constituição³³.

³² ENTERRÍA, Eduardo García de, op. cit., 2006. p. 64.

³³ ENTERRÍA, Eduardo García de, op. cit., 2006. p. 66. Do original: “*En este modelo, con su cuidado en separar de manera rigurosa a los jueces y Tribunales ordinarios de la Constitución, puede y debe decirse que sólo el Tribunal Constitucional queda vinculado jurídicamente por ésta. El juicio, que este Tribunal se reserva de eliminar (ex nunc) las Leyes inconstitucionales no llega a expresar una verdadera relación de jerarquía normativa de la Constitución sobre la Ley, justamente porque la Constitución no es aplicada como verdadera norma superior; esa eliminación de la Ley inconstitucional es, más bien, expresión de una relación entre Constitución y legislador y no entre Constitución y Ley, o dicho en la jerga propia de la doctrina, de una relación especializada entre la Constitución y el órgano facultado para la eliminación de las Leyes que no son compatibles con ella, el legislador negativo. Lo esencial aquí es que la invalidez de la Ley no es el efecto de la*

A Constituição de 1920 foi profundamente alterada por uma Lei Constitucional de 1929, que fora tornada nula em 1934 e integralmente restabelecida em 1945; vale destacar da Lei de 7 de dezembro de 1929 o mais relevante ponto: a idéia original, de um Tribunal Constitucional que possuía o monopólio do controle da constitucionalidade das leis, estando os demais juízes e tribunais impedidos até de deixar de aplicar uma lei considerada inconstitucional. A expressão mais pura e original da doutrina de Kelsen, convive agora com um novo instituto, a *questão constitucional*: o atual art. 140 da Constituição austríaca permite que qualquer outro tribunal chamado a resolver um caso concreto possa deixar de aplicar uma lei considerada inconstitucional, remetendo a questão ao Tribunal Constitucional. Note-se que continua vedado aos juízes monocráticos declararem a inconstitucionalidade de uma lei quando da análise de um caso concreto³⁴. Também não lhes cabe suscitar a questão constitucional.

Conclui-se que atualmente na Áustria, tal como se observará nos modelos praticados na Alemanha e Espanha, o controle de constitucionalidade concreto dá-se *per saltum*; no exemplo austríaco, caso os tribunais superiores e os de segunda instância tenham dúvidas sobre a constitucionalidade de uma lei, devem suscitar a questão ao Tribunal Constitucional, restando suspenso o processo até a decisão; esta, por sua vez, vinculará o tribunal inferior, o que nos remete a uma função de Corte de Cassação. Esse incidente de inconstitucionalidade dirigido diretamente ao órgão responsável pela jurisdição constitucional, que passa a atuar como Corte de Cassação, não existe no Brasil³⁵.

O controle concentrado dá-se por uma argüição de inconstitucionalidade, cujos legitimados para propositura no caso de ataque à lei federal considerada inconstitucional são os governos estaduais, um terço dos deputados do Conselho Nacional ou um terço dos

Constitución, sino de la decisión del legislador negativo. Los Tribunales ordinarios están sólo vinculados a las Leyes y a las decisiones del legislador negativo, no a la Constitución”.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., 1999. p. 108.

³⁵ A afirmação leva em conta nossa posição acerca da inefetividade da modalidade incidental da ADPF, largamente aceita pela doutrina e que seria uma via *per saltum* ao Supremo. De qualquer forma, não se trata de um incidente de inconstitucionalidade, mas de um incidente em defesa de preceito fundamental.

membros do Conselho Federal³⁶. O efeito da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado permanece rigorosamente *ex tunc*, em absoluta fidelidade ao sistema kelseniano.

O ordenamento jurídico da Áustria prevê ainda o *recurso constitucional (Beschwerde)*. Trata-se de recurso dirigido diretamente ao Tribunal Constitucional, que permite ao cidadão questionar a inconstitucionalidade de uma lei que esteja interferindo no exercício de um direito fundamental. Em virtude dessa via de proteção dos direitos fundamentais, o sistema austríaco vislumbra a convivência do controle abstrato e concentrado com a fiscalização concreta da constitucionalidade, ainda que esta não seja efetivada de forma difusa³⁷.

A composição atual do Tribunal Constitucional austríaco é de 14 membros e 6 suplentes, cuja nomeação é feita alternadamente pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo: o Presidente, o Vice-Presidente, outros 6 membros e 3 suplentes são escolhidos pelo Governo Federal, enquanto os demais são escolhidos pelo Parlamento. Não podem tomar parte no Tribunal os membros do governo federal, dos governos estaduais e os integrantes de qualquer assembléia representativa. Não há previsão constitucional de *impeachment* para os integrantes da Corte austríaca.

No ordenamento austríaco não há possibilidade de se efetuar o controle da omissão legislativa, pelo menos de forma direta; caso a omissão da atividade legislativa implique na inconstitucionalidade de outra lei já editada, apenas esta última pode ser devidamente atacada, nunca a omissão legislativa motivadora da inconstitucionalidade³⁸. Como visto, portanto, a Corte austríaca condiz melhor com um modelo híbrido, visto ser um Tribunal Constitucional que se permite efetuar o controle concreto³⁹.

³⁶ MORAES, Alexandre de, op. cit., 2000. p. 126.

³⁷ Tanto a Áustria e, como veremos adiante, também a Alemanha e a Espanha, são países que não conhecem o controle concreto e ao mesmo tempo difuso de constitucionalidade, típico do modelo americano, mas possuem, cada um deles, poderoso mecanismo de controle concreto e concentrado da constitucionalidade.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 2004. p. 361.

2 INFLUÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DA ALEMANHA, PORTUGAL E ESPANHA NO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema adotado no Brasil para o de controle de constitucionalidade era, em sua gênese, uma adaptação do sistema praticado pelos norte-americanos, cuja fiscalização da constitucionalidade se faz de forma concreta e difusa. Enquanto o sistema americano permaneceu fiel às suas origens, o “sistema brasileiro” caminhou em direção ao modelo de controle de constitucionalidade praticado nas principais Cortes Constitucionais da Europa, o que viabilizou o surgimento de ações típicas do controle abstrato e concentrado.

2.1 O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 previu uma Corte Constitucional que acabaria demorando dois anos para ser instituída, o que se deu com a Lei de 12 de março de 1951. O Tribunal Constitucional da Alemanha⁴⁰ (*Bundesverfassungsgericht*) é composto por dois *Senados*, compostos de oito juízes cada, eleitos pelo Parlamento e pelo Conselho Federal em partes iguais. Os juízes da Corte devem contar com pelo menos quarenta anos e preencher os requisitos da carreira da magistratura comum. O Conselho Federal elege seus juízes pelo voto direto e o Parlamento realiza uma eleição indireta, por meio de um colegiado de doze membros, válido por uma legislatura e não destituível, escolhido após delicado arranjo político⁴¹.

A Corte alemã tem a missão específica de exercer a jurisdição constitucional, não se enquadrando no que poderia ser considerado uma Corte Suprema ou tribunal de terceiro grau; não existe sequer uma via processual própria que conduza ao Tribunal Constitucional, tal

³⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite, op. cit., 2002. p.47.

⁴⁰ A Jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* exerceu (e exerce) notável influência sobre nossa jurisdição constitucional, mitigando a brutal influência do modelo americano, que nos serve de guia desde a Carta de 1891.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3-5.

como nosso Recurso Extraordinário, com a ressalva que se deve fazer ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)⁴².

Uma das mais relevantes atribuições do Tribunal Constitucional alemão, o *recurso constitucional*, é originado da legislatura ordinária, somente tendo passado a constar da Lei Fundamental em 1969. A jurisprudência da Corte é firme no sentido de que o recurso constitucional não se constitui em uma ferramenta adicional para os processos submetidos à jurisdição ordinária, mas um remédio extraordinário, apto a afastar ofensas cometidas pelo poder público aos direitos fundamentais. A análise do recurso constitucional será feita no capítulo apropriado.

No exercício da jurisdição constitucional, compete à Corte alemã exercer a fiscalização da constitucionalidade através dos controles abstrato e concreto⁴³. O controle abstrato, que equivale à ADIn brasileira, pode ser instaurado mediante requerimento do Governo Federal, de um dos governos estaduais ou de um terço do Parlamento. O controle concreto dá-se de forma semelhante ao modelo austríaco, ou seja, o tribunal que considerar uma lei inconstitucional deve suspender o processo e remeter a decisão da questão para o Tribunal Constitucional, cuja decisão passa a ser vinculante, o que constitui típica função de *Corte de Cassação*. Na Alemanha, diferentemente da Áustria, os juízes singulares também podem suscitar a questão de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional⁴⁴.

Também cabe ao *Bundesverfassungsgericht* o julgamento dos conflitos entre órgãos federais, e entre a União e os estados, quando se discute a aplicação de direito federal; cabe ainda àquela Corte o julgamento de denúncias contra o Presidente da República, de casos de

⁴² A tradução precisa do termo *Verfassungsbeschwerde* é Reclamação Constitucional, e tal só não será utilizado no presente trabalho a fim de se evitar uma possível confusão com a Reclamação do direito brasileiro, cuja finalidade não guarda qualquer proximidade com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, instituto pátrio que guarda similitude com a *Verfassungsbeschwerde* alemã.

⁴³ *Ibid.*, 2005, p. 16.

⁴⁴ Na realidade, os tribunais ordinários, os tribunais superiores e os juízes alemães, bem como os tribunais de segunda instância e os tribunais superiores austríacos não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, o que é exclusivo de seus respectivos Tribunais Constitucionais, mas nem por isso deixam de exercer o controle difuso, visto que, ao suscitarem os incidentes de inconstitucionalidade estão exercendo de forma plena uma análise sobre a constitucionalidade das leis.

supressão de direitos fundamentais e o processo especial de aferição da legitimidade do processo eleitoral.

Desde os primórdios do Tribunal Constitucional alemão é o controle abstrato que tem a prevalência no exercício da jurisdição constitucional. Gilmar Mendes aponta a relevância política das questões jurídicas que são submetidas à Corte como motivo principal para tal supremacia⁴⁵. O *Bundesverfassungsgericht* reconhece ao controle abstrato uma dupla função: de um lado, um instrumento adequado de defesa da Constituição, de outro, uma poderosa ferramenta de garantia da segurança jurídica, posto que exclui do ordenamento tudo que causa incerteza e dúvida à supremacia constitucional.

O Tribunal Constitucional alemão não age de ofício, atuando apenas mediante provocação; e assim é tanto no controle abstrato quanto no controle concreto. Gilmar Ferreira Mendes, que ao analisar diversos modelos europeus, trata a delicada questão sobre *quem e quantos* devem ser os legitimados para propor uma ação direta à decisão de determinada Corte Constitucional:

Da resposta à questão sobre quem deve propor a ação perante a Corte Constitucional dependem, em primeira linha, a garantia e a efetividade da jurisdição constitucional. Por isso, é de suma importância a decisão sobre os entes autorizados a propor o controle abstrato de normas. Uma limitação do direito de propositura poderia retirar a eficácia do controle abstrato de normas. Por outro lado, uma legitimação ampla importaria, inevitavelmente, numa sobrecarga de trabalho para o Tribunal, com queda da qualidade de seus julgados e a obrigação de ocupar-se de questões de importância menor.

[...]

Não se pode olvidar, outrossim, que a outorga do direito de propositura a qualquer do povo poderia satisfazer os fins de um processo objetivo. Assinale-se, porém, que contra a ação popular de inconstitucionalidade suscitam-se inúmeras objeções, relacionadas com a sobrecarga para o Tribunal incumbido de examinar as questões levantadas, e com a excessiva judicialização do processo político.⁴⁶

Como dito antes, estão autorizados a propor o controle abstrato de normas no direito alemão o Governo Federal, os governos estaduais e um terço dos parlamentares. Esse

⁴⁵ Ibid., 2005, p. 56.

⁴⁶ Ibid., 2005, p. 109-110. É essa delicada questão da legitimidade do acesso ao Tribunal Constitucional que guiará a proposta de reformulação da ADPF, no sentido de amparar o acesso direto do cidadão à defesa de seus direitos fundamentais.

reduzido rol de legitimados tem a intenção de não sobrecarregar o tribunal, ao mesmo tempo em que aproxima o *Bundesverfassungsgericht* apenas dos casos mais relevantes, especialmente selecionados por aqueles que formam a cúpula dos poderes Executivo e Legislativo⁴⁷.

O objeto do controle abstrato de normas no direito alemão pode ser tanto o direito estadual quanto o federal. De fato, o controle abstrato de normas tem sua origem ligada não somente à supremacia da Constituição, mas também à defesa da federação⁴⁸. Na Alemanha, o controle abstrato pode ser usado tanto para impugnar normas anteriores à Constituição quanto as normas promulgadas a partir de vigência desta, o que já não ocorre com o controle concreto, que apenas atua sobre as normas promulgadas a partir de vigência da Constituição. Vale fazer o paralelo com o nosso sistema de controle de normas, que durante muito tempo permitiu apenas o controle difuso do direito pré-constitucional, o que foi modificado pela inclusão da ADPF em nosso ordenamento, viabilizando também o controle concentrado do direito pré-constitucional.

Quanto aos parâmetros de controle, a regra é simples: a Lei Fundamental é o parâmetro do direito federal; o direito estadual é balizado pela Lei Fundamental e pelas normas de direito federal. Após a EC 45/2004, com a inclusão da alínea *d* no inciso III do art. 102 da Constituição, nosso controle de constitucionalidade concreto passou a adotar esta mesma parametricidade.

No controle abstrato de constitucionalidade alemão a declaração de inconstitucionalidade de uma lei possui, em regra, efeito *ex tunc* (afastando-se, assim, da clássica lição da doutrina kelseniana). A Jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, porém, desenvolveu relevantes modalidades de decisão – a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto e a interpretação conforme a Constituição – que permitem a aplicação tanto de efeito *ex tunc*

⁴⁷ Detalhe curioso sobre a legitimidade do Governo Federal é que ela se concretiza através do Ministro competente para tratar do assunto.

⁴⁸ *Ibid.*, 2005, p. 125.

quanto de efeito *ex nunc (pro futuro)*. Se existiam dúvidas sobre a influência que estas técnicas tedescas passaram a exercer sobre nosso STF, estas dúvidas foram afastadas com o advento da lei 9.868/99, que, disciplinando o processo de controle abstrato de normas perante o STF, traz em seu art. 28, parágrafo único, uma referência expressa às duas últimas.

García de Enterría leciona que o sistema adotado na Alemanha é inspirado não na concepção austríaca, mas sim no sistema de supremacia constitucional americano, devidamente aperfeiçoado com institutos oriundos do controle concentrado⁴⁹. É preciso esclarecer que essa inspiração se limita ao controle concreto, pois não se pode dizer que na Alemanha exista um controle difuso, tal como desenvolvido nos Estados Unidos da América.

2.2 O Tribunal Constitucional de Portugal

Segundo disposição expressa do art. 221 da Constituição portuguesa, o Tribunal Constitucional da República de Portugal é “o tribunal competente para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”. A Corte Constitucional portuguesa é composta por treze juízes, que possuem como garantias a independência, a inamovibilidade e a irresponsabilidade pelo teor das decisões que tomam. O Poder Legislativo escolhe dez, e os outros três são por estes escolhidos. Não há que se falar em vitaliciedade em virtude da limitação do mandato em nove anos, assim como não há previsão de destituição por *impeachment*.

Basicamente, o Tribunal Constitucional português tem competência para exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, defender os direitos fundamentais, controlar as regras do processo democrático e fiscalizar o bom funcionamento dos poderes públicos. Em Portugal, não existe previsão de um recurso constitucional ou de amparo, que submeta a lesão de direitos fundamentais diretamente ao Tribunal Constitucional⁵⁰.

⁴⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de, op. cit., 2006. p. 142-143.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de, op. cit., 2000. p. 186.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos no ordenamento jurídico português prevê tanto o controle preventivo quanto o repressivo – este em suas duas modalidades, difusa (em um caso concreto) e concentrada (em abstrato) –, e ainda a inconstitucionalidade por omissão. Os institutos de controle repressivo guardam diversas semelhanças com os institutos do “modelo brasileiro”, sendo que, a inconstitucionalidade por omissão do direito português é a fonte clara de nossa ADIn por omissão.

A fiscalização preventiva realizada pelo Tribunal Constitucional dá-se após a aprovação pelo Legislativo e antes de sua publicação ou promulgação. Os legitimados para a propositura da fiscalização preventiva são o Presidente da República, os Ministros de Estado, o Primeiro-Ministro e a quinta parte dos deputados da Assembléia portuguesa. Cada um dos legitimados obedece a parâmetros próprios de controle e a amplitude deste controle depende da função exercida.

Quando no exercício do controle repressivo concentrado (em abstrato), o Tribunal Constitucional tem a competência para declarar a inconstitucionalidade de quaisquer normas bem como a ilegalidade de algumas, desde que atendidos alguns requisitos. Apenas o Plenário do Tribunal Constitucional pode proceder à declaração, nunca suas seções.

Como bem observado por Alexandre de Moraes, as hipóteses previstas no ordenamento português como de controle da legalidade muito se aproximam do controle da constitucionalidade brasileiro, visto sempre ser necessária uma interpretação constitucional acerca da divisão de competências legislativas⁵¹. Quando o Tribunal Constitucional decide uma ação de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) fica adstrito ao pedido, mas não à causa de pedir, possuindo ampla liberdade para, ao decidir pela violação, utilizar-se de fundamentos diversos dos que foram invocados pelo co-legitimado.

O controle difuso idealizado em Portugal segue todas as regras básicas do *judicial review* americano e, em essência, não difere muito do controle difuso efetuado em nosso país.

⁵¹ MORAES, Alexandre de, op. cit., 2000, p. 192.

Todos os órgãos judiciais estão aptos a declarar a inconstitucionalidade de forma incidental, com efeitos restritos às partes que litigam. Ressalte-se que a última palavra sobre inconstitucionalidade é dada pelo Tribunal Constitucional, que tal como nosso STF funciona como última instância recursal; para viabilizar tal competência a Constituição portuguesa prevê o *recurso de constitucionalidade*, que tem conformação similar ao nosso Recurso Extraordinário.

Pelo recurso de constitucionalidade, as decisões de todos os tribunais ordinários podem ser submetidas ao Tribunal Constitucional quando recusem aplicação a uma norma tida por inconstitucional, apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante um processo ou quando apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional. Esta última hipótese é nitidamente semelhante à *Reclamação* que pode ser impetrada junto ao STF, instituto especialmente criado para garantir obediência às decisões do Pretório Excelso.

No ordenamento português, o recurso de constitucionalidade exige o esgotamento das instâncias judiciais ordinárias. O Tribunal Constitucional português, também quando realiza o controle concreto, não está vinculado à causa de pedir, podendo julgar o recurso por outros fundamentos. Ao contrário do STF, que decide em definitivo a causa que lhe é submetida via Recurso Extraordinário, o Tribunal Constitucional português atua como *Corte de Cassação*, ou seja, após realizada a interpretação constitucional do tema em debate, devolve-se o caso ao tribunal de origem para que este decida conforme o entendimento daquela Corte. Interessante criação portuguesa é o instituto desenhado pelo art. 82 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. Segue o texto:

Sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em 3 casos concretos, pode o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juízes ou do Ministério Público, promover a organização de um processo com cópias das correspondentes decisões, o qual é concluso ao presidente, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou ilegalidade previstos na presente lei.⁵²

⁵² MORAES, Alexandre de, op. cit., 2000. p. 199. O autor informa que o instituto é denominado de “passagem da fiscalização concreta à abstracta” por Jorge Miranda, e de “fenômeno da generalização” por Gomes Canotilho.

O instituto, que não é de aplicação obrigatória, permite que a quarta declaração de inconstitucionalidade de uma norma pela via do controle difuso, seja dotada do mesmo efeito *erga omnes* das decisões em controle concentrado. É a força vinculante da Jurisprudência, uma tendência que recentemente foi incorporada em nosso ordenamento através da Emenda Constitucional 45/04, que, ao acrescentar o art. 103-A no corpo de nossa Constituição, instituiu a *Súmula Vinculante*.

A mais relevante contribuição do ordenamento português ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é sem dúvida o instituto da inconstitucionalidade por omissão; obra do legislador constitucional português de 1976, a ação tem a finalidade de combater a omissão legislativa. No ordenamento lusitano sua legitimidade ativa é exclusiva do Presidente da República, do Provedor de Justiça e, em determinadas condições e preenchidos alguns requisitos, dos presidentes de assembleias regionais; uma legitimidade mais restrita do que a conferida à nossa ação de inconstitucionalidade por omissão. A inconstitucionalidade por omissão do direito português é a fonte clara de inspiração da ADIn por omissão, que será devidamente analisada quando do exame da fiscalização concentrada e das ações constitucionais atualmente previstas na Constituição Federal de 1988.

2.3 O Tribunal Constitucional da Espanha

O Tribunal Constitucional espanhol é um órgão estranho ao Poder Judiciário, composto por doze membros nomeados pelo Rei da Espanha; quatro membros serão propostos pelo Congresso, quatro pelo Senado, dois pelo governo e outros dois pelo Conselho Geral do Poder Judiciário. A indicação do Rei restringe-se aos nomes que lhe são propostos. O mandato dos juízes é de nove anos⁵³. Funcionalmente, sua estrutura se compõe de um Órgão Pleno e de duas Câmaras, ou melhor dizendo, duas *Salas*, cada uma com seis juízes.

O Órgão Pleno pode exercer o controle de constitucionalidade nas modalidades abstrata e concreta, além de apreciar conflitos de competência entre o Estado e as

comunidades autônomas, ou destas entre si, querelas entre os órgãos constitucionais do Estado – o Senado, o Congresso dos Deputados, o Governo e o Conselho Geral do Poder Judiciário –, o controle prévio de constitucionalidade das leis, as ações em defesa da autonomia local, a verificação da conformidade entre os Tratados e a Constituição, bem como qualquer outra matéria atribuída ao Tribunal Constitucional por lei.

Por sua vez, as Salas são competentes para as questões não afetas ao Pleno, das quais se destaca o relevante *recurso de amparo*. Por oportuno, saliente-se que quando um das Salas tender a se afastar da Jurisprudência dominante da Corte deve submeter o caso ao Pleno. O controle da constitucionalidade no ordenamento espanhol acontece tanto de forma preventiva como repressiva. A forma preventiva restringe-se aos Tratados; a forma repressiva se dá de três maneiras: *o recurso de inconstitucionalidade* – via de ação, concentrada e em abstrato –, *a questão de constitucionalidade* – via incidental e em concreto, mas não difusa –, que é suscitada apenas por órgão judicial, e *o recurso de amparo* – via de controle concentrado e em concreto –, garantidor do acesso direto do cidadão ao Tribunal Constitucional.

A admissão do recurso de inconstitucionalidade ou da questão de constitucionalidade não suspende a vigência nem a aplicação da lei. São legitimados para interpor o recurso de inconstitucionalidade o Presidente, o Defensor do Povo, um grupo de 50 deputados ou 50 senadores e os órgãos colegiados das Comunidades Autônomas. A análise do recurso de inconstitucionalidade e da questão de constitucionalidade permite a conclusão de que também na Espanha, assim como na Áustria e na Alemanha, o Tribunal Constitucional efetiva o controle de constitucionalidade somente pela via direta (controle concentrado) ou *per saltum*, em um incidente que, apesar de analisar o caso concreto, não se constitui em controle difuso exercido de forma recursal⁵⁴. Por esse motivo dissemos a pouco que a questão de constitucionalidade não pode ser considerada uma via de controle difuso, pelo menos da forma que o controle difuso é exercido no modelo americano.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 2004, p. 363-364.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 2004, p. 365.

Além do recurso de inconstitucionalidade e da questão de constitucionalidade, temos ainda o *recurso de amparo*, mecanismo que permite a qualquer do povo invocar a defesa de um direito fundamental. Na análise do *recurso de amparo*, não sendo o caso de afronta direta à Constituição por parte de um ato administrativo ou jurisdicional, pode a Sala encarregada levantar de ofício a inconstitucionalidade da lei que fundamentou o ato, remetendo o caso ao Órgão Pleno, que passa a exercer um controle concreto da constitucionalidade⁵⁵. García de Enterría chama atenção para Jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol que, apesar de conflitante com algumas normas de sua própria Lei Orgânica, permite o exercício do controle concreto mesmo quando já tenha ocorrido pronunciamento do Órgão Pleno pela constitucionalidade de uma lei através do controle abstrato⁵⁶.

A declaração de inconstitucionalidade das leis exercida pelo Tribunal Constitucional espanhol, em qualquer das formas de controle repressivo, possui eficácia *ex tunc*, ou seja, não se trata da mera anulabilidade da doutrina de Kelsen, mas da plena nulidade do sistema americano. De fato, merece apoio a declaração de García de Enterría de que o controle de constitucionalidade espanhol é seguidor do modelo americano, estando o monopólio do Tribunal Constitucional ligado tão-somente à retirada do ordenamento jurídico das leis consideradas inconstitucionais⁵⁷. Ressalte-se que o próprio art. 163 da Constituição espanhola obriga todos os órgãos judiciais a interpretarem-na, e mesmo sem a possibilidade de declarar uma lei inconstitucional, a negativa de aplicação é uma forma de preservar a supremacia da Constituição. O variado rol de legitimados para a propositura do recurso de inconstitucionalidade espanhol foi influência decisiva para o legislador constituinte de 1988 ampliar a legitimação ativa de nossa ADIn. Na Constituição anterior apenas o Procurador-Geral da República gozava de tal legitimação.

⁵⁵ FAVOREU, Louis. **Cortes constitucionais**. Tradução de Dunha Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 109.

⁵⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de, op. cit., 2006. p. 149-151.

⁵⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de, op. cit., 2006. p. 151. Ver elucidativo resumo sobre o sistema espanhol de justiça constitucional à p. 309.

3 OS SIMILARES DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO DIREITO COMPARADO – O RECURSO CONSTITUCIONAL AUSTRIACO, O RECURSO CONSTITUCIONAL ALEMÃO E O RECURSO DE AMPARO ESPANHOL

No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro cabe à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental a defesa daquelas questões constitucionais consideradas de alta relevância, os preceitos fundamentais, e inclusos nestes estão necessariamente – por construção jurisprudencial e consonância doutrinária⁵⁸ – os direitos fundamentais do cidadão. A Argüição possui como um dos requisitos de admissibilidade a necessária observância do princípio da subsidiariedade, o que exige a prévia interposição de todas as ações cabíveis ao deslinde da questão. Neste diapasão aproxima-se a ADPF brasileira de alguns institutos do Direito Comparado: o recurso constitucional austríaco, o recurso constitucional alemão e o recurso de amparo espanhol.

Não se pode esquecer, contudo, que uma relevante característica que restringe o uso da ADPF não é encontrada nos institutos estrangeiros: a Argüição de Descumprimento é um mecanismo de controle concentrado, cuja legitimação ativa se resume ao limitado grupo daqueles que podem impetrar a ADIn, ao passo que o recurso constitucional austríaco, o recurso constitucional alemão e o recurso de amparo espanhol são, basicamente, instrumentos de acesso direto do cidadão à sua respectiva Corte Constitucional.

3.1 O recurso constitucional austríaco

O constitucionalista francês Louis Favoreu aponta como predecessor da atual Corte austríaca o Tribunal do Império, instituído em 1867, cuja atribuição básica era receber

⁵⁸ A análise do que a doutrina entende por preceito fundamental será realizada no capítulo 7.

diretamente dos cidadãos recursos contra violações de seus direitos constitucionais⁵⁹, recursos estes que podem perfeitamente ser considerados como a semente do atual *recurso constitucional* austríaco, que recebeu os contornos atuais na Constituição de 1920. Consiste o *recurso constitucional* austríaco (*Beschwerde*) em via de acesso direto ao Tribunal Constitucional, permitindo ao cidadão questionar um ato administrativo que possa estar interferindo no exercício de um direito garantido pela Constituição, cabendo ainda contra aplicação de uma lei considerada inconstitucional. O *Beschwerde* permite que, através de um incidente de inconstitucionalidade, seja suspenso o processo que esteja tramitando perante um juiz monocrático ou perante um tribunal, submetendo ao Tribunal Constitucional a controvérsia acerca de lesão a direito individual. Após resolver a questão controvertida, o Tribunal Constitucional devolve a cognição da matéria ao tribunal suscitante, que deverá obedecer ao que já decidiu em relação ao tema constitucional, visto que o Tribunal Constitucional desempenha no caso a função de Corte de Cassação⁶⁰. Deve ser ressaltado que o Tribunal Constitucional austríaco tem discricionariedade para escolher em que casos procederá com a análise da questão constitucional⁶¹. O recurso austríaco permite assim uma fiscalização concreta e concentrada de constitucionalidade, convivendo em harmonia com o controle abstrato e concentrado.

Vale a pena enumerar seus requisitos de admissibilidade: alegada lesão a direito fundamental, existência de ato inconstitucional, lide concretamente posta em juízo e prazo de seis meses contados da prática do ato atacado⁶². Por obra de construção jurisprudencial, a subsidiariedade passou a ser uma característica do recurso constitucional austríaco, o que significa que o apelo só será conhecido quando não houver qualquer outra via adequada; esta

⁵⁹ FAVOREU, Louis, op. cit., 2004, p. 41.

⁶⁰ Relembrando o que foi comentado sobre o ordenamento austríaco, o recurso constitucional não se confunde com a questão constitucional, visto que aquele é instrumento de controle concreto e concentrado enquanto esta é instrumento de controle concreto e *per saltum* ao Tribunal Constitucional, que passa a atuar como Corte de Cassação, podendo ser suscitada apenas pelos tribunais e não pelos juízes monocráticos.

⁶¹ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 81.

⁶² MORAES, Alexandre de, op. cit., 2000, p. 129.

característica é também comum ao recurso alemão e à via de amparo do direito espanhol, e influenciou sobremaneira a construção da ADPF brasileira⁶³.

Cabe mencionar como uma evolução do recurso constitucional austríaco a ação individual prevista após a reforma constitucional de 1975, que passa a permitir a impugnação, perante o Tribunal Constitucional, de lei ou regulamento que lese diretamente algum dos direitos individuais. Gilmar Mendes a denomina de *Individualantrag*⁶⁴, enquanto André Ramos Tavares a trata de *Individualbeschwerde*⁶⁵. Esta modalidade de recurso constitucional também precisa obedecer ao princípio da subsidiariedade. É compreensível, portanto, que o recurso constitucional não ocupe o topo das estatísticas processuais de seu Tribunal Constitucional; no caso da Áustria, o maior volume de julgamentos está concentrado no contencioso da constitucionalidade dos atos administrativos.

O *Beschwerde* da Áustria é muito semelhante ao recurso alemão e ao amparo espanhol, sendo idênticas a necessidade de desrespeito a um direito constitucional, a legitimação do indivíduo e a necessária existência de ato do poder público considerado violador do direito. Entretanto, diferente dos similares alemão e espanhol, o recurso austríaco não cabe para impugnação de decisão judicial. Pela Lei Orgânica do Tribunal Constitucional austríaco permite-se às partes interessadas no processo que se pronunciem neste. Contudo, em virtude de seu caráter objetivo, no caso de desistência da parte, o controle de constitucionalidade iniciado pelo recurso constitucional tem pleno seguimento.

3.2 O recurso constitucional alemão

O similar alemão ao recurso austríaco é a *Verfassungsbeschwerde*, cuja tradução mais empregada pela doutrina pátria é a expressão *recurso constitucional*. Também pode ser citado

⁶³ Na Áustria, entretanto, o particular está obrigado a esgotar somente a via administrativa, mas não a judicial, o que difere de forma significativa este instituto do recurso constitucional alemão e do recuso de amparo espanhol.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 2006. p. 34.

⁶⁵ TAVARES, André Ramos. **Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001b. p. 64.

como *reclamação constitucional*⁶⁶. Foi instituído por lei em 1951, constando também no art. 93, I, 4, *a* da Lei Fundamental e no § 13, 8, *a* e § 90 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional alemão.

O recurso constitucional alemão é o remédio jurídico para a proteção e realização dos direitos fundamentais, somente admissível quando a violação não tem como ser suprimida de outra forma. Aqui entra o princípio da subsidiariedade, aplicado também à nossa ADPF. O dever de obediência ao requisito da subsidiariedade fica mitigado nas hipóteses de questão de interesse geral ou quando o requerente possa sofrer grave lesão caso recorra à via ordinária, quando o Tribunal Constitucional alemão pode decidir de imediato o recurso constitucional, conforme preceitua o § 90 de sua Lei Orgânica.

O recurso constitucional alemão é expressamente previsto para a defesa dos direitos fundamentais e não todo e qualquer preceito constitucional; a ADPF pátria também faz restrição qualitativa – apenas as normas que afrontem preceitos fundamentais podem ser objeto da argüição. Acontece que dessa aparente semelhança surgiu uma relevante diferença, posto que, enquanto o conceito restritivo ficou absolutamente resolvido na Alemanha, a expressão “preceito fundamental” causou (e ainda causa) divergência doutrinária em nosso país. Compete exclusivamente ao Tribunal Constitucional alemão decidir o recurso constitucional interposto por qualquer pessoa física ou jurídica nacional, cuja alegação seja um prejuízo causado por ato do poder público aos direitos fundamentais ou a um dos direitos assemelhados a fundamentais⁶⁷.

Conforme salienta a lei fundamental alemã, em seu art. 19, 3, os direitos fundamentais também são válidos para pessoas jurídicas nacionais, desde que pela sua essência sejam aplicáveis às mesmas, permitindo-se, portanto, a interposição do recurso constitucional por associações e sindicatos. Também existem restrições à pessoa jurídica, que apenas terá legitimidade quando titularizar direito fundamental próprio. Assim, a expressão ‘qualquer

⁶⁶ Ver o que se comentou a respeito da correta tradução do termo *Verfassungsbeschwerde* na nota de rodapé nº 39.

⁶⁷ Previstos nos arts. 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104 da lei fundamental alemã.

pessoa', encontrada no § 90, 1 da Lei do Tribunal Constitucional Alemão, não compreende toda pessoa natural e toda pessoa jurídica, mas apenas a titular dos direitos mencionados naquela prescrição legal. Conclui-se que a legitimidade processual ativa é examinada caso a caso⁶⁸.

No exercício da competência para julgar o recurso constitucional, o acesso é garantido a todos, gratuitamente e independente de advogados, desde que o poder público tenha prejudicado os direitos fundamentais do cidadão ou os chamados direitos assemelhados aos fundamentais, anteriormente enunciados. Em conclusão, todos os titulares de direitos fundamentais têm legitimidade para propor o recurso constitucional, inclusive estrangeiros e pessoas jurídicas. Alguns dos direitos fundamentais, entretanto, são consagrados apenas aos alemães e aos oriundos de país que componha a União Européia.

No julgamento do recurso constitucional alemão o Tribunal age como Corte de Cassação, mas ao lado de sua relevante função subjetiva (defesa dos direitos fundamentais) o recurso constitucional tem uma função objetiva, a de conservar o Direito Constitucional e de servir ao seu desenvolvimento. O recurso constitucional pode, assim, ser também considerado um meio de proteção ao Direito Constitucional objetivo⁶⁹.

O objeto do recurso constitucional são tanto as ações quanto as omissões do poder público. No âmbito do Poder Legislativo, a ação compreende não somente as leis em sentido formal publicadas, federais e estaduais, pré e pós-constitucionais, mas também todas as normas jurídicas materiais. A omissão pode ser absoluta ou relativa. A absoluta existe quando o legislador, em oposição a um mandado constitucional inequívoco, não cumpre o seu dever de legislar. Há omissão relativa quando, embora o legislador tenha sido ativo, a regulação promulgada apresente lacunas que excluam determinado grupo⁷⁰.

⁶⁸ HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. p. 142. A Jurisprudência constitucional alemã admite também a legitimidade de associações, mesmo sem personalidade jurídica, desde que titulares de um direito fundamental.

⁶⁹ Ibid., 1995. p. 141.

⁷⁰ Nosso ordenamento prevê a ADIn por omissão para ambas as hipóteses, o que, pelo princípio da subsidiariedade exclui o uso da ADPF.

No âmbito do Executivo são objetos de impugnação os atos administrativos, tanto os federais, quanto os estaduais e municipais. A omissão executiva também se compreende como objeto do recurso constitucional alemão. Quanto ao Poder Judiciário estão incluídas as decisões de todos os tribunais da Federação alemã (exceto o Tribunal Constitucional Federal) e dos estados, inclusive dos tribunais constitucionais estaduais. A omissão judiciária também pode ser objeto do recurso constitucional.

Como foi dito anteriormente, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha vincula o princípio da subsidiariedade ao recurso constitucional, o que obriga ao esgotamento da via judicial comum. Isso significa que o proponente deve antes de tudo procurar obter a remoção da ação da autoridade, contra a qual ele reclama por ser contrária aos direitos fundamentais, com os outros remédios jurídicos postos à sua disposição pelas leis.

A obrigação do esgotamento da via judicial comporta exceções: quando a possibilidade de exaurimento da via judicial não está objetivamente oferecida e quando não for subjetivamente exigível ao promovente. Esse ponto tem sido defendido também pela mais moderna doutrina pátria em relação à nossa arguição de descumprimento, o que significa dizer que a subsidiariedade da ADPF tem a ver com a utilização de meios judiciais eficazes e que se relacionem com o caráter de processo objetivo que tem nossa congênere do recurso alemão⁷¹. O prazo para interposição do recurso constitucional é, via de regra, um mês, exceto quando o recurso se dirige contra uma lei ou contra ato do Poder Público não passíveis de controle judicial, quando então o prazo será então de um ano, contado da entrada em vigor do ato ou da lei. O recurso constitucional alemão apresenta importantes semelhanças e também relevantes diferenças com a ADPF brasileira. As semelhanças a serem destacadas são a

⁷¹ Vale a pena transcrever breve lição extraída de Luís Roberto Barroso: “Por outro lado, a simples possibilidade de propositura de ações de natureza subjetiva ou o cabimento de recursos processuais não é, de per si, impedimento à arguição, se aquelas medidas não forem idôneas a produzir solução imediata e abrangente, nas hipóteses em que o interesse público relevante ou a segurança jurídica assim o exijam. Esse ponto de vista foi sustentado por Gilmar Ferreira Mendes, inicialmente em sede doutrinária, baseado no tratamento jurisprudencial dado à matéria no direito espanhol e no alemão. Posteriormente, já como Ministro do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática conhecendo ADPF ajuizada pelo Estado do Pará, tendo por objeto direito estadual pré-constitucional, voltou a afirmar a tese, que se afigura como a mais adequada”. BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 255.

apreciação originária da competência pelo Tribunal responsável pela guarda da Constituição, a possibilidade de controle dos atos do Poder Público, a fiscalização das normas pré-constitucionais, o princípio da subsidiariedade e a missão de defender não apenas os direitos fundamentais, mas também zelar pela defesa da Constituição⁷².

Entre as características que distanciam os dois institutos podemos destacar a impossibilidade de a ADPF ser ajuizada por qualquer indivíduo, o prazo para interposição que existe no instituto alemão e a generalização do tipo de violação que pode ser atacada pelo recurso alemão, contrastando com uma rigorosa aplicação do princípio da subsidiariedade à ADPF, que perde muito de suas possibilidades em virtude do largo espectro da ADIn.

Destaca Louis Favoreu que o recurso constitucional ocupa lugar de destaque na Alemanha, citando como exemplo o ano de 1994, quando dos 5.324 novos casos que chegaram ao Tribunal Constitucional, 4.855 eram de recurso constitucional, o que representou 91,12% do total⁷³. Entretanto, Gilmar Mendes, apoiado nas estatísticas do Tribunal Constitucional alemão, informa que cerca de 97% dos recursos constitucionais são recusados por câmaras formadas por grupo de três juízes⁷⁴. Não existe obrigação de serem tornadas públicas as razões que levaram à recusa. Vale mencionar ainda a existência de um recurso constitucional comunal, previsto no art. 93, I, 4, *b* da Lei Fundamental e no § 91 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional alemão, cuja legitimidade ativa pertence aos municípios e às uniões de municípios. A finalidade do recurso comunal é a garantia do direito à autonomia administrativa daqueles entes legitimados⁷⁵.

3.3 O recurso de amparo espanhol

Semelhante ao recurso constitucional alemão e ao recurso austríaco, existe na Espanha o *recurso de amparo*, mecanismo que proporciona proteção aos direitos fundamentais de forma direta, ou seja, permite ao cidadão dirigir-se ao Tribunal Constitucional espanhol, desde

⁷² MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes, op. cit., 2003. p. 80.

⁷³ FAVOREU, Louis, op. cit., 2004. p. 37.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 2006. p. 38.

que esgotadas as vias ordinárias. O prévio esgotamento das vias ordinárias é fruto da clássica regra da subsidiariedade, que, repita-se, também é inerente à ADPF do ordenamento brasileiro. Saliente-se que tanto a doutrina como a Jurisprudência espanholas têm atenuado a literalidade do princípio da subsidiariedade, não exigindo a interposição de todos os meios possíveis, mas apenas aqueles que sejam razoavelmente úteis.

O recurso de amparo foi idealizado para coibir qualquer violação dos direitos e liberdades garantidos aos cidadãos pela Constituição espanhola em seus artigos 14 a 30. Apesar da denominação de recurso, o amparo significa, de fato, um processo autônomo. A necessidade de se observar alguns prazos é presente no recurso de amparo, o que também ocorre com o recurso alemão, mas não com a ADPF brasileira. Veja-se o texto literal do art. 53 da Constituição Espanhola, que em seu item 2 trata especificamente do recurso de amparo:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a),

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Ressalte-se que o recurso de amparo espanhol, tal como os similares alemão e austríaco, cumpre uma dupla função, visto que tanto se presta a ser uma garantia subjetiva, para a proteção dos direitos fundamentais, quanto uma garantia objetiva, para a proteção do ordenamento constitucional. Dito de outra forma, o recurso de amparo, além de proteger os direitos fundamentais, se presta à defesa do conteúdo essencial da Constituição espanhola. O recurso de amparo deve ser proposto em 20 dias contra atos de juízes ou tribunais, inclusive quando examinem atos do Executivo, ou em três meses das decisões ou atos do Legislativo que não tenham em força de lei. O recurso espanhol, também da mesma forma que os

⁷⁵ HECK, Luís Afonso, op. cit., 1995. p. 147-148.

similares austríaco e alemão, pode ser proposto por qualquer pessoa; no caso do recurso de amparo, está prevista legitimidade inclusive para as pessoas jurídicas, o Defensor do Povo e o Ministério Fiscal. A impugnação de lei em tese não é objeto do amparo espanhol, que se presta a impugnar atos concretos violadores de direitos fundamentais. Na lição de García de Enterría:

La Constitución há querido que el amparo se otorgue cuando se ha acreditado en el proceso una violación de la libertad de conformidad con el contenido constitucionalmente declarado [art. 55, 1, b, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], esto es, en los términos de cláusula general en que las libertades están enunciadas en la Constitución misma, sin las adherencias que a esa cláusula general puedan advenir por obra de las leyes o normas secundarias, o por actos o conductas u omisiones del titular de la libertad o de los poderes públicos que con él se han enfrentado (exclusión en la tutela de la libertad de los principios de acto consentido, caducidad –fuera de la estrictamente procesal del mismo proceso de amparo– cualquier outro que excluya la eficacia de nulidad radical, perpetua e insubsanable de cualquier acto o norma que desconozca o infrinja dicha libertad). Ello sólo podía encomendarse al Tribunal Constitucional, porque sólo él actúa sometido exclusivamente a la Constitución (art. 1º, 1, de su Ley Orgánica), la cual no establece ninguna condición de tutela de esse carácter ni somete ningún derecho a la disponibilidad del legislador (antes bien, obliga a éste a respetar el contenido esencial de dichos derechos, artículo 53,1). Sólo también el Tribunal Constitucional puede resolver en el mismo momento de decidir el amparo, o subsiguientemente, la inconstitucionalidad de la Ley en cuyos preceptos se hubiese justificado el agravio al derecho fundamental de que se trate (artículo 55, 2 de la Ley Orgánica), técnica de tutela efectiva que no está al alcance de los Tribunales ordinarios, que habrían de suspender la tramitación del proceso de protección en tanto que se suscitaba, tramitaba y resolvía la cuestión de inconstitucionalidad previa, con la consiguiente ineffectividad de la tutela inmediata. Estas razones, que son más que procesales, porque a ellas subyace la superioridad del bien jurídico de cuya protección se trata y la consiguiente superioridad de protección, constituyen razones especiales que se suman a las ya indicadas en términos más abstractos para justificar definitivamente esta competencia de Tribunal Constitucional.⁷⁶

Também Louis Favoreu destaca a impossibilidade de ataque à lei em tese, ao mesmo tempo em que analisa a disciplina dos prazos:

O amparo é incabível contra uma lei, mas é admitido contra os atos não legislativos das assembléias parlamentares. Neste caso ele não tem caráter subsidiário e deve ser proposto no prazo de três meses. O amparo contra os atos ou comportamentos administrativos só pode ser interposto após estarem esgotadas as vias de recursos ordinários e no prazo de 20 dias, a contar da última decisão proferida em recurso ordinário. Finalmente, o amparo é cabível contra um ato ou omissão de um órgão judiciário, quando este ato ou esta omissão for a causa imediata e direta de um ataque aos direitos e liberdades protegidas nos artigos 14 a 30 da Constituição, com a condição de que as vias de recursos – como o apelo ou a cassação – tenham sido

⁷⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de op. cit., 2006. p. 157-160.

esgotadas. Também aqui o recurso deve ser apresentado no prazo de 20 dias a contar da última decisão.

De 15 de julho de 1980 a 31 de dezembro de 1994, 28.247 recursos de amparo foram apresentados; 23.578 foram negados pela filtragem e 2.314 deram origem a uma sentença. A quase totalidade dos recursos refere-se a atos jurisdicionais e, na imensa maioria dos casos, são invocados o direito a uma proteção jurisdicional efetiva e a violação do princípio de igualdade.⁷⁷

O recurso de amparo apresenta pontos de contato com a ADPF, por permitir um controle concreto e ao mesmo tempo concentrado da constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional. No entanto, a limitação no campo da legitimidade para propor a ADPF, que não admite a impetração por qualquer cidadão, leva à impossibilidade de se extrair uma maior equiparação entre os institutos.

⁷⁷ FAVOREU, Louis, op. cit., 2004. p. 107-108.

4 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A análise das raízes do controle de constitucionalidade, do funcionamento de algumas Cortes européias e de institutos do direito comparado serviu de fundamento para iniciarmos a discussão sobre o atual modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. No presente capítulo, será apresentado um histórico das constituições brasileiras, com ênfase na maneira como fora idealizado em cada uma delas o controle de constitucionalidade.

4.1 Constituição de 1824

A Constituição de 1824, única Carta Política de todo o Império, sob a influência do jacobinismo francês e dos doutrinadores políticos da Inglaterra, não previu o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Conferia, no entanto, em seus artigos 13 e 15, n^{os} 8^o e 9^o, ao Poder Legislativo, a competência de velar pela guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação, além de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, era a consagração do dogma da soberania do Parlamento⁷⁸.

A Carta Imperial trazia uma configuração de poderes inspirada na doutrina de Benjamin Constant, ou seja, uma divisão quadripartite: Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Moderador⁷⁹. Apesar da existência, ao tempo do Império, do Supremo Tribunal de Justiça, composto por juízes letrados, condecorados com o título de conselheiros, não podia aquele Tribunal tornar efetiva a supremacia constitucional, porque dependente do Poder Moderador, por meio do qual o Imperador poderia intervir nos outros poderes, estando, portanto, acima de todos eles, o que inviabilizava o controle da constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 1999. p. 234.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 75.

O “ilegal” ou o “inconstitucional” atendia a um critério político (e pessoal) do Imperador e não a um critério jurídico; era o reflexo da forma como foi engendrado o Poder Moderador. O Poder Executivo, que era exercido pelos Ministros de Estado, também possuía como chefe o Imperador. Uma das reais finalidades do Poder Moderador exercido pelo imperador “para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”⁸⁰ era servir de empecilho à possibilidade de um controle judicial de constitucionalidade dos atos legislativos, controle este que seria visto como violador das atribuições do Parlamento.

A Constituição de 1824 mostrou que os homens públicos de então eram muito pouco afeitos à influência do constitucionalismo norte-americano, que já criara e desenvolvera o controle difuso de constitucionalidade. Mesmo tendo sido a Constituição brasileira de mais longa duração, a Carta Imperial também significou um abismo entre Poder e povo.

4.2 Constituição de 1891

Com a proclamação da República, o Direito brasileiro passou a sofrer a influência do Direito norte-americano, para o que contribuíram decisivamente as idéias de Rui Barbosa, inaugurando-se o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Já a Constituição Provisória de 1890 previa, em seu artigo 58, §1º, que das sentenças da justiça dos estados em última instância haveria recurso para o Supremo Tribunal Federal quando se questionasse a validade ou a aplicabilidade de tratados e leis federais e a decisão do tribunal do estado fosse contrária à legislação federal, e quando se contestasse a validade das leis ou atos dos governos dos estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do tribunal do estado considerasse válidos os atos ou as leis impugnadas.

O fato de o Marechal Deodoro da Fonseca ter entregado o projeto da Constituição para a revisão de Rui Barbosa marcaria o início de uma duradoura influência do constitucionalismo

⁸⁰ Texto do art. 98.

americano. Rui efetuou uma série de emendas ao projeto: ampliou a competência do Supremo para todas as questões decididas pelos juízes e tribunais estaduais que negassem validade às leis federais ou que afirmassem a validade de leis e atos dos governos estaduais contestados em face da Constituição ou de leis federais, ampliação esta que foi posteriormente estendida aos juízes federais. Muito embora a República estivesse à procura de fortalecer os estados, as emendas apontavam para as mais variadas formas de controle dos atos das justiças estaduais, basicamente em virtude da forte influência dos governadores sobre seus respectivos magistrados⁸¹.

A concepção americana pôde ser especialmente observada pela criação do Supremo Tribunal Federal nos moldes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e tendo como finalidade adequar a dinâmica das forças regionais ao recente sistema federalista.

Como as idéias republicanas não empolgavam tanto quanto a novidade que representava a instituição da federação brasileira, o controle difuso acabou se prestando – tal como o próprio Supremo Tribunal Federal – muito mais para garantir a República contra eventuais maiorias parlamentares que apoiassem o retorno à Monarquia. É dessa postura do Supremo Tribunal Federal que várias decisões tomadas por aquela Corte em seus primórdios terão nítido caráter antimonarquista e em favor dos direitos constitucionais⁸².

A Carta de 1891 suprimiu ainda o sistema dual, em que coexistiam a jurisdição e o contencioso administrativo (de orientação francesa) em prol do sistema de jurisdição única, ou seja, o controle dos atos administrativos pela justiça comum, em mais uma prova da acolhida do *judicial control* norte-americano.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 2004. p. 426-427.

⁸² Um acórdão da época vai marcar a história do Supremo Tribunal Federal. Trata-se do HC 300, Relator o Ministro Costa Barradas, julgado em 27 de abril de 1892, cuja tese sobre presos políticos e estado de sítio tornar-se-ia posteriormente majoritária. O advogado Rui Barbosa impetrara *habeas corpus* em favor do Senador Almirante Eduardo Wandenkolk e outros cidadãos, indiciados por crimes de sedição e conspiração, presos ou desterrados em virtude de decretos expedidos pelo Vice-Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto, na função de Presidente. Tais atos determinaram a suspensão das garantias constitucionais, decretando-se o estado de sítio no Distrito Federal. Fundamentou-se o pedido na inconstitucionalidade do estado de sítio e na ilegalidade das prisões ocorridas, umas antes de decretado o estado de sítio, outras depois de terminada a sua vigência, quando devem imediatamente ser restabelecidas as garantias constitucionais.

No âmbito da legislação ordinária, o Decreto nº. 848 de 11 de outubro de 1890, que iniciou a organização da Justiça Federal, dispunha em seu artigo 3º, que “Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte”, o que significava a instituição do controle por via de exceção (modelo americano).

Previa ainda o art. 9º, parágrafo único, letra b, daquele Decreto, o recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos Tribunais e juízes dos Estados, quando a validade de uma lei ou ato de qualquer estado fosse posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou do ato.

Quando promulgada, a Constituição de 1891, quase como que ratificando a legislação ordinária, previa na parte dedicada ao Poder Judiciário que das sentenças das Justiças dos Estados em última instância haveria recurso para o Supremo Tribunal Federal em dois casos: quando se questionasse sobre a validade ou a interpretação de tratados ou leis federais e a decisão do tribunal do estado fosse contra ela e quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos dos estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do estado considerasse válidos esses atos ou essas leis impugnadas (art. 59, §1º)⁸³. Inaugurava-se um sistema de competências a serem disciplinadas por lei federal sob pena de inconstitucionalidade. A Justiça Federal não fora contemplada na hipótese justamente pelo fato de ter sido recém criada e encontrar-se em estágio rudimentar.

A Lei nº. 221, de 20 de novembro de 1894, que completou a organização judiciária da Justiça Federal, dispôs, em seu artigo 13, § 10, que “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

⁸³ Uma repetição exata do art. 58, §1º da Constituição Provisória e similar à disposição do Decreto nº. 848/1890.

Adotou ainda a Lei nº. 221/1894 expressamente o controle difuso, ao prever que qualquer juiz ou tribunal poderia desaplicar as leis inconstitucionais⁸⁴. Conclui-se que a via de exceção, enquanto via judiciária que é, penetra o nosso ordenamento jurídico graças ao sistema republicano e federativo da Constituição de 1891.

A Justiça da União e as justiças dos estados foram reconhecidas de todo competentes para recusar aplicabilidade a atos inconstitucionais, assim do Executivo como do Legislativo. O quadro que se desenhava nos primórdios da República permitia a conclusão de que, embora praticante do modelo de Direito romano-germânico, o Brasil optou pelo controle difuso de constitucionalidade – advindo do modelo jurisdicional norte-americano – desprovido, diga-se de passagem, de qualquer mecanismo que estendesse o efeito da decisão. Formalmente, o alcance da decisão do Supremo acerca da inconstitucionalidade de um ato normativo ficaria restrito às partes até o advento da Carta de 1934, eis que não acolhemos de pronto a doutrina americana do *stare decisis*⁸⁵.

Posteriormente, a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 alterou o conteúdo do artigo 6º ao enunciar os princípios constitucionais sensíveis que, caso fossem violados, acarretariam a intervenção federal nos estados a ser decretada pelo Congresso Nacional.

4.3 Constituição de 1934

A Constituição de 1934, embora mantendo o controle difuso, trouxe significativas inovações. No art. 179 foi estabelecido o *quorum* especial da maioria absoluta dos membros dos tribunais para as decisões sobre inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, o que permanece até hoje. Importado dos norte-americanos, que tratam o instituto como *full*

⁸⁴ Conforme ensina Paulo Bonavides, a Exposição de Motivos feita anteriormente por Campos Sales já ressaltava a competência da nova magistratura, instalada no país por obra e graça do regime republicano, para examinar a lei, antes de aplicá-la, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela parecer conforme ou contrária à Constituição. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 327.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 2004. p. 432.

bench, entre nós ficou conhecido como Reserva de Plenário (em nossa atual Carta Política o instituto está expresso no art. 97).

Instituiu ainda a Constituição de 1934 a representação interventiva, semente da atual Ação Direta de Inconstitucionalidade. O art. 12, V, daquela Constituição previu a intervenção da União em negócios peculiares dos estados para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis que especificava em seu art. 7º, I, alíneas *a* a *h*. Naquelas hipóteses taxativas, a intervenção, inobstante já ter sido decretada, somente se efetivaria depois que a Corte Suprema⁸⁶, mediante representação do Procurador-Geral da República, tomasse conhecimento da lei federal que a tivesse decretado e lhe declarasse a constitucionalidade (art. 12, §2º), ressaltando-se que a iniciativa de lei que dispusesse sobre intervenção federal era exclusiva do Senado (art. 41, §3º). Verifica-se, pois, que o objeto da apreciação pela Corte Suprema era a lei federal que havia decretado a intervenção e não a lei estadual motivadora.

Esse controle judicial configurava um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Corte Suprema o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual. Conforme Gilmar Ferreira Mendes não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Legislativo, mas de exame puramente jurídico⁸⁷.

Não resta dúvida que esta criação do legislador constitucional fora a mais relevante daquela Carta, devido ao fato de que o exame de constitucionalidade pelo Pretório Excelso já não ocorreria apenas incidentalmente, no transcurso de uma demanda, mas por efeito de uma provocação cujo objeto era a própria declaração de constitucionalidade de lei que decretara intervenção federal. No seu art. 68, dispunha a Constituição ser vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas, o que revelava mais uma vez a influência da jurisprudência norte-americana, já que o modelo austríaco de Tribunal Constitucional confere ampla permissão para o tratamento de questões políticas. Outra inovação foi a competência

⁸⁶ Sob a égide da Constituição de 1934, encontramos o único período da história da República em que o Supremo Tribunal Federal perde essa denominação e passa a ser chamado de Corte Suprema.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 1999. p. 239.

atribuída pelo art. 91, IV, da Constituição de 1934, ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Essa matéria era complementada pelo art. 96, que estabelecia:

Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal, para os fins do art. 91, IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva de que tenha emanado a lei ou o ato.

Muito oportuna neste ponto a lição de Fábio César dos Santos de Oliveira:

[...] a assunção da matriz constitucional norte-americana pela Constituição de 1891 provocara a necessidade de sua adequação ao sistema jurídico pátrio. Ao passo que a tradição anglo-saxônica se associa ao princípio do *stare decisis*; concedendo efeito vinculante aos precedentes (*leading case*) firmados pelos Tribunais, permitindo, portanto, que as decisões exaradas em sede de controle difuso pela Suprema Corte norte-americana tivessem efeito *erga omnes*, no Brasil a lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal restava ainda formalmente vigente, não abrigando os demais órgãos jurisdicionais decidirem conforme a orientação da Corte superior. Logo, inserindo um ‘corretivo para o sistema de controle puramente difuso até então vigente’, a Constituição de 1934 procurou mitigar esta falha ao criar um instrumento idôneo à atribuição de efeito *erga omnes* à decisão declaratória de inconstitucionalidade pronunciada em via de exceção.⁸⁸

Por este mecanismo, a decisão da Corte Suprema tomada num caso concreto adquiriria eficácia *erga omnes* mediante a edição, pelo Senado Federal, de resolução suspensiva da norma declarada inconstitucional, devendo-se ainda observar que, no Texto Constitucional de 1934, o Senado Federal tinha o *status* de órgão de coordenação dos poderes. Hoje o Senado, sem embargo de ser a Câmara de representação dos estados-membros, tem também a relevante função de controle dos poderes.

A participação ulterior do Senado teve o condão de resguardar o princípio da separação de poderes, evitando quebrar a harmonia entre eles, o que foi deveras útil e prudente numa época de grande fervor político⁸⁹. Como se pode bem observar, a comunicação ao Senado não era feita diretamente pela Corte Suprema, sendo obrigatória a participação do Procurador-Geral da República.

⁸⁸ OLIVEIRA, Fábio César dos Santos de. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 61.

Registre-se que o Mandado de Segurança foi previsto na Constituição de 1934, para defesa de direito certo e incontestável do impetrante, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo deveria ser o mesmo do *habeas corpus*, devendo sempre ser ouvida a pessoa de direito público interessada⁹⁰. Desse modo, tornava-se possível a discussão de atos do Poder Público fundados em lei inconstitucional. Vale ressaltar ainda que além da resolução do Senado com poder de suspender a execução de lei julgada inconstitucional pela Corte Suprema em sede difusa, da reserva de plenário e do Mandado de Segurança, a Constituição de 1934 trouxe ao nosso ordenamento a Ação Popular, a pluralidade sindical e a proteção ao acidente de trabalho⁹¹.

Não obstante a breve vigência do Texto Constitucional de 1934, em virtude de convulsões políticas daquele tempo, não se pode negar o transcendental significado de suas inovações para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade nacional, sendo a mais relevante de todas a instituição da representação interventiva, que significou, a partir de sua formalização em 1965, uma coexistência em nosso ordenamento dos modelos americano e austríaco de controle da constitucionalidade. Com diz Fábio César dos Santos de Oliveira:

A curta vigência da Carta de 1934 fez com que muitas de suas inovações não fossem concretizadas em razão dos eventos políticos perturbadores daquele momento, o que não obscureceu o significado delas para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade das leis no Brasil.⁹²

4.4 Constituição de 1937

A grande novidade trazida pela Constituição autoritária e centralizadora de 1937 no âmbito do controle de constitucionalidade constava do parágrafo único do art. 96 e consistia na possibilidade do Presidente da República submeter novamente ao Parlamento a apreciação de lei declarada inconstitucional, desde que a julgasse de interesse nacional. Se as duas casas confirmassem a lei por dois terços de seus membros a decisão do tribunal ficaria sem efeito.

⁸⁹ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999. p. 32.

⁹⁰ Artigo 113, nº 33.

⁹¹ Artigos 113, nº 38, 120 e 121, letra h, respectivamente.

⁹² OLIVEIRA, Fábio César dos Santos de, op. cit., 2004. p. 62-63.

De fato, a medida representou um retrocesso no desenvolvimento de nosso controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, *b e c*), preservando-se, inclusive, a exigência de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira quando concedeu tal poder ao Chefe do Executivo.

Cumprir notar que a Carta de 1937 além de expressamente vedar ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94), tirou do Mandado de Segurança a qualidade de garantia constitucional, passando este a ser disciplinado pela legislação ordinária. O Código de Processo Civil de 1939 excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos estados.

Para se ter uma idéia do grau autoritário desta Constituição, um de seus dispositivos concedia aos governos estaduais a competência legislativa das Assembléias enquanto estas não se reunissem, enquanto outro extinguiu a Justiça Federal⁹³. A Constituição outorgada notabilizou-se por uma eficácia extremamente baixa, eis que restringida pelos poderes enfeixados pelo regime de exceção. A Carta de 1937, de fato, restou inaplicada em sua maior parte.

4.5 Constituição de 1946

Dotada do mesmo espírito democrático da Carta de 1934, a Constituição de 1946, também conhecida como a Constituição da Redemocratização, consagrou o voto secreto, o regime de partidos, a representação proporcional, o instituto da suplência, a validade dos diplomas e a competência da justiça eleitoral para o julgamento de todas as fases de um pleito⁹⁴.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 2004. p. 442.

A Constituição de 1946 manteve o controle difuso de constitucionalidade e o *quorum* da maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade por órgãos judiciários colegiados (art. 200). Foi preservada a competência do Senado, reintroduzido como órgão do Poder Legislativo, para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 67). Note-se que a Constituição de 1946 restringiu a amplitude da resolução suspensiva do Senado, porquanto passou a mencionar como objeto dessa atividade leis e decretos declarados inconstitucionais, e não mais lei, ato, deliberação ou regulamento, tal como constava no texto de 1934. Também foi eliminada a intermediação do Procurador-Geral da República na comunicação ao Senado da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, passando a própria Corte a exercer esse papel.

Destaque-se ainda, como inovação da Constituição de 1946, o novo desenho da representação pela intervenção federal nos estados-membros, em razão da inobservância dos princípios constitucionais sensíveis (art. 7º, VII, alíneas *a* a *g*). O Supremo Tribunal Federal não mais examinava a lei federal que houvesse decretado a intervenção no estado, mas a própria lei ou o ato estadual argüidos de inconstitucionalidade, por violação de princípio constitucional sensível. Além disso, outra mudança em relação a 1934 foi o fato de que a intervenção só seria decretada após o Supremo haver examinado o ato argüido de inconstitucionalidade. Naquela Constituição (a de 1934) a intervenção da Corte se dava após a decretação, visando tão-somente impedir a efetivação. Ao Procurador-Geral da República tocava o exercício desta representação, consoante a disciplina que se estabeleceu pela Lei nº 2.271, de 1954, e pela Lei nº 4.337, de 1964⁹⁵.

Deve-se ressaltar que, embora o constituinte tenha outorgado a titularidade da ação ao Procurador-Geral da República, a disciplina da chamada representação interventiva configurava, já na Constituição de 1934, uma peculiar modalidade de composição de conflito

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 2004. p. 444.

⁹⁵ A Lei nº. 2.271, de 22.07.1954, determinou que se aplicasse à argüição de inconstitucionalidade o processo do Mandado de Segurança (art. 4º). A primeira fase continuou a ser processada, porém, na Procuradoria-Geral da República, tal como no período anterior ao advento da disciplina legal.

entre União e estado. Cuidava-se de aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado.

A Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965, introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal. Ao dar nova redação à alínea *k* do art. 101, I, da Constituição de 1946, a Emenda determinou que caberia ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República, que detinha iniciativa privativa a respeito. Nascia o instituto que hoje conhecemos por Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Instituíu-se, portanto, sem prejuízo do controle incidental e ao lado da representação interventiva, o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, com o objetivo de defesa da ordem constitucional, garantindo a supremacia da Constituição. Dito de outra forma adotava-se também o modelo austríaco de controle concentrado, sem eliminação do controle difuso, nascido do sistema jurisdicional norte-americano, o que gerou uma configuração mista. Desde sua origem, a representação de inconstitucionalidade – hoje Ação Direta de Inconstitucionalidade – constitui-se como um instrumento de controle político da constitucionalidade da lei em tese, e não um meio adicional de prestação jurisdicional na defesa de interesses subjetivos.

No tocante ao controle de constitucionalidade de lei municipal, a Emenda nº. 16/65 consagrou, no art. 124, XIII, regra que outorgava ao legislador a faculdade para estabelecer processo de competência originária do tribunal de justiça do estado para proceder à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal que fosse conflitante com a respectiva constituição estadual. Ainda por ocasião da EC 16/65, o STF apresentou proposta para criação de um incidente de inconstitucionalidade que suspenderia o curso de qualquer processo em trâmite nos demais tribunais e juízes. Apenas o próprio STF e o Procurador-Geral da República teriam legitimidade para suscitar o tal incidente. A característica da suspensão assemelharia o instituto àquele que é responsável pelo controle difuso nos ordenamentos da Alemanha, Áustria e Espanha. Juntamente com esta sugestão, a comissão constituída pelos

Ministros Luís Galloti, Cândido Mota Filho, Victor Nunes Leal e presidida pelo Ministro Ribeiro da Costa propôs uma alteração no Recurso Extraordinário, cuja admissão passaria a estar vinculada a um juízo de relevância da questão constitucional, rigorosamente baseado no tratamento que a Suprema Corte americana confere ao *writ of certiorari*.

4.6 Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº. 1/69

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº. 1/69 mantiveram, em suas linhas básicas, o sistema de controle da Constituição de 1946, com as modificações da Emenda nº. 16/65. Houve, no entanto, a disciplina, pelo texto de 1969, do controle de constitucionalidade estadual para fins de intervenção em município. A representação para fins de intervenção federal, confiada ao Procurador-Geral da República, foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, primeira parte). A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, §2º). Preservou-se o controle de constitucionalidade *in abstracto*, exatamente como estabelecido pela Emenda nº. 16, de 1965.

A manutenção do Procurador-Geral da República como único legitimado a exercer o controle concentrado junto ao Supremo Tribunal Federal gerou relevante controvérsia durante a vigência do ordenamento constitucional instituído pela Constituição de 1969, fato que merece uma maior explanação em virtude das teses que foram aventadas. Ao julgar improcedente uma Reclamação⁹⁶ do Movimento Democrático Brasileiro contra o Procurador-Geral da República, por haver este, em despacho, mandado arquivar uma representação que lhe fora dirigida por aquela organização partidária arguindo a inconstitucionalidade de Decreto-Lei nº. 1.077/70, que estabelecera a censura prévia na divulgação de livros e periódicos, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 10 de março de 1971, interpretou,

⁹⁶ Reclamação 849/DF, Presidente o Ministro Aliomar Baleeiro, Relator o Ministro Adalício Nogueira. Ementa: “Reclamação. Desprezada a preliminar do seu não conhecimento, por maioria de votos deu-se, no mérito, pela sua improcedência, ainda por maioria, visto caber ao Dr. Procurador-Geral da República a iniciativa de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal a representação de inconstitucionalidade. Jurisprudência do STF, que se harmoniza com esse entendimento”. Publicada no DJ de 13/12/1971.

com a máxima rigidez, a competência exclusiva do Procurador-Geral da República no tocante à iniciativa da representação de inconstitucionalidade.

A controvérsia consistiu basicamente em definir se o Procurador-Geral da República, ao tomar conhecimento de inconstitucionalidade argüida em representação que lhe seja encaminhada por algum interessado, estaria obrigado a apresentá-la perante o Supremo Tribunal Federal ou poderia deixar de fazê-lo, determinado de plano o seu arquivamento. O entendimento dos que concluíram pela obrigatoriedade repousava no argumento de que se não o fizesse, o Procurador-Geral da República ter-se-ia convertido ele mesmo em juiz da representação, usurpando assim a competência do Supremo.

Entretanto, o acórdão foi em outro sentido, ao reconhecer que a titularidade da representação é exclusiva do Procurador-Geral da República, conforme se deduzia do então texto constitucional, e que somente ele possuía legitimação ativa para promover a ação de inconstitucionalidade em abstrato. Obrigado que fosse a encaminhar toda representação que lhe chegasse às mãos, já não seria titular exclusivo daquela competência, repartida por esse desvio hermenêutico com todos os cidadãos. A maioria dos membros do Supremo preferiu dar ao Procurador-Geral da República esse poderoso juízo primeiro de valor do que conceder aos cidadãos e às entidades de classe a prerrogativa de argüir a inconstitucionalidade das leis do regime militar.

Não se pode deixar de destacar o relevante papel representado pela Emenda Constitucional nº. 7, de 1977, pois suas disposições muito influenciariam os rumos de nosso controle de constitucionalidade. A Emenda nº. 7/77 introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Essa interpretação feita pelo Supremo teria força vinculante e seria o ponto de partida do hoje tão conhecido efeito vinculante, cuja evolução significativa se daria sob o manto da atual Constituição, passando pela Emenda Constitucional nº. 3, de 1993 e pela Lei 9.868, de 1999, antes de atingir seu estágio final com a Emenda Constitucional nº. 45, de 2004.

Não seria exagero afirmar também que essa interpretação suscitada originaria a atual Ação Declaratória de Constitucionalidade. Inaugurando uma nova etapa nos processo de controle de constitucionalidade em sede abstrata, a Emenda nº. 7/77 pôs, ainda, termo à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência do Supremo para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (art. 119, I, *p*, da Carta de 1967/1969).

5 A CARTA DE 1988 E O “MODELO BRASILEIRO” DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição de 1988, mantendo o controle difuso e concreto ao lado do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade⁹⁷, acabou por democratizar este último, com a ampliação dos entes e órgãos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, anteriormente privativa do Procurador-Geral da República, o que significou avanço da jurisdição concentrada. A atual Constituição trouxe ainda em seu texto original as figuras do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI), da inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, parágrafo único)⁹⁸.

Posteriormente, duas Emendas Constitucionais trouxeram novidades impactantes para nosso ordenamento: a EC 3/93 introduziu a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a EC 45/2004 – denominada de “Reforma do Judiciário” – expandiu os quatro legitimados originários da ADC para os mesmos nove detentores da capacidade de impetração da ADIn, efetuou diversas alterações no regime da Magistratura – sendo a mais importante delas a criação do Conselho Nacional de Justiça –, passou a exigir a demonstração da repercussão geral da questão constitucional para a admissão do Recurso Extraordinário e promoveu, ainda, a inclusão do art. 103-A ao texto constitucional, o que possibilitou ao Supremo Tribunal Federal a criação, alteração e extinção das chamadas Súmulas Vinculantes.

5.1 O tradicional controle difuso na presente Constituição e suas recentes alterações

O controle difuso é exercido a partir de um caso concreto – também conhecido como controle incidental ou modelo americano de controle de constitucionalidade – acompanha as

⁹⁷ Inobstante a correspondência quase absoluta no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, ressalte-se que o controle difuso não é sinônimo de controle concreto e o controle concentrado não é sinônimo de controle abstrato. Mesmo em nosso ordenamento constitucional existem raras hipóteses de controle concreto e concentrado (ver o que comentado na nota remissiva n.º 3) e até mesmo de controle abstrato e difuso (a ser oportunamente esclarecida).

⁹⁸ Posteriormente, a EC 3/93 transformou o parágrafo único do art. 102 em § 1º.

Constituições brasileiras desde 1891. Durante a maior parte da nossa história republicana foi o único tipo de controle adotado pela jurisdição constitucional. Sua supremacia foi paulatinamente enfraquecida desde a EC 16/1965, quando entra em cena o instituto que originaria a atual ação direta de inconstitucionalidade⁹⁹.

Deve ser mencionado que sobressai de pronto em nosso controle difuso a confortável ausência de diversos parâmetros restritivos encontrados no manejo da ADIn e da ADC. Temas como direito pré-constitucional, controle de leis municipais e regulamentos, dentre outros, não podem ser objeto daquelas ações. No controle difuso e concreto, a inconstitucionalidade pode ser questionada em todo e qualquer grau de jurisdição, desde os tribunais superiores de Brasília até o mais distante juízo monocrático. Não há qualquer diferença prática entre a declaração de inconstitucionalidade feita por um tribunal e a realizada por um juiz de primeiro grau. Procedimentalmente, o tribunal deve obedecer à cláusula da reserva de plenário. Dissentimos a respeito de Lenio Luiz Streck, para quem o juiz de primeiro grau não declara a inconstitucionalidade de um texto normativo, mas apenas deixa de aplicá-lo¹⁰⁰.

Sobre a ampla possibilidade de questionar-se a inconstitucionalidade de uma lei em qualquer grau de jurisdição devem ser feitas duas observações. A primeira é que o reconhecimento da inconstitucionalidade não pode ser o objeto da causa, ou seja, a inconstitucionalidade é apenas uma prejudicial, que precisa ser decidida previamente, por constituir-se em pressuposto necessário à solução da lide. Pleiteia-se algo totalmente diverso, mas só é possível obtê-lo após a declaração incidental de inconstitucionalidade de certa norma.

⁹⁹ Apesar da EC 45/2004 parecer ter consolidado a tendência de fortalecimento da via concentrada e abstrata de fiscalização, o controle difuso ainda é a única via diretamente acessível ao cidadão comum, o que lhe confere contornos especialmente interessantes quando o tema é ampliar a participação do indivíduo no processo constitucional.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 2004. p. 456. Em relação à possibilidade do juiz de primeiro grau efetivamente realizar o controle difuso de constitucionalidade e não simplesmente deixar de aplicar uma norma, há tempos o STF tem Jurisprudência consolidada neste sentido. Ver, a título de exemplo, o RE 89.553/GO, julgado em 24/03/81, DJ de 22/04/81, Relator o Ministro Rafael Mayer, bem como a Reclamação 721-0/AL – medida liminar – Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 19/08/1998, RTJ 554/253.

A segunda observação a se fazer é em relação ao Recurso Extraordinário, que tem como pressuposto o prequestionamento da matéria constitucional, ou seja, a mácula de inconstitucionalidade não pode surgir no julgamento do recurso, sendo obrigatória a demonstração prévia da afronta nas instâncias ordinárias¹⁰¹.

A questão constitucional atacada deve ser prejudicial ao deslinde da causa e nunca seu objeto principal, daí porque o controle difuso é também conhecido como controle incidental. Esse tipo de controle é despido de grandes formalidades e realizado através de um simples incidente, permitindo-se que a arguição de inconstitucionalidade seja realizada através de ações de rito ordinário, sumário e especial, e ainda pelas ações consagradas como “constitucionais”, dentre elas a ação popular e a ação civil pública.

O controle difuso de constitucionalidade exercido pelos Tribunais deve obedecer ao procedimento do incidente de inconstitucionalidade, desenhado pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil¹⁰². A Lei 9.868/99 incluiu três parágrafos ao art. 482 do CPC, que passou a dispor o seguinte:

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no

¹⁰¹ Posição também consolidada no STF. Ver RE 117.805/PR, julgado em 04/05/93, DJ de 27/08/93, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Segue trecho da ementa:

“I - Recurso extraordinário e controle incidente de constitucionalidade das leis. Na instância extraordinária, é de ser recebida com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso: assim, quando nem a decisão objeto do recurso extraordinário, nem o recorrente hajam questionado a validade, em face da Constituição, da lei aplicada, mas se hajam limitado a discutir a sua interpretação e conseqüente aplicabilidade ou não ao caso concreto, a limitação do juízo do RE, de um lado, ao âmbito das questões constitucionais enfrentadas pelo acórdão recorrido e, de outro a fundamentação do recurso, impede a declaração de ofício de inconstitucionalidade da lei aplicada, jamais argüida pelas partes nem cogitada pela decisão impugnada”.

No mesmo sentido as Súmulas 282 (“E inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”) e 356 (“O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”) do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰² A semelhança do que ocorre na uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479 do CPC), no incidente de inconstitucionalidade também se dá a cisão funcional, pois a admissão da alegação pelo órgão fracionário incumbe ao Pleno o julgamento da questão. A cisão funcional significa que mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade o órgão fracionário remete a decisão da questão suscitada ao órgão Pleno e a decisão deste vinculará aquele na decisão do caso concreto.

incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

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

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

As alterações visaram claramente aproximar os controles difuso e concentrado¹⁰³, na medida em que o § 2º permitiu aos legitimados para o segundo manifestarem-se por escrito no curso do procedimento do primeiro e o § 3º possibilitou a intervenção do *amicus curiae* no controle difuso, instituto que em nosso ordenamento vinha sendo associado apenas ao controle concentrado.

Em nosso ordenamento jurídico, o suscitar da questão de inconstitucionalidade como incidente em um processo subjetivo, pode ser feito por qualquer das partes, seja qual for a classe do processo (civil, penal, eleitoral, trabalhista ou militar), o grau de jurisdição em que este se encontre, a tutela pretendida (de conhecimento, declaratória, constitutiva, executiva ou mandamental) e a Justiça a que se recorra (estadual ou federal). Cabe aqui uma ressalva: considerável discussão doutrinária abateu-se sobre a possibilidade do controle difuso ser exercido através de ação civil pública.

Durante muito tempo o efeito *erga omnes*, inerente às decisões acerca de direitos difusos e coletivos, levou a doutrina a considerar que a decisão em ação civil pública que declarasse incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma usurparia a competência do STF¹⁰⁴. O entendimento evoluiu para considerar que a usurpação só aconteceria se a declaração de inconstitucionalidade fosse o próprio pedido e não somente a causa de pedir; note-se que tal pedido, por si só, usurparia a competência do STF, independente de ser ação

¹⁰³ O STF manifestou-se expressamente pela “objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental” no julgamento do RE 416.827 (08.02.2007). Ver, a respeito, Informativo STF 455.

¹⁰⁴ Alexandre de Moraes, ponderando sobre as decisões do STF, afirma que a Corte pretende vedar a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ADIn, o que lhe retiraria a exclusividade do controle concentrado das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal. Tal vedação seria especialmente aplicável quando os efeitos da decisão da ação civil pública fossem *erga omnes*, independentemente de a questão tratar de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. MORAES, Alexandre de, op. cit., 2006b. p. 653.

civil pública ou não, mas no caso particular da ação coletiva as conseqüências seriam muito mais graves devido ao envolvimento de direitos difusos e coletivos. A idéia de que a usurpação da competência do STF passa pela análise dos efeitos da decisão da ação civil pública transmutou-se, assim, em parâmetro secundário. O mais recente posicionamento da doutrina e da Jurisprudência do STF passa pela análise do pedido e da causa de pedir da ação civil pública. Conforme Hugo Nigro Mazzilli:

Nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei nº 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas sim, seu controle difuso ou incidental. Assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas.¹⁰⁵

Na Reclamação 2.460 MC/RJ, relator o Min. Marco Aurélio, em decisão de 10.12.2003, o STF, reconhecendo a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade pela via difusa, afastou a alegada usurpação da competência do STF, uma vez que, no caso concreto, a controvérsia posta nas ações civis públicas, acerca da inconstitucionalidade de decreto do Estado do Rio de Janeiro, não constituiu objeto único do pedido, mas causa de pedir, caracterizando-se como questão prejudicial à resolução do litígio principal¹⁰⁶. Da mesma Reclamação cabe colacionar trecho do voto do Min. Carlos Velloso:

Nas ações civis públicas sob exame, o seu objeto é uma pretensão, certo que o pedido de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, é fundamento jurídico do pedido, assim *causa petendi*. A declaração de inconstitucionalidade será decidida, portanto, incidentalmente, constituindo questão prejudicial, se a tanto entender necessário o Juízo. Noutras palavras, o objeto da ação não é, unicamente, a declaração de inconstitucionalidade. É dizer, a declaração de inconstitucionalidade não se constitui no próprio pedido da ação civil pública, mas, conforme foi dito, em causa de pedir, como acontece, comumente, nos processos de mandado de segurança, ação popular, etc..¹⁰⁷

Questão tormentosa e que acarreta grave ineficiência ao controle difuso repousa na impossibilidade de fiscalização sobre afronta considerada reflexa à Constituição Federal. A

¹⁰⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.134.

¹⁰⁶ Informativo STF 339.

¹⁰⁷ Ementário STF 2158-1, DJ 06.08.2004. p. 169.

Jurisprudência dominante do STF tem se firmado no sentido de que a violação deve ser direta e frontal, e não indireta, como no caso de um ato normativo que viole antes a lei do que a Constituição. O professor Luís Roberto Barroso destaca que a Segunda Turma do STF tem excepcionado o entendimento há muito predominante, admitindo conhecer de Recurso Extraordinário em que a ofensa seria direta ao ordenamento infraconstitucional e apenas indireta ao texto constitucional¹⁰⁸. A Turma já chegou a defender tese de que violações graves ao princípio do devido processo legal e ao da legalidade justificariam o controle pela via do recurso extremo, visto que um entendimento radicalmente contrário restringiria excessivamente a proteção judicial destes princípios. Complementando a exposição, o professor Barroso afirma que, na prática, a delimitação do que seria ofensa indireta é tarefa das mais problemáticas, pois uma concepção extremada transportaria o controle de todo e qualquer desrespeito à lei ao escopo da jurisdição constitucional, banalizando-a e ao mesmo tempo esvaziando o papel do legislador ordinário, o que só traria prejuízos à garantia de acesso ao Judiciário¹⁰⁹.

Muito bem destacado por André Ramos Tavares, a exclusão do controle dos atos regulamentares pode conduzir a um “afrouxamento” na divisão das funções entre os poderes Executivo e Legislativo¹¹⁰, o que certamente afronta a Constituição de forma direta, e não reflexa. A preocupação com um possível “vácuo” no controle de tais atos fez parte da doutrina nacional defender a criação de um instituto análogo ao previsto no art. 139 da Constituição austríaca, uma espécie de ação destinada ao controle abstrato da legalidade das normas regulamentares, o que se daria pela via concentrada mediante iniciativa de órgãos do Poder legislativo¹¹¹.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 95.

¹⁰⁹ Concordando com a opinião de Luís Roberto Barroso, também não nos parece salutar impedir o acesso à jurisdição constitucional pelo simples fato de que existe lei disciplinadora de certa matéria. Restringir o objeto do recurso extraordinário ao que se considera por ofensa direta, pode furtar da Corte Maior a possibilidade de decidir acerca de temas relevantes pelo simples fato de existir uma lei servindo como parâmetro imediato de controle. BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p.96.

¹¹⁰ André Ramos Tavares, op. cit., 2001b, p. 200.

¹¹¹ Para melhor compreensão do instituto austríaco recomendamos a leitura de TAVARES, André Ramos op. cit., 2001, p. 200, MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 221, CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito Constitucional**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 269 e CLÉVE, Clèmerson Merlin, op. cit., 2000. p.211-214.

A constituição de 1988 cindiu o antigo Recurso Extraordinário em dois: um permaneceu com o mesmo nome e tem por objeto as questões constitucionais, o outro passou a tratar das questões relativas ao direito federal infraconstitucional. Este último é o atual Recurso Especial, previsto no art. 105 da atual Carta Política e cuja competência para julgamento é do Superior Tribunal de Justiça. Sabendo-se que todos os tribunais do país estão aptos a exercer o controle difuso da constitucionalidade, inclusive o STJ, é preciso fazer uma ressalva no que tange ao tratamento dispensado ao recurso especial. Pode o STJ realizar o controle difuso nas causas que lhe sejam de competência originária ou julgadas mediante recurso ordinário, mas não pode de forma alguma tratar de matéria constitucional no âmbito do recurso especial, que é via exclusiva para a proteção do direito federal. A declaração de inconstitucionalidade como tema principal de um recurso especial usurparia a competência constitucionalmente consagrada ao Supremo Tribunal Federal.

Inobstante o largo espectro de atuação do controle difuso e concreto, podendo ser argüido em uma quantidade considerável de ações especiais além das ordinárias, é basicamente através do Recurso Extraordinário que o STF exerce a fiscalização difusa e concreta da constitucionalidade em nosso ordenamento¹¹². As características, o objeto e as condições de admissibilidade do Recurso Extraordinário passam a ser analisados, ainda de que forma sucinta, juntamente com a relevante inovação trazida pela EC 45/2004, a repercussão geral na discussão da questão constitucional. Antes de tudo vejamos o que consagra o art. 102 de nossa Constituição (com as modificações efetuadas pela Emenda 45/2004), que ao disciplinar as competências do STF, trata do Recurso Extraordinário:

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

- I [...]
- II [...]

¹¹² O RE quase sempre significa que o STF realiza um controle difuso e concreto, mas não se pode deixar de observar que existe uma hipótese em que o RE se presta ao controle difuso e abstrato. Trata-se da hipótese de cabimento do recurso contra decisão de Tribunal de Justiça que em ação direta impugna norma estadual ou municipal contrastada em face de dispositivo constitucional estadual que é mera reprodução de dispositivo da Constituição Federal. A decisão do eventual RE terá efeitos *erga omnes*, tal como ocorre no controle abstrato (ver, a respeito, ADIn 1.268, relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 20.09.1995).

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º [...]

§ 2º [...]

§ 3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Pode-se apontar como características do Recurso Extraordinário: a exigência de prévio esgotamento das instâncias ordinárias, a impossibilidade de seu uso para correção da “justiça” do julgado, a imprestabilidade para rediscussão de matéria de fato, a exigência de controvérsia a respeito da aplicação de algum preceito constitucional e ter suas hipóteses de cabimento elencadas na Constituição e não na lei processual civil.

Quanto ao objeto do Recurso Extraordinário deve-se ter em mente que este recurso não constitui o STF em uma terceira via recursal, onde fatos e provas serão novamente analisados. O trabalho do julgador se limita ao direito que será aplicado a determinado fato, não mais sendo possível auferir se o fato efetivamente ocorreu. Assim, objeto de Recurso Extraordinário será a decisão judicial que ocasione controvérsia a respeito da aplicação de algum preceito constitucional. A referida controvérsia pode dar-se por uma afronta direta ou pela declaração de validade de norma federal, estadual ou municipal que disponha em contrário ao que prescreve a Constituição, sendo que tais normas podem ser inclusive anteriores à atual Carta. A EC 45/2004 criou um novo e relevante campo de atuação para o RE quando acrescentou a alínea “d” ao inciso III do art. 102.

A ampliação do espectro de atuação tem uma forte razão de ser. É que apesar da cuidadosa repartição de competências efetivada pela Constituição nos arts. 21 a 24, boa parte dos conflitos que ocorrem entre lei local e lei federal se deve à invasão de um ente federal nas

competências de outro, o que significa instabilidade ao pacto federativo, uma das mais perigosas ofensas à Constituição¹¹³.

São condições de admissibilidade específicas para o Recurso Extraordinário o esgotamento das instâncias ordinárias, o prequestionamento, a ofensa direta ao texto da Constituição e a demonstração de repercussão geral da questão constitucional¹¹⁴. Para o presente estudo, importa particularmente a análise do que vem (ou virá) a ser a demonstração da repercussão geral da questão constitucional, que também pode ser chamada de demonstração de relevância ou transcendência do tema.

Vários institutos já foram pensados na intenção de filtrar o volume de ações que chega ao STF. Um deles foi a argüição de relevância, instituída regimentalmente pelo STF em 1975 e depois inserida no texto constitucional pela EC 7/77, que modificou o art. 119 da Carta de 1967, já alterado pelas disposições da Emenda Constitucional n.º 1/69. As comparações entre o instituto da argüição de relevância e a demonstração da repercussão geral da questão constitucional foram inevitáveis em um primeiro momento. Vejamos o que diz Luís Roberto Barroso em uma lição esclarecedora sobre o tema:

A novidade despertou comparações com a controvertida argüição de relevância da questão federal, existente no regime constitucional anterior. Embora não seja o caso de analisar o instituto pretérito em minúcia, algumas observações serão úteis: a argüição de relevância guardava relação com duas das quatro hipóteses de recurso extraordinário, tendo por principal objetivo – tal como a repercussão geral – racionalizar o volume de trabalho que chegava à Corte, já assustador à época. No entanto, as semelhanças entre os dois institutos não vão muito além dessa identidade de propósitos. Sob a Constituição anterior prevaleceu a tese de que a argüição de relevância não ostentava natureza tipicamente jurisdicional, sendo antes uma questão política. Disso decorria a apreciação em sessão administrativa secreta e a ausência de fundamentação, características que não poderão ser repetidas no mecanismo atual em razão das regras contidas no art. 93, IX, da Constituição.¹¹⁵

¹¹³ Todas as Constituições a partir da Carta de 1934 previram cabimento de Recurso Extraordinário no caso de lei local ofensiva de lei federal, mas deve ser considerado que o RE cabia tanto para a ofensa ao texto constitucional quanto para ofensa à lei federal, o que sempre tornou secundário o debate sobre que esfera era atingida pelo impasse entre lei local e lei federal, pois tal embate, independente de ofender diretamente a Constituição ou apenas a legislação infraconstitucional, era combatido pelo mesmo remédio jurídico.

¹¹⁴ Pela dicção do § 3º do art. 102, acrescido pela EC 45/2004, a demonstração da repercussão geral da questão constitucional será não simplesmente mais um requisito de admissibilidade, mas o primeiro a ser analisado.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 97-98.

A Emenda 45/2004 deixou a cargo de uma futura lei ordinária a regulamentação da questão constitucional de repercussão geral. Recentemente, a Lei 11.418/06 regulamentou o § 3º do art. 102 da Constituição acrescentando os arts. 543-A e 543-B ao CPC, que tratam basicamente de questões procedimentais¹¹⁶, o que já era esperado, tendo em vista que a tarefa de dizer o que é de repercussão geral só pode ser desempenhada pelos Ministros do STF na cotidiana análise dos milhares de recursos que chegam anualmente à Corte, sem embargo da contribuição doutrinária acerca de um “conteúdo mínimo” do que deve ser considerado como questão constitucional de repercussão geral¹¹⁷.

As principais Cortes Constitucionais do mundo exercem um controle discricionário na seleção das causas que lhe são submetidas, o que acarreta conseqüências relevantíssimas: a concentração dos trabalhos em temas de fundamental importância para a sociedade e o reduzido número de causas decididas pelo órgão de cúpula do controle de constitucionalidade, seja ele um Tribunal Constitucional (modelo europeu) ou uma Corte Suprema (modelo americano), o que por sua vez evita a sobrecarga de trabalho e pode impedir a nefasta repetição de ações, desde que a seleção das causas se acompanhe de um mecanismo que conceda efeitos gerais ao reduzido número de decisões¹¹⁸. Apesar de o tema ser absolutamente instigante e controverso, algumas pistas sobre o que pode ser considerado como questão constitucional de repercussão geral estão disponíveis em iniciativas regimentais e parlamentares, e também nos ensinamentos da doutrina. O art. 327, § 1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal já não tem mais aplicabilidade por não subsistir na nova Carta a arguição de relevância, mas nem por isso seu conteúdo deixa de ser um bom indicativo do que deve ser entendido como questão relevante:

Art. 327 –[...]

¹¹⁶ Ver, a respeito da Lei 11.418/06, o item 7.4.4.

¹¹⁷ É preciso ressaltar que para a questão não ser considerada de repercussão geral faz-se necessário o pronunciamento de oito Ministros do STF, *quorum* este que confere razoável certeza quanto ao aspecto jurídico e legitimidade quanto ao aspecto político da decisão.

¹¹⁸ Nos Estados Unidos a questão restou simplificada pelo princípio do *stare decisis*. Os tribunais e juizes singulares devem seguir os precedentes das cortes superiores, notadamente quando a decisão provém da Suprema Corte; se esta decide, sua sentença vinculará todos os órgãos judiciários do país. Enquanto a Suprema Corte americana adota o princípio do *stare decisis*, o sistema europeu de Cortes Constitucionais traz ínsito às suas decisões o efeito *erga omnes*.

§ 1º Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.

§ 2º [...]

O PL 3.267/2000 tinha como objeto instituir a transcendência como requisito de admissibilidade do Recurso de Revista ao TST, o que acabou sendo realizado pela MP 2.226/2001, ainda que esta tenha tratado do tema de forma genérica, sem o detalhamento de critérios seguros para a definição do que deveria ser considerado como transcendente. Vejamos qual era a proposta do PL 3.267/2000 para o art. 896-A da CLT:

O Tribunal Superior do Trabalho não conhecerá de recurso oposto contra decisão em que a matéria de fundo não ofereça transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza jurídica, política, social ou econômica.

§1º Considera-se transcendência:

I — jurídica, o desrespeito patente aos direitos humanos fundamentais ou aos interesses coletivos indisponíveis, com comprometimento da segurança e estabilidade das relações jurídicas;

II — política, o desrespeito notório ao princípio federativo ou à harmonia dos Poderes constituídos;

III – social, a existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação notável à harmonia entre capital e trabalho;

IV – econômica, a ressonância de vulto da causa em relação a entidade de direito público ou economia mista, ou a grave repercussão da questão na política econômica nacional, no segmento produtivo ou no desenvolvimento regular da atividade empresarial.

§2º [...]

§3º [...]

A respeito, vale considerar as ponderações de Rodolfo de Camargo Mancuso:

- O fato de a repercussão ser geral não pode significar que a mesma seja de âmbito nacional, visto que existem interesses meta individuais de âmbito local;
- Uma decisão que represente afronta ou incorreta aplicação de uma Súmula Vinculante deve bastar para a demonstração de repercussão geral da questão constitucional debatida;
- Do ponto de vista procedimental, a demonstração da repercussão geral da questão constitucional deve vir em capítulo destacado do Recurso Extraordinário, sendo sua fundamentação incontestada de dúvidas sobre a relevância do tema.¹¹⁹

Complementando a chamada “Reforma do Judiciário” no que diz respeito ao controle difuso e concreto da constitucionalidade, trouxe ainda a Emenda Constitucional 45/2004 uma ferramenta que nasce no esteio da tendência de conceder força vinculante à Jurisprudência dos

Tribunais Constitucionais, o que pudemos bem observar quando tratamos do Tribunal Constitucional português. Trata-se do instituto da *Súmula Vinculante*¹²⁰, mecanismo pelo qual os entendimentos reiterados do STF em sede de Recursos Extraordinários (que agora já possuem também um sistema de filtragem) podem vir a dispor de eficácia geral.

A disciplina das Súmulas Vinculantes é relativamente simples: O Supremo Tribunal Federal poderá aprovar a criação de uma destas Súmulas, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Terão por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a Administração Pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Vincularão não só os órgãos do Poder Judiciário, mas também os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a Súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá Reclamação ao Supremo que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da Súmula, conforme o caso. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ADIn.

¹¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 198-199.

¹²⁰ Confira dispositivo incluído em nossa Constituição pela EC 45/2004:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

Ficou a cargo da Lei 11.417/06, de 19.12.2006, regulamentar o dispositivo constitucional que trata da Súmula Vinculante, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de seus enunciados. Além dos legitimados para a propositura de Ação Direta de Constitucionalidade, estão legitimados a propor a edição, a revisão e o cancelamento de Súmula Vinculante o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Qualquer Município também estará legitimado, desde que a proposta seja incidental ao curso de processo em que seja parte. As propostas de edição, revisão e cancelamento não autorizam a suspensão dos processos em que a questão constitucional esteja sendo discutida. Contra omissão ou ato da Administração Pública que contrariar enunciado de Súmula Vinculante a Reclamação ao STF só será admitida após o esgotamento das vias administrativas. A Súmula Vinculante é mais um mecanismo idealizado no sentido de racionalizar o volume de trabalho de nossa Corte Constitucional¹²¹.

¹²¹ Ives Gandra da Silva Martins aponta quais têm sido os mecanismos discutidos como solução para viabilizar a atuação das Cortes Superiores:

1. Arguição de relevância;
2. Critério de transcendência ou repercussão geral;
3. Súmula vinculante;
4. Recurso de cassação;
5. Incidente de inconstitucionalidade ou recurso *per saltum*.

Em nosso ordenamento jurídico podemos apontar exemplos passados e presentes desses institutos:

1. A arguição de relevância, como dito antes, foi instituída regimentalmente pelo STF em 1975 e depois inserida no texto constitucional pela EC 7/77, que modificou o art. 119 da Carta de 1969;
2. O critério de transcendência é requisito de admissibilidade do Recurso de Revista ao TST desde a introdução do art. 896-A na CLT, o que se deu pela Medida Provisória 2.226/2001; por sua vez, com a denominação de repercussão geral da questão constitucional, o mecanismo de controle de acesso às Cortes Superiores em espécie foi colocado como requisito de admissibilidade do RE junto ao STF;
3. A Súmula Vinculante foi introduzida pela EC 45/2004;
4. O recurso de cassação nunca nos foi apresentado com este nome, mas não se pode negar que o STF age como Corte de Cassação em dois momentos: quando dá provimento a um RE por *error in procedendo* e quando acata Reclamação que questiona a incorreta aplicação de uma Súmula vinculante;
5. O incidente de inconstitucionalidade ou recurso *per saltum* de algumas Cortes Constitucionais da Europa não encontra similar exato em nosso país, visto que lá ele serve ao controle concentrado, entretanto, podemos considerar como instrumentos análogos, aplicados no controle difuso realizado por nossos tribunais, os incidentes de inconstitucionalidade e de uniformização, ambos previstos em nosso Código de Processo Civil; recentemente, a lei 10.259/2001 criou o incidente de uniformização da interpretação de lei federal, que, de fato, é uma autêntica burla ao não cabimento de Recurso Especial das decisões dos Juizados Especiais Federais.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Critério de transcendência no recurso de revista. Projeto de lei 3.267/00. **Revista LTr**, v. 65, n. 8, p. 905-908, ago. 2002.

Mauro Cappelletti de há muito aponta inconvenientes do método difuso de controle em ordenamentos jurídicos denominados de *civil law*, em que não existe o princípio típico dos sistemas da *common law* – o *stare decisis* –, podendo ocorrer de uma mesma lei não ser aplicada, porque julgada inconstitucional por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada por outros, por não ter sido considerada ofensiva à Constituição, o que acarretaria contradições entre os vários órgãos judiciários¹²². Para superar essas dificuldades, evitando que o efeito da declaração de inconstitucionalidade não se limitasse ao caso concreto, mas se irradiasse a todos os casos semelhantes, nosso ordenamento jurídico, desde a Constituição de 1934, dá competência ao Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Na Carta de 1988 a previsão está contida no art. 52, X: o STF comunica a decisão definitiva ao Senado, que poderá suspender no todo ou em parte a execução da lei declarada inconstitucional. A análise do Senado não é vinculada ao que decide pelo Supremo, mas discricionária, o que é corolário do princípio da separação de poderes. A suspensão do ato normativo pelo Senado é dotada de efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, mas as decisões judiciais tomadas por todos os juízes e tribunais, inclusive o STF, em controle difuso, possui efeitos *inter partes* e *ex tunc*. Ao contrário do que ocorre nas principais Cortes da Europa, o controle difuso no Brasil lidera as estatísticas. A rigor, na Alemanha, Áustria e Espanha nem se pode dizer que exista um controle difuso, pelo menos nos exatos moldes do *judicial review* americano; temos sim um controle concreto *per saltum*, e mesmo assim, pouco utilizado em relação ao total de feitos que chegam ao respectivo Tribunal Constitucional¹²³.

5.2 Tipologia das ações características do modelo de controle concentrado de constitucionalidade

Desde seu surgimento no ordenamento brasileiro com a EC 16/65, o controle concentrado da constitucionalidade é praticamente sinônimo da fiscalização abstrata, conquistando crescente importância.

¹²² CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., 1999, p. 79-81.

¹²³ FAVOREU, Louis op. cit., 2004, p. 35.

Gerou-se uma situação, como destaca Gilmar Ferreira Mendes, que acabou por reduzir o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar-se de forma marcante a legitimação para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Aduz o Ministro do Supremo que toda vez que se outorga a um Tribunal especial a atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, de forma explícita ou implícita, a competência da jurisdição ordinária para apreciação de tais controvérsias¹²⁴.

De fato, a Constituição de 1988 prestigiou consideravelmente o controle abstrato com a ampliação do número de legitimados para ingressar com a ADIn. A atual Carta Maior trouxe ainda para compor o elenco do controle concentrado a figura da inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), inegavelmente inspirada no Direito português, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, inicialmente prevista no art. 102, parágrafo único, atualmente § 1º por força da Emenda Constitucional 3/93, que trouxe também para compor o elenco da nossa fiscalização concentrada da constitucionalidade a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Neste item serão trazidas à baila as características gerais, a competência, a legitimidade, o objeto, os efeitos e as hipóteses de não cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

5.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade

A Ação Direta de Inconstitucionalidade ou ação genérica de inconstitucionalidade – ou simplesmente ADIn – foi formalmente introduzida pela EC 16/65 ainda na vigência da Carta de 1946, quando tinha o nome de *representação*. Podemos considerar como sua precursora a ação interventiva nascida com a Constituição de 1934, uma ação destinada à defesa do pacto federativo. Trata-se a ADIn de um *processo objetivo*, ou seja, sem partes, onde o impetrante busca não a proteção de um direito individual, subjetivo, mas a salvaguarda

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira *apud* VELOSO, Zeno, op. cit., 1999. p. 52.

dos preceitos constitucionais. O legitimado, exatamente por isso, precisa ser um agente político dotado de incontestável legitimidade ou então uma organização representativa de parcela relevante da sociedade.

Pela condição de processo objetivo, uma vez iniciada a Adin, sua desistência não é admitida, bem como a invocação de suspeição ou impedimento e nem mesmo a intervenção de terceiros; está prevista, porém, a participação do *amicus curiae* – órgão ou entidade com inegável interesse no tema em debate¹²⁵. Agindo como uma espécie de “curador” da presunção de constitucionalidade do ato ou da lei impugnada atua o Advogado-Geral da União, a quem cabe fazer uma “defesa” da norma, seja esta federal ou estadual. Evidente que esta defesa não guarda grande semelhança com a que é desenvolvida em um processo subjetivo, visto resumir-se às questões eminentemente jurídicas.

Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando alegada contrariedade à Constituição Federal. Por respeito ao princípio da simetria, cabe aos tribunais de justiça dos estados a competência para julgar ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição estadual. Contudo, não se admite, da parte destes tribunais, o confronto de uma lei federal com a Constituição estadual, a não ser em sede de controle difuso. Jurisprudência consolidada do Supremo veda o confronto da lei municipal em face da Constituição Federal¹²⁶. A legitimidade ativa da ADIn é conferida pela Constituição de 1988 a diversos atores: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e ainda confederação sindical ou

¹²⁵ Sobre *amicus curiae* serão tecidas considerações e críticas no item 4 do capítulo 6.

¹²⁶ São diversos os acórdãos sobre a inadmissibilidade de ADIn para declaração de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal. Como exemplo dos mais antigos temos a ADIn MC 409, relator o Ministro Celso de Mello, julgada em 06.12.1990, DJ de 15.03.1991, e como exemplo dos mais recentes temos a ADIn AgR 2.610, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 26.10.2006, DJ de 24.11.2006. Cabe ainda menção à Súmula 642 do STF: “Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do distrito federal derivada da sua competência legislativa municipal”.

entidade de classe de âmbito nacional. Trata-se de legitimação ampla e democrática, bem diversa do regime constitucional anterior, que apenas concedia legitimação ativa ao Procurador-Geral da República, que à época servia muito mais ao regime militar do que à defesa da Constituição.

É de se observar, contudo, que nem todos os integrantes do conjunto citado possuem legitimação irrestrita, devendo, se for o caso, demonstrar o interesse com a questão argüida, que deve sempre dizer respeito com a esfera jurídica daqueles que estão sob sua proteção. É o que a doutrina chama de pertinência temática. São sempre aptos a impetrar a ADIn, por isto chamados de legitimados universais, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Os demais devem demonstrar a pertinência temática. Como legitimados passivos estão os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo acusado de inconstitucionalidade. Basicamente, serão objeto da Ação Direta a lei e o ato normativo federal ou estadual. É pacífica a Jurisprudência do STF sobre a necessidade de o ato confrontado possuir dois requisitos: *generalidade abstrata*, o que significa ser dirigido uniformemente a uma coletividade indeterminada, e *densidade normativa* suficiente, ou seja, estar apto por si só a concretizar o comando nele positivado, sem necessidade de qualquer mediação legislativa¹²⁷.

¹²⁷ Vide RE AgR 161.807/SP, julgado em 19/10/1993, DJ 08/04/1994, relator o Ministro Celso de Mello. Ementa: CONSTITUCIONAL - PREVIDENCIÁRIO - VALOR MINIMO DO BENEFICIO - FONTE DE CUSTEIO - CF, ART. 195, PAR. 5. - APLICABILIDADE IMEDIATA DA NORMA INSCRITA NO ART. 201, §§ 5º 6º, DA CARTA POLITICA - PRECEDENTES (PLENÁRIO E TURMAS DO STF) - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se, de modo unânime e uniforme, no sentido da auto-aplicabilidade das normas inscritas no art. 201, pars. 5. e 6., da Constituição da Republica. - A garantia jurídico-previdenciaria outorgada pelo art. 201, pars. 5. e 6., da Carta Federal deriva de norma provida de eficácia plena e revestida de aplicabilidade direta, imediata e integral. Esse preceito da Lei Fundamental qualifica-se como estrutura jurídica dotada de suficiente densidade normativa, a tornar prescindível qualquer mediação legislativa concretizadora do comando nele positivado. Essa norma constitucional - por não reclamar a *interpositio legislatoris* - opera, em plenitude, no plano jurídico, todas as suas virtualidades eficaciais, revelando-se aplicável, em consequência, desde a data da promulgação da Constituição Federal de 1988. - A exigência inscrita no art. 195, par. 5º, da Carta política traduz comando que tem, por destinatário exclusivo, o próprio legislador ordinário, no que se refere à criação, majoração ou extensão de outros benefícios ou serviços da seguridade social.

Compondo lista mais detalhada, pode-se enunciar também como objeto de ADIn a Emenda Constitucional, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, a Medida Provisória, os decretos legislativos do Congresso Nacional, as Resoluções do Senado e da Câmara, os decretos autônomos, a Constituição e a legislação estaduais, a legislação distrital no que toca às competências estaduais, a Lei Orgânica do Distrito Federal, os tratados internacionais, os Regimentos Internos dos Tribunais Superiores e os atos normativos editados pelas pessoas jurídicas de direito público criadas pela União, incluindo-se aí os Regimento Internos e atos normativos dos tribunais estaduais, federais e de contas.

Também é firme a Jurisprudência do STF no cabimento da ADIn para impugnação de meras resoluções e deliberações de caráter administrativo dos tribunais, desde que dotadas de generalidade e abstração¹²⁸, decretos regulamentares que inovam sem possuírem base legal¹²⁹ e os pareceres da Consultoria-Geral da República, desde que aprovados pelo Presidente da República¹³⁰.

Podemos dizer ainda de outra forma, agora com apoio em respeitada doutrina¹³¹, que o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade serão os atos primários, federais, estaduais ou distritais, quando for o caso, prontamente aptos a inovar na ordem jurídica nacional, ou seja, com suficiente densidade normativa e ainda caracterizados pela generalidade e abstração.

Cabe agora também relacionar, sem a pretensão da exaustão, as espécies em que não se admite a impetração da ADIn: os atos normativos secundários, os decretos regulamentares, leis e atos de efeito concreto, leis anteriores à Constituição em vigor, leis e atos normativos revogados, leis municipais, propostas de Emendas Constitucionais, projetos de lei, decisões referentes à economia interna dos tribunais (atos *interna corporis*), atos normativos de efeito concreto editados pelos tribunais, Súmulas de Jurisprudência dominante dos tribunais,

¹²⁸ ADIn 1.727, Relator o Ministro Sydney Sanches, julgada em 03.03.1999, DJ de 03.09.1999.

¹²⁹ ADIn 1.253, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgada em 30.06.1995, DJ de 25.08.1995.

¹³⁰ ADIn 4, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 25.06.1993.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto op. cit., 2006. p. 161.

inclusive os superiores e o STF, as respostas às consultas formuladas ao TSE e as convenções coletivas de trabalho¹³².

No que concerne aos efeitos da decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade, o controle concentrado pátrio se acostumou com os efeitos *erga omnes* e *ex tunc*. Entretanto, a Lei 9.868/99 – em uma referência clara à Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão – em seu art. 27, passou a permitir uma diferente abrangência dos efeitos das decisões em ADIn, com a possibilidade de atribuição de eficácia *ex nunc* (*pro futuro*) ou a partir de outro momento a ser fixado:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

As possibilidades desta disposição legal foram bem sintetizadas por Luís Roberto Barroso¹³³:

- O alcance da decisão pode ser restringido, sendo excluída categoria de pessoas que sofreria grave ônus;
- Os efeitos da decisão podem incidir apenas a partir de seu trânsito em julgado;
- Pode ser fixado até mesmo um momento no futuro para o início da produção dos efeitos da decisão.

Também deve ser mencionado o caráter vinculante das decisões proferidas em ADIn, o que está devidamente positivado no parágrafo único do art. 28 da mesma Lei 9.868/99 e também no art. 102, § 2º da Constituição, com a redação que lhe deu a EC 45/2004:

¹³² Ver sobre atos sindicáveis e não sindicáveis por ADIn: BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2006.p. 150-161; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira, op.cit., 2005. p. 172-175; FERRAZ, Sérgio Valladão, op. cit., 2006. p. 557-564; MORAES, Alexandre de, op. cit., 2006. p. 666-669; MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., 2004. p. 192-213.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 186-187.

Art. 28 –[...]

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

Art. 102 –[...]

§ 1º - [...]

§ 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º -[...]

Desponta o salto qualitativo proporcionado pelo texto da Constituição de 1988, que ampliou sobremaneira sua legitimação ativa. As alterações introduzidas pelo legislador ordinário – entenda-se Lei 9.868/99 –, notadamente as possibilidades de limitação do alcance da decisão e da concessão de efeitos a partir do trânsito em julgado em de algum momento no futuro, tornaram a via de fiscalização abstrata em um instrumento moderno, atento às constantes mudanças no desenvolvimento da sociedade e às inevitáveis confrontações de valores a serem protegidos.

5.2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, ou simplesmente ADC, é considerada pela doutrina e pela Jurisprudência como “uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de sinal trocado”¹³⁴, tendo sido idealizada para os casos de violento questionamento à constitucionalidade de uma lei, situação geradora de grave insegurança jurídica. Frise-se que a Ação Declaratória de Constitucionalidade não encontra similar no Direito estrangeiro e que não chegou ao ordenamento jurídico brasileiro pelo texto original da Constituição de 1988, tendo surgido apenas com a EC 3/93, que deu nova redação ao art. 102, inciso I, letra *a*, da Carta Maior.

¹³⁴ Ver BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 175; Rcl-AgR 1.880, relator o Ministro Maurício Corrêa, julgada em 07/11/2002, DJ de 19/03/2004.

Em sua conformação original, a legitimação ativa era restrita ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República, o que foi alterado pela EC 45/2004, possuindo agora a ADC o mesmo elenco de legitimados ativos da ADIn. Não cabe falar em legitimação passiva. Também como a ADIn, trata-se de um *processo objetivo*, ou seja, sem partes, onde o impetrante não busca a proteção de um direito individual. No caso específico da ADC o que se quer é a certeza jurídica sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo. Por isto mesmo, não haveria motivo para que não possuísse os mesmos legitimados da Ação Direta.

Da mesma forma que a ADIn, por sua condição de processo objetivo, uma vez iniciada a ADC, sua desistência não é admitida; também não se pode nela suscitar suspeição ou impedimento, e não se admite intervenção de terceiros. A possibilidade de participação do *amicus curiae*, entretanto, é plenamente aceita. Como condição de admissibilidade própria, é necessária a prévia demonstração da existência de grave controvérsia judicial¹³⁵, o que pode ser conseguido com a indicação de repetidas decisões – advindas dos mais diversos juízos e Tribunais – consagrando a inconstitucionalidade de certo ato normativo federal.

De forma idêntica à ADIn, compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar a ADC. É na questão dos atos sindicáveis que encontraremos a mais relevante diferença em relação à Ação Direta: somente poderá ser objeto da ADC a lei ou o ato normativo *federal*. Não existe sequer previsão constitucional para uma “ADC estadual”. Fazendo a ressalva daqueles advindos do direito estadual, o rol dos atos que podem ser objeto da ADC é praticamente semelhante ao que pode ser objeto de Ação Direta: Emendas Constitucionais, leis complementares, ordinárias e delegadas, Medidas Provisórias, decretos legislativos do Congresso, resoluções da Câmara e do Senado e ainda os decretos autônomos.

O pedido na Ação Declaratória de Constitucionalidade é para que se reconheça a compatibilidade entre um destes objetos enunciados e a Constituição Federal. No que

¹³⁵ Lição importante sobre o que pode ser considerada grave controvérsia judicial está no voto do Ministro Moreira Alves na ADC-QO 1/DF, julgada em 27/10/1993, DJ de 16/06/1995, tendo como relator o próprio Ministro.

concerne aos efeitos das decisões em ADC, vale a regra geral da ADIn, ou seja, efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, e ainda o caráter vinculante por força do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99. Não há que se falar em efeito *ex nunc*, muito menos estranhar a ausência de menção da ADC no art. 27 da mencionada Lei, dispositivo que permite uma elasticidade nos efeitos temporais das decisões em ADIn, posto que a constitucionalidade é sempre presumida, não sendo lógico falarmos em ato normativo constitucional com efeito *ex nunc*, já que o ato normativo declarado (ou melhor, confirmado) como constitucional sempre o foi desde sua origem.

A ADC foi idealizada como via de fiscalização abstrata voltada a pacificar graves controvérsias que viessem a surgir movidas pela incerteza acerca da constitucionalidade de atos normativos federais. Entretanto, os dados estatísticos do STF mostram que o mecanismo tem sido raramente aplicado¹³⁶.

5.2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a rigor, nem chega a ser uma ação autônoma, mas uma especialização da ADIn para o caso de omissão por parte de algum Poder ou órgão administrativo em tomar as medidas necessárias à efetivação de norma constitucional. Não se pode negar que o não cumprimento de uma determinação constitucional é uma forma de inconstitucionalidade. Veja-se o dispositivo constitucional referente à ADIn por Omissão:

Art. 103 [-..]

§ 1º [...]

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º [...]

§ 4º (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45/2004)

¹³⁶ Vide quadros estatísticos no Anexo do presente trabalho.

Para a solução das omissões do Executivo e do Judiciário, há uma série de ações especiais e um grande número de recursos, respectivamente. Por isto, será destacado doravante o caso particular de omissão praticada pelo Poder Legislativo, o que torna necessária uma rápida incursão pelo tema da omissão legislativa.

Quando um ordenamento jurídico é guiado por uma Constituição compromissória, mais relevante passa a ser o papel da fiscalização contra a omissão legislativa. Esse é o caso do Brasil, onde a Constituição garante liberdades e regula a estrutura político-administrativa, mas também encerra uma série de metas a serem cumpridas pelos Poderes Públicos. Estas metas estão abrangidas nas *normas programáticas*. Cabe lembrar a clássica lição de José Afonso da Silva sobre a classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade¹³⁷:

- Normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- Normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral;
- Normas de eficácia limitada, subdivididas em declaratórias de princípios institutivos e de caráter impositivo, e declaratórias de princípios programáticos.

A propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem por objeto essas normas de eficácia limitada, sejam as declaratórias de princípios institutivos e de caráter impositivo, sejam as programáticas. Tais normas serão certamente as impugnáveis mediante ADIn, ou seja, aquelas dotadas de suficiente densidade normativa. Mas não somente estas, pois o objeto da ADIn por Omissão é mais amplo, sendo possível o controle inclusive de atos normativos secundários. Cabe aqui a ressalva de que a Jurisprudência do STF entende que o simples envio de Projeto de Lei ao Congresso supre a omissão legislativa¹³⁸. A competência para julgamento da ADIn por Omissão também é exclusiva do STF. A legitimidade ativa é

¹³⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81-86.

¹³⁸ ADIn-QO 1.836, DJ de 04/12/1998, relator o Ministro Moreira Alves.

rigorosamente a mesma da ADIn, pois, como já frisamos, a ADInO é uma mera especialização da Ação Direta.

Para que se possa bem entender os efeitos provenientes das decisões em Adin por Omissão, cabe fazer uma diferenciação entre omissão total, omissão parcial e omissão relativa, mencionando a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, aplicável aos casos de inconstitucionalidade por omissão parcial (ou relativa) ofensiva do princípio da isonomia.

A omissão será total quando nenhuma iniciativa houver por parte do Poder Público, será parcial quando a regulamentação ou concretização da norma restou insuficiente e será relativa quando um determinado segmento não for contemplado com a atividade legislativa, em detrimento do restante do grupo. O § 2º do art. 103 da CF foi interpretado pelo STF de forma restritiva, ou seja, consolidou-se o entendimento que não cabe ao Supremo agir como “legislador positivo”, o que muito esvaziou de eficácia a ADIn por omissão¹³⁹. Em caso de omissão total, a decisão proferida pelo Supremo acerca da inconstitucionalidade é simplesmente declaratória, não tendo força para obrigar o Legislativo a cumprir sua função.

A decisão em caso de omissão parcial precisa levar em consideração algo um tanto paradoxal: a declaração de inconstitucionalidade pode mesmo agravar a situação dos que já se encontram prejudicados. Tomemos como exemplo a clássica questão da estipulação de um valor para o reajuste do salário mínimo. Consideremos que o Supremo Tribunal Federal, em uma ADInO, decida que o valor estipulado não condiz com o mandamento constitucional expresso no art. 7º, IV de nossa Carta. O que poderia então fazer o STF? Decidir pela inconstitucionalidade apenas agravaria o problema, pois na ausência de outra norma reguladora, o valor do salário mínimo retroagiria a patamares ainda mais indignos. É por estas situações que Gilmar Ferreira Mendes defende a adoção de técnica já utilizada no Tribunal Constitucional alemão: a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade¹⁴⁰.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 236. Ver na Jurisprudência do STF: ADIn-MC 1.458-DF e ADIn-MC 267-DF.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 2005. p. 377-387.

Por essa técnica, a lei declarada inconstitucional continua sendo plenamente aplicada, até que uma nova lei venha a corrigir a situação.

No caso de omissão total e de omissão parcial, os que sofrem a inércia estão prejudicados de maneira uniforme, o que não ocorre quando a omissão é relativa¹⁴¹. São os casos de inconstitucionalidade por omissão ofensiva do princípio da isonomia. Se a omissão parcial prejudica alguns e não prejudica os demais a solução é até simples: a declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*. Mas, se a omissão parcial beneficia um grupo restrito e não beneficia os demais que estão em semelhantes condições, estamos diante de situação das mais esdrúxulas, onde nem mesmo a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade nos parece aceitável. Excelente exemplo de omissão relativa é o caso da ADIn 526, da qual extraí-se o seguinte trecho do voto do Relator, o Ministro Sepúlveda Pertence:

Põe-se aqui, entretanto, um problema sério e ainda não deslindado pela Corte, que é um dos tormentos do controle da constitucionalidade da lei pelo estalão do princípio da isonomia e suas derivações constitucionais.

Se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidade pela declaração de invalidez da constringimento discriminatória.

A consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou, no entanto, dilema cruciante, quando se trate, ao contrário, de ofensa à isonomia pela outorga por lei de vantagem a um ou mais grupos com exclusão de outro ou outros que, sob o ângulo considerado, deveriam incluir entre os beneficiários.

É a hipótese, no quadro constitucional brasileiro, de lei que, à vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não dê alcance universal à revisão de vencimentos, contrariando o art. 37, X, ou que, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, fixe vencimentos dispares, negando observância à imposição de tratamento igualitário do art. 39, § 1º da Constituição.

A alternativa que aí se põe ao órgão de controle é afirmar a inconstitucionalidade positiva de norma concessiva do benefício ou, sob outro prisma, a da omissão parcial consistente em não ter estendido o benefício a quantos satisfizessem os mesmos pressupostos de fato subjacentes à outorga (Canotilho, Constituição Dirigente, cit., 333 ss.; 339; Direito Constitucional, 1986, pág. 831; Gilmar F. Mendes, Controle de Constitucionalidade, 1990, págs. 60 ss.; Regina Ferrari, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, 1990, págs. 156 ss.; Cármen Lúcia Rocha, O Princípio Constitucional da Igualdade, 1990, pág. 42): ‘a censurabilidade do comportamento do legislador’ – mostra Canotilho (Canotilho, Constituição Dirigente, cit., pág. 334) a partir da caracterização material da omissão legislativa – ‘tanto pode residir no acto positivo – exclusão arbitrária de certos grupos das

¹⁴¹ A rigor, a omissão relativa é também uma omissão parcial.

vantagens legais – como no procedimento omissivo – emanação de uma lei que contempla positivamente um grupo de cidadão, esquecendo outros.

[...]

Se se adota a primeira solução – a declaração de inconstitucionalidade da lei por ‘não favorecimento arbitrário’ ou ‘exclusão inconstitucional de vantagem’ – que é a da nossa tradição (RE 102.553, 21-8-86, RTJ 120/775) – a decisão tem eficácia fulminante, mas conduz a iniquidades contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros, que ao dela se apresentariam com os mesmos títulos.

É o que ocorreria, no caso, com a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória, postulada na ADIn 525: estaria prejudicado o aumento de vencimentos das parcelas mais numerosas do funcionalismo civil e militar, sem que daí resultasse benefício algum para os excluídos do seu alcance.

A solução oposta – a da omissão parcial –, seria satisfatória, se resultasse na extensão do aumento – alegadamente, simples reajuste monetário – a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos.

A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei – seja ela absoluta ou relativa, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra.

De resto, como assinalam estudiosos de inegável autoridade (v. Gilmar Mendes, cit., pág. 70), o alvitre da inconstitucionalidade por omissão parcial ofensiva da isonomia – se pôde ser construída, a partir da Alemanha, nos regimes do monopólio do controle de normas pela Corte Constitucional – suscita problemas relevantes de possível rejeição sistemática, se se cogita de transplantá-la para a delicada simbiose institucional que se traduz na conveniência, no direito brasileiro, entre o método de controle direto e concentrado no Supremo Tribunal e o sistema difuso.

Ponderações que não seria oportuno expender aqui fazem, porém, com que não descarte de plano a aplicabilidade, no Brasil, da tese da inconstitucionalidade por omissão parcial. Ela, entretanto, não admite antecipação cautelar, sequer, limitados efeitos de sua declaração no julgamento definitivo; muito menos para a extensão do benefício aos excluídos, que nem na decisão final se poderia obter.¹⁴²

Em tais situações, uma possível solução a se pensar seria obrigar o legislador a produzir ato normativo que elimine a distorção, o que, obviamente, não faz parte da tradição histórica do Tribunal Constitucional brasileiro, firme no entendimento de que isso levaria a um desrespeito ao princípio da separação de Poderes. Tal entendimento, mesmo consistente e aceitável, resultou na inoperância da ADIn por Omissão e – guardadas as devidas proporções – do Mandado de Injunção.

Luís Roberto Barroso já aventou a possibilidade de o STF ter o poder de conceder um prazo para que seja produzido o ato normativo capaz de garantir o tratamento isonômico, sem perder de vista a conciliação entre os princípios da supremacia da Constituição e da isonomia,

¹⁴² ADIn 526, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ 145, p. 101 (112-113).

de um lado, e os princípios orçamentários e da separação de Poderes, de outro¹⁴³. O cerne da questão está justamente em, ao mesmo tempo, respeitar a separação de Poderes e garantir tratamento isonômico às categorias que vivenciam uma mesma situação – devendo ser titulares de igual benefício ou, se for o caso, de igual prejuízo – através de uma fórmula que dê novo arranjo às relações entre Política e Direito.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 240. Ainda nesta mesma obra (p. 221-222), o autor expõe de forma lúcida o papel que deveria estar reservado à Adin por Omissão: “[...] Naturalmente, não se deve acreditar na juridicização plena da política, sendo certo que um espaço relevante relacionado aos meios e modos de realização da vontade constitucional deve ser reservado ao processo majoritário, conduzido pelos agentes públicos eleitos. Mas nos extremos, quando a inefetividade se instala, frustrando a supremacia da Constituição, cabe ao Judiciário suprir o déficit de legitimidade democrática da atuação do Legislativo”.

6 DEFICIÊNCIAS DO “MODELO BRASILEIRO” DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em decorrência da conformação híbrida do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade – onde elementos do sistema americano de controle difuso e concreto foram progressivamente combinados com elementos do sistema austríaco de Cortes Constitucionais – e de alguns posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, determinadas situações relevantes para a sociedade ou não têm como chegar à apreciação daquela Corte, ou não podem ter seu mérito apreciado, ou quando isso acontece o tempo decorrido já tratou de fulminar a efetividade da apreciação. Destas situações destacam-se a “crise” por que passa o Recurso Extraordinário, as situações que o próprio ordenamento jurídico “bloqueia” ao controle concentrado, a tormentosa legitimidade das entidades de classe para o manejo da ADIn, a inefetividade do *amicus curiae* como instrumento de participação da sociedade e o entendimento do STF que praticamente tornou sem utilidade o Mandado de Injunção.

6.1 A “crise” do Recurso Extraordinário

A relevância do Recurso Extraordinário como única ferramenta de acesso do cidadão comum ao órgão de cúpula de nossa jurisdição constitucional é inegável, mas tem cobrado um alto preço, tendo em vista que o volume de Recursos Extraordinários que chegam anualmente ao Supremo praticamente inviabilizou o bom funcionamento da Corte Constitucional¹⁴⁴. A crise não vem de agora, mas se arrasta em crescente grau de complexidade desde a primeira metade do século XX. Diversas foram as tentativas para tornar razoável o número de ações que deveriam ser apreciadas pelo STF e pelos Tribunais Superiores; importa agora, tão-

¹⁴⁴ Os Recursos Extraordinários representaram nos últimos dez anos algo em torno de 40% de todas as ações que foram distribuídas no Supremo Tribunal Federal. Se levarmos em conta o número de Agravos que são motivados pela inadmissão dos Recursos Extraordinários, chegaremos a um número de assombrar: Foram cerca de 94% de todos os processos distribuídos ao STF nos últimos dez anos. Curiosamente, esse percentual é muito parecido com o de recursos constitucionais que chegam anualmente ao Tribunal Constitucional alemão e com o de recursos de amparo impetrados todos os anos junto à Corte Constitucional da Espanha. O detalhe é que nesses países apenas um número mínimo de recursos termina por ser julgado. Conferir, a respeito, o Quadro 6 do Anexo deste trabalho.

somente, fazer um apanhado histórico das medidas especificamente voltadas a frear o crescente volume de Recursos Extraordinários.

O Recurso Extraordinário tem origem em um recurso inominado previsto no art. 59, § 1º da Carta de 1891. A Constituição de 1934, em seu art. 76, 2, III, foi a primeira a usar a consagrada denominação que perdura até hoje. Nesse mesmo Texto, o art. 67 previu que os Tribunais poderiam estabelecer seus próprios Regimentos Internos, o que logo traria conseqüências para a disciplina do Extraordinário. A Constituição de 1937 tratou do RE em seu art. 101, III. A Constituição seguinte, de 1946 também o previa no art. 101, III. A Lei 3.396 de 1958, trouxe duas importantes inovações: permitiu aos juízos *a quo* o controle de admissibilidade do RE, obrigando a motivação inclusive no caso de admissão (art. 3º), e possibilitou que o Regimento Interno do STF “legislasse” sobre o processamento do Recurso (art. 7º), o que conferiu força de lei ao RISTF e deflagrou um processo de criação contínua de óbices regimentais. Em 1963, com a alteração promovida pela Emenda Regimental de 28 de agosto, ocorre a criação da Súmula da Jurisprudência dominante do STF, um instrumento destinado à racionalização dos julgados, que logo serviu de limitador à admissão de determinados Recursos Extraordinários.

A Constituição de 1967 previu o RE em seu art. 114, III. O art. 115, por sua vez, reforçava a competência do RISTF para disciplinar as causas de competência do Supremo. A EC 1/69 transmutou as disposições sobre o RE para o art. 119, III, ao mesmo tempo em que deferiu poderes ao Regimento Interno do STF para limitação de competência da Corte, o que se daria levando em consideração a natureza, a espécie e o valor das causas. A EC 7/77, por sua vez, transformou o parágrafo único do art. 119 em § 1º, mantendo os critérios de limitação de competência da EC 1/69, que já se mostravam serem óbices regimentais de alguma relevância, acrescentando ainda um novo filtro: a arguição de relevância da questão federal. O poder de “legislar” concedido ao Supremo através de seu RISTF estava agora descrito no § 3º do mesmo art. 119.

Na esteira do que permitia ao Supremo a EC 7/77, foi aprovado, em 15.10.1980, um novo RISTF que continha previsão, em seu art. 325, das hipóteses em que não seria cabível o

RE, salvo afronta à Constituição, divergência com algumas das Súmulas ou relevância da questão federal¹⁴⁵. Paralelamente a este processo de filtragem positivado nas Constituições e no RISTF, ocorre o desenvolvimento dos óbices jurisprudenciais, também fomentados no seio do STF, que podem ser sintetizados pelas Súmulas 279, 283, 284 e 286, sem esquecer das Súmulas 282 e 356, que tratam do prequestionamento¹⁴⁶.

A Constituição Federal de 1988 trata do Recurso Extraordinário no art. 102, III. Indo na contramão dos textos anteriores, a CF de 88 não recepcionou a atribuição dada ao STF para “legislar” em seu Regimento Interno sobre Recurso Extraordinário. Questões meramente procedimentais ainda podem ser inovadas pelo RISTF, mas a atual disciplina do RE é basicamente a que se encontra no Código de Processo Civil, com as diversas modificações trazidas por leis ordinárias, mormente as aprovadas desde meados da década de 90, em um processo contínuo de reformulação e aperfeiçoamento de nosso CPC. Deve-se considerar algumas destas leis que recentemente modificaram o Código de Processo Civil na parte que toca aos recursos em geral e, de maneira particular, as que trouxeram novas diretrizes ao Recurso Extraordinário. Veja-se o que passou a dispor o art. 557, *caput*, do CPC, com a redação que lhe fora dada pela Lei 9.756/98:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Faça-se a comparação com o já à época vigente art. 38, da Lei 8.038/90:

¹⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., 2006. p. 87.

¹⁴⁶ Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súmula 282: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 283: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súmula 284: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Súmula 286: Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do supremo tribunal federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Súmula 356: O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Todos aprovadas pelo Pleno do STF em 13.12.1963.

Art. 38. O relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

Em uma primeira leitura, os artigos citados permitem concluir que todo e qualquer recurso contrário a uma Súmula está, de plano, condenado ao arquivamento. Assim, o Recurso Extraordinário passou a não poder mais ser manejado quando a decisão afrontasse determinada interpretação sumulada do STF. Uma nova leitura permite, no entanto, concluir que o artigo do CPC ampliara o óbice: agora, não somente a Jurisprudência sumulada, mas também aquela que seja dominante (ou reiterada) impede a admissão do RE. Rodolfo Camargo Mancuso assume que já está estabelecida uma sinonímia entre Súmula e Jurisprudência dominante¹⁴⁷.

Reforçando a indiscutível tendência de valorizar a Jurisprudência dos Tribunais Superiores, o legislador constitucional, através da EC 45/2004, apresentou dois novos instrumentos de contenção: um específico para o Recurso Extraordinário, a repercussão geral da questão constitucional, e outro para os recursos em geral, a disciplina das Súmulas Vinculantes.

No que concerne particularmente às Súmulas Vinculantes, a medida parece não contribuir para a redução do volume de trabalho do Supremo Tribunal Federal, em virtude da previsão de que, no caso de o ato administrativo ou a decisão judicial contrariar a Súmula aplicável, cabível será Reclamação para o Supremo Tribunal Federal, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão reclamada, determinando que outra seja proferida.

Na verdade, o problema decorrente do volume de ações que chegam aos Tribunais Superiores, ou pelo menos, o decorrente do volume de ações que chegam ao Supremo não parece ter sido adequadamente solvido, posto que tanto no caso da nova disciplina do art. 557 do CPC quanto na solução alvitada pela Súmula Vinculante, há uma mera troca de meios de

¹⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., 2006. p. 91.

impugnação: Agravo no lugar de Recurso Extraordinário, no primeiro caso, e Reclamação em vez de RE, no segundo caso. As alternativas para o “desafogamento” do STF talvez não precisem passar pelo RE, a via por excelência do controle concreto e difuso, mas por uma reformulação da ADPF, permitindo-lhe uma legitimação popular, o que a tornaria uma via concreta e concentrada, dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante¹⁴⁸.

6.2 Situações relevantes não alcançadas pelos mecanismos de controle concentrado

Deve ser lembrado que sobressai de pronto no controle difuso a confortável ausência de parâmetros restritivos encontrados no manejo da ADIn (e da ADC). Temas como direito pré-constitucional, controle de leis municipais e regulamentos, dentre outros, não podem ser objeto daquelas ações¹⁴⁹.

Apesar da considerável quantidade de ações constitucionais para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade em nosso ordenamento, existem situações que escapam à possibilidade de acesso à jurisdição constitucional.

A ADIn é cabível contra agressão a qualquer norma constitucional e pode ter por objeto uma grande variedade de atos normativos¹⁵⁰, contudo o remédio constitucional não se presta ao controle de muitas outras espécies: atos normativos secundários, decretos regulamentares, leis e atos de efeito concreto, leis anteriores à Constituição em vigor, leis e atos normativos revogados, leis municipais, propostas de Emenda à Constituição, projetos de lei, atos *interna corporis*, atos normativos de efeito concreto editados pelos Tribunais,

¹⁴⁸ Para tanto, examinar-se-ão algumas outras situações não alcançadas pelo atual sistema de controle de constitucionalidade.

¹⁴⁹ Como bem ressalta André Ramos Tavares, em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade a Constituição refere-se de forma expressa a leis e atos normativos como seus possíveis objetos, o que não ocorre em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pois, quanto a esta, a Constituição restringe tão-somente o parâmetro (há de ser um preceito fundamental), ao passo que amplia o objeto do controle (tanto pode ser ato normativo como ato administrativo de conteúdo concreto). TAVARES, André Ramos, *op. cit.*, 2001. p. 197.

¹⁵⁰ Ver, a respeito dos atos sindicáveis por Ação Direta de Inconstitucionalidade, o item 5.2.1.

súmulas de Jurisprudência, respostas às consultas formuladas ao TSE e convenções coletivas de trabalho.

A ADIn por omissão, até por ser uma especialização da ADIn, quando a questão envolve a inércia do legislativo, sofre as mesmas restrições desta.

A ADC é considerada pela doutrina e pela Jurisprudência como uma “ADIn de sinal trocado”, sendo recomendada para os casos de violento questionamento à constitucionalidade de uma lei, situação geradora de grave insegurança jurídica. Sofre dos mesmos males de sua congênera destinada ao controle dos atos normativos comissivos.

A ADPF não possui limitações quanto às leis municipais, ao direito pré-constitucional e a diversas outras espécies normativas, inclusive atos normativos de efeitos concretos, óbices estes que restringem bastante o campo de atuação da Ação Direta. Entretanto, nem toda ofensa à Constituição pode ser sanada pela Arguição. Sem levar em conta a obediência ao princípio da subsidiariedade, que já limita bastante o cabimento da ADPF, esta Ação não pode ser usada para sanar todo e qualquer ataque ao Texto Maior, mas somente contra aqueles que afrontem os preceitos fundamentais, conceito este que, vale sempre repetir, tem sido tomado pela doutrina em uma acepção restritiva.

Apesar da vasta gama de opções no manejo do controle concentrado, algumas situações podem escapar de seu escopo. Basta imaginar todos os atos que não são sindicáveis pela ADIn e que estes mesmos atos não estejam atacando uma disposição constitucional considerada como preceito fundamental. Infelizmente, há que se concluir que estes atos não terão nenhuma chance de serem atacados por quaisquer das vias de nosso controle concentrado: as hipóteses de ADIn foram hipoteticamente excluídas, as possibilidades da ADC são ainda mais restritas e como não há ataque a um preceito fundamental, pelo menos na atual concepção restritiva, não há que se cogitar o uso da ADPF.

Preocupam, de maneira especial, aqueles atos inatacáveis por ADIn, posto que desprovidos de generalidade abstrata ou densidade normativa, que não signifiquem tão-

somente um desrespeito a certa posição subjetiva, mas que transcendam o individual e representem risco à coletividade, ou que possam abrir precedentes para seguidas violações, e que também não sejam fiscalizáveis por ADPF, tendo em vista que os direitos envolvidos não sejam associados a um conceito restritivo de preceitos fundamentais. É esta a lacuna que se precisa combater.

A tese levantada apenas permite concluir que tal “vácuo” só poderia vir a ser solucionado pelo controle difuso e concreto, que não possui como característica sua, pelo menos até interferência do Senado ou implementação de Súmula Vinculante, o salutar efeito *erga omnes*, ou, dito de outra forma, o controle difuso não tem como significar um meio de contenção eficaz para a multiplicação de processos que tenham como causa um desrespeito a certos direitos, desrespeito este motivado por espécie normativa inatacável por ADIn (por falta de generalidade abstrata ou densidade normativa) e por ADPF (por não se tratar de descumprimento de preceito fundamental).

A idéia de se construir uma ADPF com legitimação popular complementa-se com a ampliação do conceito do que se possa entender por preceito fundamental, o que, em nosso entendimento, trará como conseqüência a disponibilidade ao cidadão de um meio de pacificação social.

6.3 Dificuldades acerca da legitimidade das entidades de classe para o manejo da Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ampliação dos legitimados à propositura da ADIn englobando também as entidades de classe de âmbito nacional não conseguiu traduzir-se em um amplo acesso do indivíduo à jurisdição constitucional. Um entendimento desnecessariamente rigoroso do STF, ora sobre o que seria *entidade de classe*, ora sobre o que seria *âmbito nacional*, levou a que uma parte considerável das Ações Diretas impetradas por entidades de classe fosse extinta por ilegitimidade ativa. Sem falar que o Supremo ainda exige daquela que for considerada como entidade de classe de âmbito nacional uma verdadeira condição da ação, a *pertinência temática*.

No mais completo levantamento feito pela doutrina, Gilmar Ferreira Mendes informa-nos que até 10 de agosto de 2004, das 830 Ações Diretas propostas por confederações sindicais ou entidades de classe, 134 foram extintas por ilegitimidade ativa do requerente (no caso de entidade de classe), o que significa 16,15%, um valor considerável sem dúvida alguma¹⁵¹.

Apresentamos a relação para dar uma idéia de quão heterogêneas são as entidades de classe que, no entendimento do STF, não possuem legitimidade ativa para impetração de ADIn:

1. Associação Brasileira da Indústria de Artigos e Equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios – ADIn 77, DJ 19.04.1992;
2. Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos – ADIn 1.804, DJ 19.06.1998;
3. Associação Brasileira das Companhias Abertas – ADIn 42, DJ 02.04.1993;
4. Associação Brasileira das Concessionárias Mercedes-Benz – ADIn 1.295, DJ 15.09.1995;
5. Associação Brasileira das Empresas de Telecomunicação por Satélite – ADIn 2.183, DJ 10.04.2000;
6. Associação Brasileira das Locadoras de Auto-veículos – ADIn 1.365, DJ 23.02.1996;
7. Associação Brasileira das Indústrias de alimentação – ADIn 2.180, DJ 06.04.2001;
8. Associação Brasileira das Indústrias de sucos cítricos – ADIn 386, DJ 28.06.1991;
9. Associação Brasileira das prestadoras de serviços em telecomunicações – ADIn 2.902, DJ 06.10.2003;
10. Associação Brasileira de bingos – ADIn 2.573, DJ 01.02.2002;
11. Associação Brasileira de Biomedicina – ADIn 1.621, DJ 04.05.2001;
12. Associação Brasileira das Câmaras Municipais – ADIn 2.041, DJ 08.10.1999;

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 2005. p. 166-173, nota de rodapé nº 77 e MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 2005. p. 161-168, nota de rodapé nº 81. Na segunda obra a relação indica 135 entidades de classe devido a uma supressão do item 70 da relação, sendo 134 o número correto de entidades que o STF considerou não possuírem legitimidade ativa até 10 de agosto de 2004.

13. Associação Brasileira de Tribunais de Contas dos Municípios – ADIn 67, DJ 15.06.1990;
14. Associação Brasileira de consultores tributários – ADIn 77, DJ 23.04.1993;
15. Associação Brasileira de Consumidores – ADIn 1.693, DJ 06.02.1998;
16. Associação Brasileira de Criminalística – ADIn 1.631, DJ 28.11.1997;
17. Associação Brasileira de defesa do cidadão – ADIn 32, DJ 03.08.1990;
18. Associação Brasileira de eleitores – ADIn 1.988, DJ 28.04.1999;
19. Associação Brasileira das Indústrias Gráficas – ADIn 967, DJ 08.04.1994;
20. Associação Brasileira de Supermercados – ADIn 1.913, DJ 21.02.2000;
21. Associação Brasileira de teleprodutores independentes – ADIn 79, DJ 05.06.1992;
22. Associação Brasileira de fiscais tributários – ADIn 1.574, DJ 27.04.2001;
23. Associação Brasileira dos inquilinos – ADIn 900, DJ 26.11.1993;
24. Associação Brasileira dos jornais do interior – ADIn 1.486, DJ 13.12.1996;
25. Associação Comercial de Porto Alegre – ADIn 43, DJ 19.05.1989;
26. Associação do Comércio Exterior do Brasil – ADIn 33, 22.03.2001;
27. Associação do Ministério Público junto ao Tribunais de Contas – ADIn 846, DJ 17.12.1993;
28. Associação dos analistas de comércio exterior – ADIn 2.119, DJ 01.02.2000;
29. Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) – ADIn 23, DJ 14.04.1998;
30. Associação dos empregados da CAEEB – ADIn 34, DJ 28.04.1989;
31. Associação dos Engenheiros da Petrobrás – ADIn 976, DJ 08.04.1994;
32. Associação de ex-combatentes do Brasil – ADIn 1.090, DJ 05.05.1995;
33. Associação dos Juizes de Paz brasileiros – ADIn 2.082, DJ 10.04.2000;
34. Associação dos Servidores do Instituto Brasileiro do Café – ADIn 324, DJ 10.06.1994;
35. Associação dos Servidores ocupantes de cargos de nível superior do Ministério das Relações Exteriores – ADIn 1.297, DJ 17.11.1995;
36. Associação Nacional das empresas de transportes urbanos – ADIn 107, DJ 17.11.1989;
37. Associação Nacional das entidades representativas de cabos e soldados das polícias militares e bombeiros do Brasil – ADIn 2.437, DJ 28.05.2001;
38. Associação Nacional dos Municípios e meio ambiente – ADIn 2.360, DJ 31.05.2001;
39. Associação Nacional do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios – ADIn 2.353, DJ 21.06.2001;

40. Associação Nacional dos funcionários do Banco do Brasil – ADIn 1.661, DJ 17.03.1995;
41. Associação Nacional dos delegados de Polícia Federal – ADIn 1.806, DJ 23.10.1998;
42. Associação Nacional dos funcionários da Polícia Federal – ADIn 1.431, DJ 16.03.1998;
43. Associação Nacional dos juízes classistas da Justiça do Trabalho – ADIn 1.580, DJ 25.05.2001;
44. Associação Nacional dos registradores de pessoas naturais – ADIn 1.788, DJ 18.03.1998;
45. Associação Nacional dos trabalhadores de indústrias urbanas – ADIn 1.508, DJ 29.11.1996;
46. Associação Brasileira das Indústrias automáticas de vidro – ADIn 90, DJ 29.09.1997;
47. Câmara brasileira da indústria da construção – ADIn 1.356, DJ 24.11.1995;
48. Central única dos trabalhadores – ADIn 271, DJ 30.09.1992;
49. Confederação de aposentados e pensionistas – ADIn 501, DJ 21.06.1991;
50. Central geral dos trabalhadores – ADIn 334, DJ 31.03.1995;
51. Confederação das associações comerciais do Brasil – ADIn 57, DJ 13.12.1991;
52. Confederação democrática dos trabalhadores do serviço público – ADIn 797, DJ 07.08.1998;
53. Confederação dos servidores públicos do Brasil – ADIn 324, DJ 10.06.1994;
54. Confederação nacional de transporte alternativo – ADIn 1.810, DJ 04.06.1999;
55. Confederação nacional da pecuária – ADIn 831, DJ 25.06.1993;
56. Confederação nacional das instituições financeiras – ADIn 164, DJ 17.12.1993;
57. Confederação nacional de dirigentes lojistas – ADIn 1.971, DJ 14.08.2001;
58. Confederação nacional do Ministério Público – ADIn 1.402, DJ 19.04.1996;
59. Confederação nacional dos delegados de polícia – ADIn 705, DJ 08.04.1994;
60. Confederação nacional dos diretores lojistas – ADIn 947, DJ 22.10.1993;
61. Confederação nacional dos empregados nas empresas de geração, transporte e distribuição de eletricidade – ADIn 499, DJ 18.10.1991;
62. Confederação nacional dos integrantes e beneficiários das forças armadas – ADIn 1.305, DJ 21.02.2000;
63. Confederação nacional dos metalúrgicos da central única dos trabalhadores – ADIn 2.025, DJ 27.03.2000;
64. Confederação nacional dos trabalhadores em educação – ADIn 1.953, DJ 13.08.1999;

65. Confederação nacional dos trabalhadores em empresas de crédito – ADIn 1.549, DJ 01.08.2002;
66. Confederação nacional dos trabalhadores em estabelecimentos de ensino – ADIn 2.148, DJ 29.09.2000;
67. Conselho Federal de enfermagem – ADIn 1.928, DJ 19.02.1999;
68. Conselho dos eleitores pró-emancipação de Itaoca – ADIn 2.070, DJ 06.10.1999;
69. Conselho Federal de farmácia – ADIn 641, DJ 12.03.1993;
70. Conselho Federal de serviço social – ADIn 1.462, DJ 13.03.2001;
71. Conselho Federal de medicina veterinária – ADIn 997, DJ 08.06.1999;
72. Conselho interamericano de produção e comércio – ADIn 79, DJ 05.06.1992;
73. Conselho Nacional da associação dos ex-combatentes – ADIn 2.073, DJ 28.04.2000;
74. Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado do Rio de Janeiro – ADIn 1.997, DJ 08.06.1999;
75. Federação Nacional da Polícia Civil – ADIn 151, DJ 10.05.1996;
76. Federação Nacional dos sindicatos de trabalhadores em saúde e previdência social – ADIn 327, DJ 21.09.1994;
77. Federação dos exportadores de café – ADIn 1.902, DJ 24.11.1998;
78. Federação brasileira dos sindicatos e associações das empresas de asseio e conservação – ADIn 853, DJ 01.07.1993;
79. Federação dos trabalhadores da área de segurança pública – ADIn 1.411 – DJ 29.03.1996;
80. Federação das associações de militares da reserva remunerada, de reformados e de pensionistas das Forças Armadas – ADIn 993, DJ 22.04.1994;
81. Federação das associações dos engenheiros agrônomos – ADIn 1.771, DJ 03.04.1998;
82. Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas do Estado de São Paulo – ADIn 2.032, DJ 19.08.1999;
83. Federação dos Portuários – ADIn 929, DJ 20.06.1997;
84. Federação Nacional das associações de servidores da Justiça do Trabalho – ADIn 433, DJ 20.03.1992;
85. Federação Nacional das associações economiárias – ADIn 987, DJ 09.09.1994;
86. Federação Nacional das empresas de navegação marítima, fluvial, lacustre e tráfego portuário – ADIn 1.795, DJ 30.04.1998;

87. Federação Nacional das empresas de seguros privados e capitalização – ADIn 398, DJ 28.06.1991;
88. Federação Nacional das empresas de serviços técnicos de informática – ADIn 360, DJ 26.02.1993;
89. Federação Nacional das entidades dos trabalhadores do Ministério da Saúde – ADIn 797, DJ 07.08.1998;
90. Federação Nacional das secretárias e secretários – ADIn 935, DJ 08.10.1993;
91. Federação Nacional de sindicatos e associações de fideiussores de tributos estaduais – ADIn 353, DJ 16.04.1993;
92. Federação Nacional do comércio varejista de combustíveis e de lubrificantes – ADIn 1.958, DJ 12.03.1999;
93. Federação nacional do fisco estadual – ADIn 405, DJ 28.03.1995;
94. Federação Nacional dos Advogados – ADIn 488, DJ 12.06.1992;
95. Federação Nacional dos agentes lotéricos – ADIn 731, DJ 08.05.1992;
96. Federação Nacional dos bancos – ADIn 164, DJ 17.12.1993;
97. Federação Nacional dos conferentes e consertadores de carga e descarga, vigias portuários, trabalhadores de bloco e arrumadores – ADIn 929, DJ 20.06.1997;
98. Federação Nacional dos engenheiros – ADIn 17, DJ 24.05.1991;
99. Federação Nacional dos estivadores – ADIn 929, DJ 20.06.1997;
100. Federação Nacional dos farmacêuticos – ADIn 689, DJ 15.05.1992;
101. Federação Nacional dos fiscais de contribuições previdenciárias – ADIn 772, DJ 23.10.1992;
102. Federação Nacional dos policiais civis – ADIn 713, DJ 10.04.1992;
103. Federação Nacional dos servidores do Judiciário – ADIn 744, DJ 08.09.1992;
104. Federação Nacional dos servidores do Poder Judiciário nos Estados e no Distrito Federal – ADIn 3.123, DJ 04.02.2004;
105. Federação Nacional dos sindicatos das empresas de segurança, vigilância e transporte de valores – ADIn 868, DJ 13.08.1993;
106. Federação Nacional dos sindicatos e associações de servidores dos Poderes Legislativos Estaduais e do Distrito Federal – ADIn 1.904, DJ 27.11.1998;

107. Federação Nacional dos sindicatos e associações de trabalhadores da Justiça do Trabalho – ADIn 526, DJ 05.03.1993;
108. Federação Nacional dos técnicos industriais – ADIn 746, DJ 02.04.1993;
109. Federação Nacional dos trabalhadores nas indústrias de construção pesada – ADIn 2.604, DJ 20.02.2002;
110. Federação Nacional dos trabalhadores nas indústrias urbanas – ADIn 1.508, DJ 29.11.1996;
111. Ordem dos empresários do Brasil – ADIn 560, DJ 13.09.1991;
112. Partido da Frente Liberal – ADIn 1.528, DJ 23.08.2002;
113. Partido da Mobilização Nacional – ADIn 1.813, DJ 20.03.2002;
114. Sindicato das empresas de transporte coletivo urbano de passageiros de Goiânia – ADIn 593, DJ 09.10.1991;
115. Sindicato das empresas de transporte rodoviário de passageiros do Estado do Mato Grosso – ADIn 1.884, DJ 23.09.1998;
116. Sindicato das empresas de transporte rodoviário intermunicipal e interestadual do Estado de Goiás – ADIn 593, DJ 09.10.1991;
117. Sindicato dos bancos do Estado do Rio de Janeiro – ADIn 39, DJ 19.05.1989;
118. Sindicato dos contabilistas de Santo André – ADIn 1.932, DJ 17.12.1998;
119. Sindicato dos empregados no comércio do Rio de Janeiro – ADIn 283, DJ 12.06.1990;
120. Sindicato dos reformados e pensionistas das polícias militares, brigadas militares e bombeiros – ADIn 2.991, DJ 14.10.2003;
121. Sindicato dos servidores públicos do Distrito Federal – ADIn 797, DJ 07.08.1998;
122. Sindicato dos trabalhadores em água, esgoto e meio ambiente no estado do Espírito Santo – ADIn 2.141, DJ 17.02.2000;
123. Sindicato interestadual de indústria e materiais e equipamentos ferroviários e rodoviários – ADIn 2.852, DJ 07.03.2003;
124. Sindicato nacional da indústria do cimento – ADIn 1.343, DJ 06.10.1995;
125. Sindicato nacional da indústria de máquinas – ADIn 1.149, DJ 06.10.1995;
126. Sindicato nacional das empresas de táxi aéreo – ADIn 920, DJ 11.04.1997;
127. Sindicato nacional de docentes de instituições de ensino superior – ADIn 364, DJ 19.02.1933;

- 128. Sindicato nacional de empresas de navegação marítima – ADIn 54, DJ 06.09.1996;
- 129. Sindicato nacional dos taxistas – ADIn 275, DJ 22.02.1991;
- 130. Sindicato nacional dos trabalhadores em resseguros – ADIn 1.562, DJ 09.05.1997;
- 131. União democrática ruralista nacional – ADIn 835, DJ 08.02.2002;
- 132. União dos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional – ADIn 591, DJ 22.11.1991;
- 133. União nacional dos estudantes – ADIn 894, DJ 20.04.1995;
- 134. União nacional dos servidores públicos civis do Brasil – ADIn 324, DJ 10.06.1994.

Destacam-se algumas destas decisões para que possamos iniciar a compreensão dos conceitos “entidade de classe” e “âmbito nacional”, segundo a ótica do STF:

ADIn 1.928 / PE, Relator o Min. Sydney Sanches – CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM (COFEN) X GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO – Julgada em 10.02.1999, DJ de 19.02.1999.

DECISÃO: 1. O CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM - COFEN intitula-se, na inicial, "entidade de Direito Privado, fiscalizadora e disciplinadora do exercício profissional, ex vi do art. 2º da Lei 5.905, de 12 de julho de 1973, c/c o art. 58 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998" (fls. 2). 2. Diga-se de passagem, a conversão das autarquias corporativas (Conselhos Federais de Fiscalização e Disciplina do Exercício Profissional) em entidades privadas, resultante do referido art. 58, está sendo questionada na ADI (Medida Cautelar) nº 1.717, de que sou Relator, com vista dos autos ao eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA. 3. Mesmo, porém, que se tenha como viável, constitucionalmente, tal conversão, ou seja, mesmo que se considere a autora como entidade privada fiscalizadora e disciplinadora do exercício profissional, nem por isso pode ser considerada como uma entidade de classe, ou seja, defensora dos interesses da categoria, para o efeito de se legitimar à propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal, o que basta para o não seguimento da presente. 4. [...] 5. [...] 6. Isto posto, seja por falta de possibilidade jurídica do pedido, seja por ilegitimidade ativa "ad causam", nego seguimento à Ação, julgando, em consequência, prejudicado o requerimento de medida cautelar. 7. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 10 de fevereiro de 1999.

ADIn 641 / DF, Relator o Min. Néri da Silveira, Relator para o Acórdão o Min. Marco Aurélio – CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA X PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL – julgada em 11.12.1991, DJ de 12.03.1993.

Ementa: LEGITIMIDADE - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSELHOS - AUTARQUIAS CORPORATIVISTAS. O rol do artigo 103 da Constituição Federal é exaustivo quanto a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Os denominados Conselhos, compreendidos no gênero "autarquia" e tidos como a consubstanciar a espécie corporativista não se enquadram na previsão constitucional relativa às entidades de classe de âmbito nacional. Da Lei Básica Federal exsurge a legitimação de Conselho único, ou seja, o Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Dai a ilegitimidade "ad causam" do Conselho Federal de Farmácia e de todos os demais que tenham idêntica personalidade jurídica - de direito público.

ADIn 835 / DF, Relator o MIN. CELSO DE MELLO - UNIAO DEMOCRATICA RURALISTA NACIONAL UDR X PRESIDENTE DA REPUBLICA e CONGRESSO NACIONAL – julgada em 01.02.2002, DJ de 08.02.2002.

DECISÃO: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, em que a União Democrática Ruralista Nacional (UDR) busca impugnar a validade jurídico-constitucional do art. 30 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, que deu nova redação ao caput do art. 9º da Lei nº 8.177/91, que passou a ter o seguinte conteúdo material: "Art. 9º. A partir de fevereiro de 1991, incidirão juros de mora equivalentes à TRD sobre os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, com a Seguridade Social, com o Fundo de Participação PIS-Pasep, com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e sobre os passivos de empresas concordatárias, em falência e de instituições em regime de liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial temporária." O eminente Procurador-Geral da República, Prof. GERALDO BRINDEIRO, suscitou questão preliminar concernente à ilegitimidade ativa ad causam da UDR, assim fundamentando, no ponto, o seu douto parecer (fls. 171/173): "Preliminarmente, verifica-se a ilegitimidade da autora para intentar ação direta de inconstitucionalidade, frente ao que estabelece o art. 103, IX, da Lei Maior. Atente-se para os seguintes dispositivos dos estatutos da requerente, registrados e arquivados em 15 de abril de 1987 (fls. 07 e seguintes): 'Art. 1º [...] § 1º - A UNIÃO DEMOCRÁTICA RURALISTA - UDR destina-se a reunir, em seu Quadro Social, todos os proprietários de imóveis rurais, no País, e tem ação inspirada, fundamentalmente, nos rígidos princípios do direito à VIDA, à LIBERDADE, à LIVRE INICIATIVA, à SEGURANÇA FÍSICA E PATRIMONIAL, à LIVRE LOCOMOÇÃO, à PERMANÊNCIA e ao DIREITO INTEGRAL DA PROPRIEDADE PRIVADA. § 2º - A UDR tem seu Quadro Social aberto ao ingresso de qualquer pessoa física ou jurídica de direito privado, de conformidade com o disposto no Artigo 7º e seus parágrafos. [...] Art. 5º - O Quadro Social da UNIÃO DEMOCRÁTICA RURALISTA - UDR é constituído de número ilimitado de associados correspondentes ao somatório dos associados das Seções Regionais. [...] Art. 7º - A todas as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, residentes ou instalados no Brasil, é livre o acesso ao Quadro Social da UNIÃO DEMOCRÁTICA RURALISTA - UDR, desde que em pleno gozo dos seus direitos civis, e que sejam proprietários ou proprietárias de imóveis rurais, por aquisição legítima na forma preceituada pelo Artigo 530 e seus incisos do Código Civil Brasileiro. § 1º - Poderão também ser sócios da UDR os filhos, genros e noras de proprietários, bem como os usufrutuários de imóveis rurais, desde que exerçam atividades agropecuárias, mediante apresentação dos respectivos proprietários. § 2º - Poderão também ser admitidos como sócios os produtores arrendatários, com contratos agropastoris, desde que apresentados pelos respectivos proprietários dos imóveis onde exerçam suas atividades. § 3º - Poderão ser sócios da UDR os sócios de empresas proprietárias rurais, equiparando-se estes aos proprietários. [...]'. Do exposto, vê-se que a requerente congrega tanto pessoas jurídicas como pessoas físicas, sendo, neste aspecto, uma associação híbrida, heterogênea, que, por essa razão, não se qualifica como entidade de classe de âmbito nacional, para a instauração do controle abstrato de constitucionalidade, como já consignado na ADIQUO nº 1.563-0/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 26.06.98). Demais disso, admite, como associados, "pessoas físicas que não pertencem, a rigor, a uma categoria econômica específica." (grifei) Passo a apreciar, desse modo, a questão preliminar concernente à alegada ausência de legitimidade ativa ad causam da União Democrática Ruralista Nacional. E, ao fazê-lo, entendo assistir plena razão à douta Procuradoria-Geral da República. É que, tal como bem ressaltado no parecer do eminente Chefe do Ministério Público da União, registra-se, quanto à autora, a ocorrência de um hibridismo descaracterizador de sua natureza como entidade de classe, para efeito de instauração da fiscalização concentrada de constitucionalidade. A composição híbrida da UDR emerge da possibilidade estatutária da presença, em seus quadros, de pessoas físicas e de pessoas jurídicas, o

que lhe suprime, na linha do magistério jurisprudencial desta Corte, a legitimação para agir em sede de controle normativo abstrato, considerada, precisamente, a heterogeneidade dessa participação social. Com efeito, o exame dos estatutos sociais da autora põe em evidência a heterogeneidade de sua composição, pois - como destacado pelo eminente Procurador-Geral da República - têm acesso, ao quadro social da UDR, "todas as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, residentes ou instaladas no Brasil [...], desde que em pleno gozo dos seus direitos civis, e que sejam proprietários ou proprietárias de imóveis rurais [...]" (art. 7º), podendo figurar, ainda, como associados, "os filhos, genros e noras de proprietários, bem como os usufrutuários de imóveis rurais, desde que exerçam atividades agropecuárias, mediante apresentação dos respectivos proprietários" (art. 7º, § 1º), além dos produtores arrendatários (art. 7º, § 2º) e dos sócios de empresas proprietárias rurais (art. 7º, § 3º). É por essa razão que a UDR dispôs, em sede estatutária, que o seu quadro social estará "aberto ao ingresso de qualquer pessoa física ou jurídica de direito privado, de conformidade com o disposto no Artigo 7º e seus parágrafos" (art. 1º, § 2º). Daí a correta observação, expendida pela douta Procuradoria-Geral da República, no sentido de que "a requerente congrega tanto pessoas jurídicas como pessoas físicas, sendo, neste aspecto, uma associação híbrida, heterogênea, que, por essa razão, não se qualifica como entidade de classe de âmbito nacional, para a instauração do controle abstrato de constitucionalidade, como já consignado na ADIQUO nº 1.563-0/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 26.06.98)". Cabe assinalar, ainda, para além do hibridismo dessa composição social, que os estatutos da autora admitem, como associados, pessoas físicas que sequer pertencem a uma categoria econômica específica, como "os filhos, genros e noras de proprietários [...]" (art. 7º, § 1º), o que também se revela suficiente para deslegitimar, a UDR, ao exercício da prerrogativa de fazer instaurar o concernente processo de controle normativo abstrato, tal como bem ressaltou a douta Procuradoria-Geral da República. Cumpre ter presente, bem por isso, a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja orientação - reiterada em sucessivas decisões - tem advertido falecer, a entidades que apresentem composição híbrida, a necessária qualidade para agir em sede de controle normativo abstrato, pois, sob tal circunstância, o caráter heterogêneo do quadro social desqualifica essas instituições para a pertinente instauração do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade (RTJ 152/782, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 49-DF Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - ADI 271-DF (Medida Cautelar), Rel. Min. MOREIRA ALVES - ADI 444-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES - ADI 1.340-MG, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ADI 1.387-DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - ADI 1.409-ES, Rel. Min. MOREIRA ALVES - ADI 1.412-DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - ADI 1.427-PE (Medida Cautelar), Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - ADI 1.471-DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - ADI 1.565-PE, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - ADI 1.532- MG, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - ADI 2.205-SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ADI 2.360-MS (Medida Cautelar), Rel. Min. MOREIRA ALVES). A inviabilidade da presente ação direta, em decorrência da razão mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cabe acentuar, neste ponto, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, intempestivos, insuscetíveis de conhecimento, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Impõe-se enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 563-DF, Rel.

Min. PAULO BROSSARD - ADI 593-GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207-AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215-PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata, o que inclui, dentre outras atribuições, o exame dos pressupostos processuais e das condições da própria ação direta" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo presentes as razões que venho de expor, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, julgo extinto este processo de controle abstrato de constitucionalidade. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se Brasília, 1º de fevereiro de 2002.

Destas poucas decisões parece surgir a idéia de que a cada colação um novo motivo para a extinção da ADIn será apresentado. E logo haveria 134 deles. No caso do Conselho Federal de Enfermagem o fato de ser uma entidade fiscalizadora não a torna uma entidade de classe; já no caso do Conselho Federal de Farmácia a justificativa é que apenas o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil teria legitimidade para ADIn; por último, a UDR se desqualifica por sua composição heterogênea.

Fazendo uma análise mais abrangente da Jurisprudência do STF, autorizada doutrina conseguiu formular as linhas básicas do entendimento da Corte acerca dos conceitos *entidade de classe e âmbito nacional*¹⁵². O conceito de entidade de classe passa obrigatoriamente por um grupo de filiados ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional, numa associação que em essência representa o interesse comum do grupamento¹⁵³. Aqueles grupos que se associam circunstancialmente, tais como empregados de uma empresa¹⁵⁴ e os que congregam membros pertencentes a diferentes categorias profissionais ou econômicas¹⁵⁵ não representam uma entidade de classe, em virtude da heterogeneidade de interesses. Uma instituição composta por membros provenientes de extratos sociais ou econômicos diversificados, cujos interesses tomados individualmente sejam contrastantes, também não pode ser considerada uma entidade de classe¹⁵⁶. Durante

¹⁵² Indispensável a leitura de BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006, p. 144-147, MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 2005, p. 163-178 e DIZ, Nelson Nascimento; GAENSLY, Marina. O controle judicial da constitucionalidade das leis. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 367, p. 29, 2003.

¹⁵³ ADIn 34, Relator o Ministro Octavio Gallotti, RTJ 128:481.

¹⁵⁴ ADIn 79, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 10.09.1989.

¹⁵⁵ ADIn 42, Relator o Ministro Paulo Brossard, DJ de 02.04.1993.

¹⁵⁶ Adin 108, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 05.06.1992.

muito tempo, a agregação de pessoas jurídicas formando uma “associação de associações” foi repelida como entidade de classe, mas tal entendimento mudou após decisão do Agravo Regimental na ADIn 3.153, Relator para o Acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 12.08.2004, que deu seguimento à Ação Direta impetrada pela Federação Nacional das Associações de Produtores de Cachaça de Alambique (FENECA)¹⁵⁷.

No que se refere ao requisito do âmbito nacional, este será satisfeito se a entidade possuir filiados em pelos menos nove estados da Federação, numa clara analogia com a lei Orgânica dos Partidos Políticos¹⁵⁸. Esse entendimento admite flexibilização quando a entidade comprovar que apenas possa congrega filiados em menos de nove estados¹⁵⁹.

Estando uma organização enquadrada como entidade de classe de âmbito nacional, resta uma última condição: pelo fato de não ser um dos legitimados universais para a propositura da ADIn, a entidade de classe deve comprovar ainda sua *pertinência temática*, ou seja, a relação incontestada entre sua atividade e o objeto da Ação. Não é à toa que poucas foram as entidades de classe que lograram êxito em satisfazer as exigências do STF no que toca à legitimidade ativa¹⁶⁰. Gilmar Ferreira Mendes, em uma análise crítica da legitimação das entidades de classe para propositura de ADIn, chega mesmo a considerar que o esforço feito pelo Supremo em identificar que instituições deturpam a legitimidade ativa acaba por desnaturar o papel destas como atores do processo de controle concentrado de constitucionalidade, afirmando que alguns dentre os vários outros legitimados pela Constituição de 1988 já seriam suficientes para levar ao STF o conhecimento das mais relevantes questões constitucionais¹⁶¹.

As entidades de classe são os legitimados para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade que mais próximos estão do cidadão comum. As dificuldades que

¹⁵⁷ Informativo STF 361.

¹⁵⁸ ADIn 386, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 28.06.1991.

¹⁵⁹ ADIn 2.866, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 17.10.2003.

¹⁶⁰ Conferir relação em MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 2005. p. 175, nota de rodapé nº. 82 e BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 148, nota de rodapé nº. 44. A segunda obra apresenta relação com 10 entidades de classe a mais que a lista da primeira obra.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 2005. p. 177-178.

enfrentam para bem desempenharam seu papel de fiscalização da constitucionalidade das leis reforça a necessidade de um acesso direto do cidadão à jurisdição constitucional.

6.4 O *amicus curiae* e sua pouca utilidade na concretização da participação popular

A origem mais provável do *amicus curiae*, expressão que pode ser traduzida como “amigo da corte”, está no Direito inglês, com registros de participações de figuras estranhas a uma determinada causa desde o século XVII, de onde, gradativamente, passou a ser incorporado ao Direito norte-americano. Foi a doutrina construída nos Estados Unidos – onde é prática cada vez mais comum nos casos apreciados pela Suprema Corte que envolvam liberdades públicas – que serviu de base para o instituto descrito no art. 7º, § 2º da Lei 9.868/99:

Art. 7º [...]
§1º (vetado)
§2º - O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Algumas disposições esparsas em diplomas infraconstitucionais consagram procedimentos muito próximos do *amicus curiae*: o art. 31 da Lei n. 6.385/76 (Lei da Comissão de Valores Mobiliários); o art. 89 da Lei n. 8.884/94 (Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ou CADE) e o art. 49 da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). Também podemos encontrar uma menção expressa, no art. 23, § 1º, da Resolução nº. 390/2004 do Conselho da Justiça Federal.

A figura do *amicus curiae* não significa uma forma de intervenção de terceiros, tendo em vista que a intervenção de terceiros guarda relação com interesses subjetivos e não com processos rigorosamente objetivos, como a ADIn e a ADPF. O *amicus curiae* é um mecanismo que permite ampliar o debate que motiva um processo objetivo, tendo em vista a

relevância do tema para a sociedade. Aquele órgão ou entidade cujo requerimento seja admitido tem a possibilidade inclusive de promover a sustentação oral¹⁶².

Inobstante sua posição consolidada no Direito americano, podemos considerar que o *amicus curiae* não é figura típica do controle difuso ou do controle concentrado, mas inerente ao fato de uma Corte Constitucional adotar uma postura democrática, seja ela um Tribunal Constitucional ou uma Corte Suprema.

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, uma excelente síntese sobre o papel do *amicus curiae*:

Apresenta-se como um verdadeiro instrumento democrático que franqueia o cidadão a penetrar no mundo fechado, estreito e objetivo do processo de controle abstrato de constitucionalidade para debater temas jurídicos que vão afetar toda a sociedade. Por meio desse instituto, o Tribunal Constitucional mantém permanente diálogo com a opinião pública, como forma de legitimar o exercício da jurisdição constitucional.¹⁶³

Infelizmente, do mesmo problema que padecem as entidades de classe para o pleito de uma ADIn, também sofrem boa parte das instituições que pleiteiam a participação como *amicus curiae*. Em diversas ocasiões, o Supremo reconheceu o instituto como fator de legitimação social de suas decisões, sendo que em algumas reconheceu o requerente como um *amicus curiae*, como o fez com a Associação dos Magistrados Catarinenses¹⁶⁴, noutras, o órgão não fora admitido, como no caso do Sindicato dos Médicos do Distrito Federal¹⁶⁵. Muitas entidades que desempenham um papel significativo para a sociedade também tiveram seu pedido indeferido, tais como o Sindicato de Auditores Fiscais da Receita do Paraná¹⁶⁶, a

¹⁶² Informativo STF 349.

¹⁶³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIn, ADC e ADPF. In: DIDIER JR., Fredie.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 158.

¹⁶⁴ Informativo STF 215.

¹⁶⁵ Informativo STF 384.

¹⁶⁶ ADIn 3.767, julgada em 06.10.2006, DJ de 19.10.2006.

Associação Nacional dos Magistrados Estaduais¹⁶⁷, a Associação Nacional dos Defensores Públicos¹⁶⁸ e a Associação dos Magistrados Brasileiros¹⁶⁹, dentre outras¹⁷⁰.

No caso do *amicus curiae* a questão gravita em torno de dois pontos: 1) a decisão do relator é discricionária e irrecorrível, e 2) a Jurisprudência do STF tem entendido que a participação de terceiros nos processo objetivos é a exceção, só admitida no caso de *representatividade adequada*.

A representatividade adequada representa para o *amicus curiae* o mesmo que a pertinência temática representa para a legitimidade das entidades de classe na propositura de uma ADIn, ou seja, uma condição da ação do processo de controle abstrato da constitucionalidade¹⁷¹.

6.5 O Mandado de Injunção e a posição não concretista adotada pelo Supremo Tribunal Federal

Enquanto a ADIn por Omissão destina-se à fiscalização abstrata da inércia, o Mandado de Injunção presta-se ao controle concreto da omissão, protegendo direitos subjetivos frustrados pela falta de ação dos Poderes Públicos. Dito de outra forma, o Mandado de Injunção é o correspondente da ADInO no controle concreto. Assim dispõe o Texto Maior sobre o Mandado de Injunção:

Art. 5º -[...]

[...]

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

¹⁶⁷ ADIn 3.106, julgada em 23.08.2006, DJ de 29.08.2006.

¹⁶⁸ ADIn 3.720, julgada em 08.05.2006, DJ de 16.05.2006

¹⁶⁹ ADIn 3.650, julgada em 08.03.2006, DJ de 16.03.2006.

¹⁷⁰ Uma relação substancial das decisões monocráticas dos Ministros Relatores do Supremo pelo indeferimento da participação de órgãos e entidades na condição de *amicus curiae* BRASIL. STF. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=amicus%20curiae%20indefiro&d=DESP.>>. Acesso em 02.02.2007.

¹⁷¹ Um bom indício do que se deve entender por representatividade adequada está na decisão da ADIn 3.474, Relator o Ministro Cezar Peluso, julgada em 13.10.2005, DJ de 19.10.2005.

A Constituição de 1988 atribuiu competência ao STF para conhecer diretamente do Mandado de Injunção em determinadas hipóteses, assim, dependendo de quem seja o responsável pela omissão em regulamentar certo ato normativo, pode o MI “fazer as vezes” de uma via de controle concreto e concentrado da constitucionalidade. A relevância dos atores listados na alínea *q* do inciso I do art. 102 da Constituição permite-nos concluir que a grande maioria dos Mandados de Injunção será julgada no Supremo. Vejamos o que ensina o citado dispositivo constitucional:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
[...]
q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

A legitimação ativa é daquele indivíduo cujo exercício de um direito está sendo obstado. Também entidades de classe e sindicatos, desde que satisfeita a pertinência temática, podem impetrar o MI. O STF já previu expressamente a possibilidade de um *Mandado de Injunção coletivo*¹⁷². A omissão que viabiliza o MI pode ser de norma de qualquer hierarquia, de lei complementar a portaria ou instrução normativa de caráter administrativo, bastando que tal lacuna impossibilite o pleno exercício de um direito constitucional¹⁷³. Na falta de norma regulamentar própria, usa-se o procedimento do Mandado de Segurança¹⁷⁴.

Criado para ser um instrumento de fiscalização concreta da constitucionalidade, o Mandado de Injunção é destinado ao combate das omissões do Poder Público que interfiram no exercício de um direito ou liberdade. Inobstante sua nobre missão, o MI acabou tendo o mesmo fim melancólico da ADInO. E isso em virtude do posicionamento tomado pelo STF.

¹⁷² MI 361, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 08.04.1994, DJ de 17.06.1994.

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 121.

¹⁷⁴ Art. 24 da Lei 8.038/90.

A natureza jurídica da decisão em MI e os efeitos então resultantes dividiram a doutrina em duas correntes: a primeira entendia que a decisão teria o condão de obrigar o órgão omissor a legislar; a segunda defendia que os efeitos estariam restritos ao autor, sendo resolvido apenas o caso concreto posto em julgamento através da concretização do direito ou liberdade. O primeiro entendimento se coaduna perfeitamente com o que deveria ser o efeito de uma decisão em ADIn por Omissão. O segundo entendimento deveria expressar o que representaria uma decisão em Mandado de Injunção. Acontece, porém, que nem a ADIn por Omissão nem o Mandado de Injunção conseguiram atingir seus objetivos, tendo as duas salutares propostas de defesa dos direitos do cidadão frente às omissões do Poder Público sucumbido diante de um conceito assaz rígido do princípio da Separação de Poderes.

Com apoio em Alexandre de Moraes, podemos afirmar que os efeitos das decisões tomadas pelos Ministros do STF em Mandados de Injunção podem seguir uma das seguintes posições¹⁷⁵:

- Concretista geral
- Concretista individual¹⁷⁶
- Não concretista¹⁷⁷

Pela posição concretista geral, a decisão em Mandado de Injunção teria efeitos *erga omnes*, o que faria o STF ocupar a função do Poder Legislativo. Essa posição extremada tomaria espaço até mesmo da ADInO e, ao usurpar as competências de outro Poder, produziria uma desnecessária instabilidade institucional. É rara na Jurisprudência e pouco aceita na doutrina. A posição concretista individual entende que o STF pode perfeitamente sanar a omissão, fazendo com que o direito ou liberdade seja plenamente exercido, desde que a decisão seja restrita ao autor da Injunção. Tal corrente subdivide-se em direta e intermediária. No primeiro caso, a eficácia da norma constitucional não regulamentada é garantida ao autor da ação de forma imediata; no segundo caso, um prazo de 120 dias seria

¹⁷⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006b. p. 158.

¹⁷⁶ Que por sua vez, ainda permite a subdivisão em direta e intermediária.

¹⁷⁷ Orientação atualmente predominante no STF.

dado ao Congresso Nacional para que elaborasse a norma regulamentar, e só após esse lapso de tempo, caso persistisse a inércia, estaria a decisão apta a implementar as condições para o exercício do direito individual. Em nosso ponto de vista, tal posição não seria ofensiva ao princípio da Separação de Poderes, mesmo que exercida de forma direta, sem a concessão de prazo extra para o exercício da regulamentação¹⁷⁸.

Na posição não concretista, tão desalentadora quando dominante, o Mandado de Injunção tem como finalidade única reconhecer formalmente a inércia do Poder Público, o que o transforma em uma pomposa notificação, que transita entre as cúpulas de dois Poderes, onerosa e ineficiente¹⁷⁹.

Um último e curioso detalhe: sequer a norma infraconstitucional que regulamentaria o Mandado de Injunção foi produzida pelo legislador ordinário. Isso significa que o instrumento idealizado para a colmatação das lacunas impeditivas do exercício de um direito não tem, ele próprio, uma normatização a fim de regular sua aplicação.

¹⁷⁸ Alexandre de Moraes filia-se à posição concretista individual intermediária. *Ibid.*, 2006b. p. 161.

¹⁷⁹ Decisão que serve de paradigma no Supremo Tribunal Federal acerca da posição não concretista: MI-QO 107/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, julgado em 21.11.1990, DJ de 02.08.1991.

7 POSSIBILIDADE DE UMA AMPLIAÇÃO DEMOCRÁTICA DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: SEU MANEJO PELO CIDADÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A autêntica garantia da supremacia de uma Constituição é aquela que alia um Tribunal Constitucional ou uma Corte Suprema responsável pelo controle em abstrato à legitimidade do cidadão para deflagrar o processo constitucional em virtude de um caso concreto, desde que a questão seja relevante, por envolver ameaça ao que seja considerado como preceito fundamental¹⁸⁰.

É no âmbito de uma nova forma de legitimidade concedida ao cidadão para o acesso direto à jurisdição constitucional que entra em cena a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como o meio mais adequado para fazer chegar a queixa do indivíduo ao órgão responsável pela defesa da Constituição e dos preceitos fundamentais. Tal como desenhada hoje, porém, está ainda por tornar-se um efetivo instrumento processual a serviço do cidadão, uma ADPF popular, democratizada, sem necessidade de intermediários. Quais seriam os objetos desta ADPF popular, bem como quais os requisitos a serem cumpridos – tudo com vistas a equilibrar o acesso direto do cidadão ao Supremo Tribunal Federal com a garantia do pleno e eficiente funcionamento da Corte Constitucional – são questões a serem tratadas a seguir.

7.1 Natureza processual da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma das formas de fiscalização concentrada de constitucionalidade do ordenamento brasileiro. Alia-se, nesta missão, à Ação Direta de Inconstitucionalidade, por ação ou por omissão, à Ação Declaratória

¹⁸⁰ Opinião compartilhada por TAVARES, André Ramos, op. cit., 2001. p. 22.

de Constitucionalidade e à representação interventiva¹⁸¹. Surgiu com o texto originário da Constituição de 1988, tendo sido regulamentada apenas 11 anos depois, com a Lei 9.882/99.

A ADPF poderá ser usada para evitar ou reparar lesão a preceitos fundamentais, o que lhe confere caráter preventivo ou repressivo. Sua impetração precisa obedecer à regra da subsidiariedade, ou seja, só será admitida quando nenhum outro meio de impugnação for utilizável. Os legitimados para propositura da ADPF são os mesmos da Ação Direta, sem que haja possibilidade de uma legitimidade popular, eliminada em virtude de um veto presidencial.

A ADPF possui parâmetro mais restrito que a ADIn, visto que nesta defendem-se todos os dispositivos constitucionais e naquela apenas os que se consideram como preceitos fundamentais. Em contrapartida, seu objeto é mais amplo, podendo ser sindicáveis pela ADPF as omissões inconstitucionais, atos normativos federais, estaduais e municipais, atos administrativos de efeito concreto, atos jurisdicionais e normas pré-constitucionais. O controle dos atos regulamentares via Argüição aponta, no entanto, para uma divergência na Jurisprudência do Supremo¹⁸². Sob nenhuma hipótese poderá a ADPF ser manejada em caso de lei ou ato normativo revogado¹⁸³, Súmula¹⁸⁴, projeto de lei ou proposta de Emenda

¹⁸¹ Como dito anteriormente, a representação interventiva, apesar de servir também ao controle concentrado, tem características bem diversas das outras ações, o que justifica a ausência de considerações a seu respeito no presente trabalho.

¹⁸² Na ADPF-MC 33, Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgada em 07.12.2005, DJ de 27.10.2006, foi admitido o questionamento de ato regulamentar de autarquia do estado do Pará. Na ADPF 41, Relator o Ministro Gilmar Mendes, ainda pendente de julgamento, foi admitida Argüição contra provimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, ainda que em sede de liminar, tendo acontecido tal julgamento em 24.04.2003. Na ADPF 93, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 24.08.2006, DJ de 31.08.2006, não foi conhecida a Argüição contra decreto regulamentar sob o fundamento de que para tal não se presta o controle concentrado. Entendemos que assiste razão a Gilmar Mendes, em virtude do princípio da subsidiariedade: um ato só pode ser atacado por ADPF se não puder ser por ADIn; se concluirmos, porém, que um determinado ato – que não possa ser objeto de ADIn – também não pode ser objeto de qualquer controle concentrado, então pode-se riscar da Constituição as disposições sobre a ADPF, porque nenhum ato poderá ser objeto seu.

¹⁸³ Argüição contra norma de eficácia exaurida já teve liminar acolhida, conforme decisão da ADPF-MC 77, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 21.08.06, DJ de 24.08.06.

¹⁸⁴ ADPF-AgR 80, Relator o Ministro Eros Grau, julgada em 12.06.06, DJ de 10.08.06, Informativo STF 431.

Constitucional¹⁸⁵, decisão com trânsito em julgado¹⁸⁶ e para a tutela de interesse meramente privado¹⁸⁷.

O procedimento da Argüição é muito semelhante ao desenhado para a ADIn. O STF, por decisão da maioria absoluta de seus membros, pode deferir medida liminar, cujo conteúdo pode ser a suspensão do andamento de processos. O Relator de uma ADPF tem o poder de ouvir órgãos ou autoridades que tenham experiência em determinada matéria, uma clara referência ao instituto do *amicus curiae*, encontrado no processamento da ADIn. O dispositivo que previa a procedência por manifestação neste sentido de dois terços dos Ministros foi vetado, o que nos leva a concluir que deve ser usado o *quorum* de maioria absoluta, por analogia ao que dispõe o art. 23 da Lei 9.868/99.

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em uma ADPF, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado¹⁸⁸. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória¹⁸⁹. As características da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental que mais importam ao presente trabalho – legitimidade, modalidades de argüição, subsidiariedade, preceitos fundamentais, objeto e *amicus curiae* – serão oportunamente analisadas.

7.2 A inutilidade prática da Argüição “incidental”

Uma parte considerável da doutrina pátria considera que existem duas modalidades de ADPF: uma principal, expressa no art. 1º, *caput* da Lei 9.882/99, e outra “incidental”,

¹⁸⁵ ADPF-AgR 43, Relator o Ministro Carlos Britto, julgada em 20.11.03, DJ de 19.12.03.

¹⁸⁶ ADPF-MC 52, Relator o Ministro Celso de Mello, julgada em 24.05.06, DJ de 02.06.06.

¹⁸⁷ ADPF-AgR 11, Relator o Ministro Sydney Sanches, julgada em 18.11.04, DJ de 05.08.05.

¹⁸⁸ Art. 11 da Lei 9.882/99.

¹⁸⁹ Art. 12 da Lei 9.882/99.

“paralela” ou “por equiparação”, cuja previsão estaria no inciso I do parágrafo único do mesmo art. 1º. Eis o art. 1º da Lei 9.882/99:

Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

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

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

II – (VETADO)

A maneira pela qual se interpretou esse artigo da lei que regulamentou a ADPF originou nada menos que seis correntes doutrinárias. A primeira entende que a ampliação feita pelo parágrafo único é inconstitucional, não cabendo sequer cogitar-se acerca de uma ADPF “incidental”; a segunda entende que é a transformação de uma argüição em ação autônoma que caracteriza a inconstitucionalidade; a terceira entende que o parágrafo único deve ser interpretado em conjunto com o *caput*, possuindo a argüição autônoma e a incidental os mesmos requisitos e o mesmo objeto, diferenciando-as apenas o procedimento; a quarta aceita a independência da modalidade incidental, mas não vê qualquer vantagem em seu uso; a quinta entende que não existe uma via “incidental” e que o previsto no parágrafo único está contido no preceito do *caput*; a sexta defende a modalidade incidental como totalmente independente da principal, possuindo processamento e requisitos diversos e próprios.

Na primeira corrente doutrinária podemos citar Alexandre de Moraes, que vê no parágrafo único do art. 1º da Lei da ADPF uma inconstitucional ampliação das competências do STF, apenas possível por uma Emenda Constitucional. Aliado a isto, entende que controvérsias entre leis e normas constitucionais não representariam necessariamente um descumprimento de preceito fundamental¹⁹⁰.

A segunda corrente nos é apresentada por Sérgio Resende de Barros, argumentando que o termo “argüição” só poderia dizer respeito a um incidente, com legitimação ampla,

¹⁹⁰ MORAES, Alexandre de, op. cit., 2006b. p. 713.

nunca a uma ação direta e com legitimação restrita¹⁹¹. Com todo respeito à posição do citado jurista, é a argumentação que menos se sustenta, visto não haver lógica em aplicar-se um formalismo terminológico em prejuízo do sentido constitucional.

A terceira linha de pensamento está muito bem explicitada em obra de Walter Claudius Rothenburg¹⁹², onde afirma que tanto o texto do *caput* como do parágrafo único devem ser entendidos como reguladores de uma mesma ação, traçando um perfil completo para o instituto que considera possuir duas modalidades. Avançando no raciocínio, mostra o absurdo de se pensar que a ADPF principal não precisaria levar em conta a relevância do fundamento da controvérsia, que seria requisito apenas da via incidental. Outra incongruência apontada seria excluir do âmbito da Arguição principal o controle dos atos normativos de qualquer ente da Federação, inclusive os pré-constitucionais; em seu entendimento, os que defendem a total independência das modalidades franqueiam tais atos apenas à via incidental.

A quarta vertente considera as duas modalidades de ação, concordando que possuem objetos diversos e que a modalidade incidental deva obedecer a um maior número de requisitos, mas não confere efetividade prática a esta última via devido à total coincidência entre os legitimados para propositura das duas modalidades, o que ocorreu em virtude do veto presidencial ao inciso II do art. 2º da Lei 9.882/99. Luís Roberto Barroso é um dos doutrinadores que melhor discorrem sobre os efeitos que o veto presidencial causou na via incidental da ADPF¹⁹³.

A quinta interpretação encontrada na doutrina, que pode ser considerada uma visão extremada da quarta vertente, faz severas críticas à via “incidental”, posto que considera não haver pedido incidental, feito no bojo de um caso concreto por uma das partes. Não haveria, portanto, um traço relevante sequer da via descrita no parágrafo único que a diferenciasse da modalidade do *caput*, estando nesta contida. É a posição do professor Sérgio Valladão

¹⁹¹ BARROS, Sérgio Resende de. O nó górdio do sistema misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito**: análises à luz da lei n.º 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 197.

¹⁹² ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: *Ibid.*, 2001, p. 203-208.

Ferraz¹⁹⁴. A sexta e última corrente doutrinária, de longe a que possui o maior número de adeptos, defende a modalidade incidental como totalmente independente da principal, com processamento e requisitos próprios, sendo diverso inclusive o objeto. Podem ser citados, dentre os vários defensores, André Ramos Tavares¹⁹⁵, Uadi Lammêgo Bulos¹⁹⁶, Juliano Taveira Bernardes¹⁹⁷, Guilherme Peña de Moraes¹⁹⁸, Daniel Sarmento¹⁹⁹, Fábio César dos Santos Oliveira²⁰⁰, Kildare Gonçalves de Carvalho²⁰¹ e Carlos Mário da Silva Velloso²⁰². No contexto do presente estudo não cabe rebater ponto por ponto de todas as correntes doutrinárias aqui aventadas, restando-nos apenas tecer breves considerações sobre o esvaziamento da proposta original de uma legitimação popular, o que se deu em virtude do veto presidencial ao inciso II do art. 2º, causa direta da inutilidade prática da via incidental da ADPF, admitindo-se de antemão que tal modalidade tenha de fato sido instituída.

Após a promulgação da Constituição de 1988, certo “vácuo” ainda restava imune ao controle concentrado de constitucionalidade. Demandas exaustivamente repetidas e o fenômeno da “guerra de liminares” preocupavam setores da doutrina e também o governo. Dois juristas de peso no cenário nacional, Celso Ribeiro Bastos e Gilmar Ferreira Mendes, viram na regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – prevista originalmente no art.102, parágrafo único, e depois movida para o § 1º do mesmo art. 102 da Constituição – uma solução para diversas lacunas no quadro de competências do Supremo. Guiava-os um instituto nos moldes dos incidentes de inconstitucionalidade previstos em várias Cortes da Europa. Uma comissão de especialistas foi nomeada pelo então

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 249, 260-261 e nota de rodapé nº. 40.

¹⁹⁴ FERRAZ, Sérgio Valladão. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 594.

¹⁹⁵ TAVARES, André Ramos, op. cit., 2001. p. 293.

¹⁹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.027.

¹⁹⁷ BERNARDES, Juliano Taveira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto**, Brasília, nº. 8, jan. 2000.

¹⁹⁸ MORAES, Guilherme Peña de. **Direito constitucional: teoria da constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 289.

¹⁹⁹ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius, op. cit., 2001. p. 87.

²⁰⁰ OLIVEIRA, Fábio César dos Santos, op. cit., 2004. p. 150.

²⁰¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves de, op. cit., 2004. p. 296.

²⁰² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista AGU**, Ano II, nov. 2001. Disponível em: <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_II_novembro_2001/05112001CarlosVellosoAarguicaodedescumprimento.pdf>. Acesso em: 21.11.2006.

Ministro da Justiça, Íris Resende, através da Portaria nº. 572, de 07.07.1997. A comissão era presidida por Celso Ribeiro Bastos e integrada por Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes²⁰³.

Parece inconteste que a notável comissão pretendeu dar à ADPF um caráter dúplice: ela poderia funcionar tanto como um similar ao recurso constitucional alemão quanto como um incidente de inconstitucionalidade, também nos moldes de outro instituto alemão, a questão de inconstitucionalidade.

Os trabalhos da comissão deram origem ao PL 17/99, cujas razões apontavam para um instrumento com dupla função: garantir a governabilidade e a cidadania. O texto do PL 17/99 acabou sendo incorporado através de um substitutivo a um outro projeto de lei que já tramitava na Câmara, o PL 2.872/97. Finalmente transformando em lei, a concepção original foi mutilada por diversos vetos presidenciais, ocasionando mais dúvidas do que certezas junto à comunidade jurídica e à doutrina. Chegamos assim à Lei 9.882/99 em sua versão atual.

É preciso salientar que a ADPF, qualquer que seja sua modalidade, terá como objetivo fixar a interpretação acerca de um determinado preceito fundamental, o que confere à sua decisão uma natureza declaratória²⁰⁴. Caso o descumprimento tenha sido constatado, o cumprimento da decisão reveste a decisão também de caráter mandamental, posto que a lesão ao preceito fundamental deve ser imediatamente sanada pelas autoridades ou órgãos responsáveis. Assim, qualquer conclusão a que se chegue não afetará a natureza das decisões em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Fica claro, de acordo com os argumentos da corrente doutrinária que possui o maior número de defensores, que a ADPF principal, praticamente uma unanimidade junto à doutrina, é um instrumento típico do controle concentrado da constitucionalidade, ora associado a uma fiscalização concreta, ora associado a uma fiscalização abstrata.

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 2006. p. 92.

²⁰⁴ Art. 10 da Lei 9.882/99.

Em classificação extremamente didática de Roberto Mendes Mandelli Junior, os objetos da Arguição podem ser classificados em três grupos²⁰⁵:

1. Atos não normativos do Poder público;
2. Leis ou atos normativos municipais;
3. Leis ou atos normativos anteriores à Constituição.

Tal classificação merece duas observações: a primeira é que dela estão excluídos as leis e os atos normativos federais e estaduais pós-constitucionais, pois os que afrontarem um preceito constitucional estarão, por relação de continência, afetando a própria Constituição, o que os torna impugnáveis por ADIn e não por ADPF, tendo em vista o princípio da subsidiariedade; a segunda é que a fiscalização dos atos normativos municipais e dos pré-constitucionais torna superado o “vácuo jurídico” que os idealizadores da ADPF visavam resolver.

Ainda na visão da doutrina dominante, a ADPF possui pressupostos gerais e pressupostos específicos. Os pressupostos gerais (que seriam os únicos da modalidade autônoma) seriam o descumprimento de um preceito fundamental e a obediência ao princípio da subsidiariedade. O descumprimento de um preceito fundamental é pressuposto expressamente consagrado no dispositivo constitucional que estabelece a ADPF²⁰⁶. A regulamentação por lei ordinária dele não poderia afastar-se sob nenhuma hipótese.

Quanto ao princípio da subsidiariedade, a Jurisprudência dominante no STF tem acenado com uma disciplina muito rigorosa, negando curso a toda e qualquer ADPF quando ainda houver qualquer remédio jurídico à disposição, inclusive aqueles típicos do controle difuso, como o Mandado de Segurança e a Ação Popular²⁰⁷. A posição mais moderna, porém, que rapidamente galga espaço na doutrina pátria relaciona a subsidiariedade da ADPF com a utilização de meios judiciais eficazes e que se relacionem com o caráter de processo objetivo.

²⁰⁵ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes, op. cit., 2003. p. 122-123.

²⁰⁶ Art. 102, § 1º da Constituição Federal.

É o que Luís Roberto Barroso chama de *posição intermediária*, tendo em vista que parte da doutrina defende entendimento oposto ao da atual maioria do Supremo²⁰⁸. Cabe observar que já existe manifestação do Pretório Excelso admitindo o cabimento da ADPF quando os meios de impugnação que restarem não possuírem eficácia típica das ações do controle concentrado e abstrato²⁰⁹. É sob esse prisma que deve ser considerado o princípio da subsidiariedade, ou seja, estando afrontado um preceito fundamental e não sendo cabível qualquer das ações próprias do controle concentrado e abstrato – a ADIn, a ADC e a ADInO –, perfeitamente cabível cogitar-se do uso da ADPF, independente do cabimento de RE, MS ou qualquer outro meio típico do controle difuso e concreto.

No que concerne aos pressupostos específicos – relacionados exclusivamente à modalidade incidental da ADPF –, a doutrina majoritária entende que deverão ser observadas: 1) a relevância da controvérsia constitucional e 2) que o objeto seja apenas lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Acerca do primeiro pressuposto, pode-se mesmo considerar que boa parte das vezes em que esteja ocorrendo um descumprimento de preceito fundamental estará ocorrendo também uma controvérsia constitucional relevante para a sociedade. Se assim não for, necessariamente haverá que se admitir que a modalidade incidental tenha de fato um requisito extra, que a torna mais restrita e complexa do que a modalidade principal.

O segundo pressuposto específico também é limitador do escopo de aplicação da modalidade incidental, posto que deixa à margem o controle dos atos não normativos. Tal entendimento acerca dos pressupostos específicos da modalidade incidental se deve a uma “leitura independente” do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/99, em que este não estaria completando o sentido de seu *caput*, mas fazendo uma ampliação, criando assim um instituto novo.

²⁰⁷ ADPF-QO 3, Relator o Ministro Sydney Sanches, julgada em 18.05.2000, DJ de 27.02.2004, Informativo STF 189.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 254.

O grande problema da modalidade incidental, a nosso ver, foi o veto presidencial ao inciso II do art. 2º da Lei 9.882/99. Parece-nos isento de dúvida que a intenção do legislador ordinário fora criar uma Ação com dupla função: de um lado, uma ADPF tipicamente concentrada, com legitimação restrita, que poderia ser usada para uma fiscalização concreta ou abstrata, inspirada no recurso constitucional alemão; de outra parte, uma ADPF realizando uma fiscalização concreta e *per saltum*, no melhor estilo da questão de inconstitucionalidade alemã, combinada com uma característica auspiciosa – a legitimação popular. E qual o efeito do veto presidencial? A ADPF incidental só teria sentido com uma legitimação ampla²¹⁰, tendo em vista que sua interposição obrigaria o cumprimento de onerosos pressupostos adicionais, e restando com os mesmos legitimados da via principal, estes não encontrarão qualquer sentido em trilhar o caminho mais difícil, relegando a via autônoma. Ora, se uma lesão a preceito fundamental pode ser levada ao STF nos termos do *caput* do art. 1º da Lei 9.882/99, não faz qualquer sentido que o mesmo corpo de legitimados procure satisfazer requisitos adicionais apenas para que seja utilizada a via incidental.

A regulamentação da ADPF não nos parece inconstitucional nem pelo conteúdo nem pela forma, o que afasta em nosso entender a primeira e a segunda correntes. Refutamos a terceira vertente, que *ab initio* parece convincente, mas que peca por considerar que os requisitos do parágrafo único estariam excluídos da apreciação da modalidade principal; na verdade o parágrafo único serve para limitar o escopo da via incidental e não da modalidade principal. Também não concordamos com a relação de continência da quinta corrente doutrinária, haja vista que a intenção do legislador era de fato consagrar duas modalidades. Pelas razões expostas não podemos concordar com a doutrina majoritária. Filiamo-nos à quarta corrente doutrinária, em consonância com a posição de Luís Roberto Barroso²¹¹.

Pesquisa realizada na base de Jurisprudência do STF aponta uma única menção à Arguição incidental, no voto do Ministro Sydney Sanches na ADPF-QO 3, o que comprova

²⁰⁹ ADPF-MC 33, julgada em 07.12.2005, DJ de 27.10.06

²¹⁰ Não nos parece defensável a tese de André Ramos Tavares, pela qual o veto presidencial é que teria ficado sem sentido pela disciplina que urge a Arguição incidental. TAVARES, André Ramos, op. cit., 2001. p. 406.

²¹¹ Ver nota de rodapé nº. 172.

que mesmo em sede jurisprudencial restou esvaziado o esforço pela defesa da modalidade incidental. Segue a Ementa daquela decisão:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1º E SEQUINTE DA LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999). VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS E PROVENTOS DE INATIVOS. GRATIFICAÇÕES. VANTAGENS. CÁLCULO DE ACRÉSCIMOS PECUNIÁRIOS. TETO DE VENCIMENTOS E PROVENTOS. IMPUGNAÇÕES DE DECISÕES MONOCRÁTICAS E COLEGIADAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, PROFERIDAS EM RECLAMAÇÕES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, LIV E LV, 37, "CAPUT" E INCISO XIV, 100, § 2º, DA C.F. DE 1988, BEM COMO AO ART. 29 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. QUESTÃO DE ORDEM. MEDIDA CAUTELAR. 1. A Constituição Federal de 5.10.1988, no parágrafo único do art. 102, estabeleceu: a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Esse texto foi reproduzido como § 1º do mesmo artigo, por força da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993. 2. A Lei nº 9.882, de 03.12.1999, cumprindo a norma constitucional, dispôs sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. No art. 1º estatuiu: "Art. 1º - A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público." Trata-se, nesse caso, de Argüição autônoma, com caráter de verdadeira Ação, na qual se pode impugnar ato de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição. 3. Outra hipótese é regulada no parágrafo único do mesmo art. 1º da Lei nº 9.882/99, "in verbis": "Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição." 4. Cuida-se aí, não de uma Ação autônoma, qual a prevista no "caput" do art. 1º da Lei, mas de uma Ação incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. 5. O caso presente não é de Argüição Incidental, correspondente a um incidente de constitucionalidade, pois não se alega na inicial a existência de qualquer controvérsia entre as decisões focalizadas, pois todas elas foram no mesmo sentido, deferindo medidas liminares em Reclamações, para os efeitos nelas mencionados. 6. Cogita-se, isto sim, de Argüição autônoma prevista no "caput" do art. 1º da Lei. 7. Dispõe, contudo, o § 1º do art. 4º do diploma em questão: "§ 1º - Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade". 8. E ainda há meios judiciais eficazes para se sanar a alegada lesividade das decisões impugnadas. 9. Se, na Corte estadual, não conseguir o Estado do Ceará obter medidas eficazes para tal fim, poderá, em tese, renovar a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 10. Também assiste ao Governador, em tese, a possibilidade de promover, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 108, VII, "i", da Constituição do Estado, bem como do art. 21, VI, "j", do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará, que instituíram a Reclamação destinada à preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. É que, segundo entendimento desta Corte, não compete aos Tribunais legislar sobre Direito processual, senão quando expressamente autorizados pela Constituição (RTJs 112/504, 117/921, 119/1145).

Assim, também, os Estados, mesmo em suas Constituições. 11. E as decisões atacadas foram proferidas em processos de Reclamação. 12. Questão de Ordem que o Supremo Tribunal Federal resolve não conhecendo da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ficando, em consequência, prejudicado o pedido de medida liminar.²¹²

7.3 O conceito da expressão “preceitos fundamentais” e sua delimitação no texto da Constituição Federal de 1988

A ADPF se presta à defesa não somente dos direitos fundamentais, mas daquilo que se define como preceitos fundamentais²¹³, conceito que significa uma amplitude do escopo tradicional dos direitos fundamentais, mas que também resta envolto em mistério e ambigüidade. O que são preceitos fundamentais? Podemos fazer um rol taxativo que os contenha e finalize o debate doutrinário? Antes de tentar definir quais dispositivos constitucionais podem seguramente ser considerados como preceitos fundamentais, deve-se necessariamente buscar uma definição do instituto. Algumas posições doutrinárias podem fornecer uma referência segura nesse sentido.

Segundo o professor Luís Roberto Barroso, a expressão **preceito fundamental** importa no reconhecimento do que a violação de certas normas traz maiores traumas para o sistema jurídico²¹⁴. Roberto Mendes Mandelli Junior afirma que preceitos fundamentais são apenas aquelas regras ou princípios, explícitos ou não, que caracterizam a essência da Constituição, ou seja, são as opções políticas adotadas como fundamentais pelo legislador constituinte²¹⁵. Para Uadi Lammêgo Bulos são fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, estabelecendo os comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária²¹⁶. Podemos então definir como preceitos fundamentais as disposições constitucionais que representam os valores mais importantes para a sociedade, sacramentados pelo constituinte originário e que uma vez

²¹² ADPF-QO 3, Relator o Ministro Sydney Sanches, julgada em 18.05.2000, DJ de 27.02.2004, Informativo STF 189.

Vale mencionar que no julgamento da liminar da ADIn 2.231, em 05.12.2001, o Ministro Néri da Silveira expressou entendimento pela impossibilidade de criação de uma ADPF incidental via legislação ordinária. Até a conclusão deste trabalho a ADIn 2.231 encontrava-se pendente de julgamento.

²¹³ Vale destacar como similar no Direito comparado os “valores superiores” da Constituição espanhola, e como leitura indispensável aconselha-se ENTERRÍA, Eduardo García de, op. cit., 2006. p. 151-160.

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 250.

²¹⁵ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes, op. cit., 2003. p. 115.

afrontados tendem a causar instabilidade social. A defesa dos preceitos fundamentais deve ser viabilizada de forma rápida, preferencialmente através de uma ação sumária.

O que podemos considerar como preceitos fundamentais de nossa Constituição? Façamos um apanhado da doutrina²¹⁷. Segundo Nagib Slaibi Filho são fundamentais os valores consagrados no art. 1º: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Apoiado em Carl Schmitt, inclui também em seu rol as matérias imunes à reforma constitucional, expressas no art. 60, §4º²¹⁸.

Roberto Mendes Mandelli Junior defende uma flexibilização do que pode ser considerado como preceito fundamental, permitindo assim que a lista seja acrescida ou diminuída conforme ocorram as mudanças na sociedade, o que não o impede de fazer uma lista exemplificativa do que deve inegavelmente revestir-se de preceito fundamental: os princípios fundamentais elencados nos arts. 1º a 4º, as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) e os princípios sensíveis cuja violação autoriza a intervenção federal (arts. 34, VII e 35, IV)²¹⁹.

Fábio Cesar dos Santos Oliveira indica como preceitos fundamentais os princípios fundamentais expressos nos arts. 1º a 4º, os direitos e garantias fundamentais (art. 5º), as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) e os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII)²²⁰.

Luís Roberto Barroso enumera os princípios fundamentais, os direitos individuais, coletivos, políticos e sociais (art. 5º e seguintes), as cláusulas pétreas e os princípios sensíveis²²¹.

André Ramos Tavares elenca os princípios contidos nos arts. 1º a 4º, os direitos fundamentais, as regras de estruturação do Poder Político, as cláusulas pétreas e os princípios sensíveis²²².

²¹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit., 2005. p. 1.029.

²¹⁷ Os artigos indicados pelos autores referem-se ao Texto Constitucional.

²¹⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 274-275.

²¹⁹ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes, op. cit., 2003. p. 117.

²²⁰ OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos, op. cit., 2004. p. 107.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina indica os princípios fundamentais, os princípios constitucionais sensíveis e as cláusulas pétreas²²³.

Sylvio Motta e William Douglas apontam os princípios fundamentais, os direitos e garantias fundamentais, as cláusulas pétreas, os princípios pertinentes ao Sistema Tributário (art. 145 e seguintes), as regras básicas sobre Finanças Públicas (arts. 163 e 164) e os princípios da Ordem Econômica (arts. 170 a 181)²²⁴

Lenio Luis Streck relaciona os direitos e garantias fundamentais e as cláusulas pétreas²²⁵.

Guilherme Peña de Moraes afirma que os preceitos fundamentais que servem de parâmetro de controle à ADPF são os princípios fundamentais, os direitos individuais, sociais, de nacionalidade e políticos (arts. 5º a 14), os princípios da Administração Pública (art. 37) e as cláusulas pétreas²²⁶.

Alexandre de Moraes não chega a fazer uma lista exaustiva, mas deixa claro seu entendimento de que os preceitos fundamentais englobam os direitos e garantias fundamentais²²⁷.

Ivo Dantas consagra como preceitos fundamentais os princípios basilares contidos nos arts. 1º a 4º, os direitos e garantias fundamentais, sociais e políticos, além das cláusulas pétreas²²⁸.

²²¹ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 250.

²²² TAVARES, André Ramos, op. cit., 2001b. p. 138-152.

²²³ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 94.

²²⁴ MOTTA FILHO, Sylvio; SANTOS, William Douglas Resinente de. **Controle de constitucionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 160-161.

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., 2004. p. 832.

²²⁶ MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., 2004. p. 291.

²²⁷ MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei 9.882/99 – argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius, op. cit., 2001. p. 17.

²²⁸ DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 426.

Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas, em artigo tão sucinto quanto esclarecedor, afirmam que não deixam dúvidas quanto à condição de preceitos fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais, ou, dito de outra forma, os arts. 1º, 5º e 60, § 4º²²⁹.

Daniel Sarmiento destaca os princípios fundamentais e as cláusulas pétreas²³⁰

Ives Gandra da Silva Martins aponta os princípios expressos no art. 1º, os direitos fundamentais, as cláusulas pétreas, a distribuições de competências entre os entes federativos (art. 21 e seguintes), as garantias da Ordem Econômica e Financeira, a proteção à criança e ao idoso (arts. 226 a 230).

Sérgio Valladão Ferraz relaciona os princípios fundamentais, os direitos e garantias fundamentais, as cláusulas pétreas, os princípios constitucionais sensíveis e os preceitos que dão estrutura aos demais ramos do Direito²³¹.

José Afonso da Silva defende que “preceitos fundamentais” não se confundem com “princípios fundamentais”, estando estes contidos naqueles, que englobam também todas as prescrições que dão sentido básico ao regime constitucional, dentre elas a autonomia dos entes federativos e os direitos e garantias fundamentais²³².

Gustavo Binimbojm considera que os princípios fundamentais, os direitos e garantias fundamentais – aí incluídos os coletivos, os sociais, os de nacionalidade, os políticos e os relativos à condição de contribuinte –, os princípios que estruturam o sistema de repartição de

²²⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária. **Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto**, nº. 8, jan., 2000.

²³⁰ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius, op. cit., 2001. p. 91.

²³¹ FERRAZ, Sérgio Valladão, op. cit., 2006. p. 592.

poderes e a federação e os princípios gerais da ordem econômica são preceitos fundamentais²³³.

Três autores merecem um destaque de forma especial: Gilmar Ferreira Mendes, Uadi Lammêgo Bulos e Zeno Veloso. Gilmar Ferreira Mendes não nega que constituem preceitos fundamentais os direitos e garantias fundamentais, as cláusulas pétreas e os princípios sensíveis, mas seu pensamento não se limita aos preceitos em si. Em raciocínio que promove o alargamento do conceito, o eminente Ministro do Supremo entende que a lesão ao preceito fundamental já ocorre desde o momento em que haja afronta às disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse preceito²³⁴. Uadi Lammêgo Bulos faz uma lista tão extensa que merece ser literalmente transcrita:

Podem ser considerados preceitos fundamentais as diretrizes insculpidas no pórtico do art. 1º da Constituição de 1988, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, do pluralismo político. Outros exemplos podem ser listados: o princípio republicano (art. 1º, caput), princípio federativo (art. 1º, caput), princípio do Estado democrático (art. 1º, caput), princípio da separação dos Poderes (art. 2º), *princípio* presidencialista (art. 76), princípio da legalidade (art. 5º, II), princípio da liberdade (art. 5º, IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII etc.), princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), princípio da autonomia das entidades federadas (arts. 1º e 18), princípio do juiz e do promotor natural (art. 5º, XXXVII e LIII), princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), princípio do contraditório (art. 5º, LV), princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, e 93, IX), princípio da legalidade administrativa (art. 37, caput), princípio da impessoalidade (art. 37, caput), princípio da moralidade (art. 37, caput), princípio da publicidade (art. 37, caput), princípio da ocupação de cargos através de concurso público (art. 37, II), princípio da prestação de contas (arts. 70, parágrafo único, 34, VII, d, e 35, III), princípio da independência funcional da magistratura (arts. 95 e 96), princípio da capacidade contributiva (art. 145, III), princípio da defesa do consumidor (art. 170, IV), princípio da autonomia universitária (art. 207) etc..²³⁵

²³² SILVA, José Afonso da, op. cit., 2006. p. 562.

²³³ BINENBOJM, Gustavo, op. cit., 2004. p. 210, nota de rodapé n.º 364.

²³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 2006. p. 130. Em um trecho curto a síntese de uma nova idéia para o tema dos preceitos fundamentais: “Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional”. Tal entendimento pode também ser encontrado no voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADPF-MC 33, Relator o próprio Ministro, julgada em 07.12.2005, DJ de 27.10.2006.

²³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit., 2005. p. 1.029.

Por sua vez, Zeno Veloso considera preceitos fundamentais os princípios consagrados nos arts. 1º a 4º, os direitos e garantias fundamentais, os princípios regentes da Administração Pública (art. 37, *caput*) e os princípios constitucionais sensíveis²³⁶.

Em nosso ponto de vista, devem ser considerados preceitos fundamentais da Constituição de 1988:

- Os fundamentos da República Federativa do Brasil, elencados no art. 1º: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político;
- Os direitos individuais e coletivos dispostos no art. 5º;
- Os direitos sociais dispostos nos arts. 6º a 11;
- Os direitos relativos à nacionalidade, conforme arts. 12 e 13;
- Os direitos políticos, disciplinados nos arts. 14 a 16;
- Os princípios constitucionais sensíveis, dispostos no art. 34, VII;
- Os princípios regentes da Administração Pública – a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência – e o arcabouço constitucional especialmente destinado a dar-lhes suporte, que se encontram positivados no art. 37, *caput* e incisos II, IV, XV, XVI, XVII e XIX;
- As cláusulas pétreas do art. 60, § 4º;
- As limitações constitucionais ao poder de tributar, conforme arts. 150, 151 e 152.

Os princípios fundamentais do art. 1º, os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos relativos à nacionalidade, os direitos políticos, os princípios sensíveis e as cláusulas pétreas não necessitam de maiores explicações para serem classificados como preceitos fundamentais. A doutrina pátria, praticamente em uníssono, aponta tais disposições como basilares do projeto idealizado pelo constituinte de 1988 para nossa organização

²³⁶ VELOSO, Zeno, op. cit., 1999, p. 328.

política, econômica, jurídica e social. Representam, de forma indiscutível, os valores mais importantes de nossa sociedade.

As limitações constitucionais ao poder de tributar, estabelecidas nos arts. 150 a 152 da Constituição, aparecem apartadas na classificação acima apenas por questões didáticas, posto que de longa data a Jurisprudência do STF entende que as limitações ao poder de tributar – como limitações impostas ao Estado em benefício do contribuinte – pertencem de fato à categoria dos direitos individuais. Decisão de irreparável clareza neste sentido foi tomada na ADIn-MC 712²³⁷:

EMENTA - Ação Direta de Inconstitucionalidade - lei n. 8.200/91 (arts. 3. e 4.) - correção monetária das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas - reflexo sobre a carga tributaria sofrida pelas empresas em exercícios anteriores - a questão das limitações constitucionais ao poder de tributar (titularidade, alcance, natureza e extensão) - "periculum in mora" não configurado, especialmente em face das medidas de contracautela instituídas pela lei n. 8.437/92 - suspensão liminar da eficácia das normas impugnadas indeferida por despacho do relator. Decisão referendada pelo plenário do supremo tribunal federal. - o exercício do poder tributário, pelo estado, submete-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que, de modo explícito ou implícito, institui em favor dos contribuintes decisivas limitações a competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes. Os princípios constitucionais tributários, assim, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do Estado, esses postulados tem por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete a imperatividade de suas restrições. - o princípio da irretroatividade da lei tributaria deve ser visto e interpretado, desse modo, como garantia constitucional instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação. Trata-se, na realidade, a semelhança dos demais postulados inscritos no art. 150 da carta política, de princípio que - por traduzir limitação ao poder de tributar - e tão-somente oponível pelo contribuinte a ação do estado. - em princípio, nada impede o poder público de reconhecer, em texto formal de lei, a ocorrência de situações lesivas a esfera jurídica dos contribuintes e de adotar, no plano do direito positivo, as providências necessárias a cessação dos efeitos onerosos que, derivados, exemplificativamente, da manipulação, da substituição ou da alteração de índices, hajam tornado mais gravosa a exação tributaria imposta pelo estado. A competência tributaria da pessoa estatal investida do poder de instituir espécies de natureza fiscal abrange, na latitude dessa prerrogativa jurídica, a possibilidade de fazer editar normas legais que, beneficiando o contribuinte, disponham sobre a suspensão ou, até mesmo sobre a própria exclusão do crédito tributário. - controvérsia jurídica em torno do tema delimitada nas informações prestadas pela Presidência da República.

²³⁷ ADIn-MC n.º 712, Relator o Ministro Celso de Mello, julgada em 07.10.1992, DJ de 19.02.1993.

A consideração dos princípios constitucionais da Administração Pública como preceitos fundamentais é que está a merecer uma defesa mais consistente. Como já se pôde observar, de forma expressa, apenas Uadi Lammêgo Bulos e Zeno Veloso defendem que os princípios elencados no *caput* do art. 37 da Constituição sejam considerados preceitos fundamentais²³⁸. Também não se pode olvidar de importante lição que vem em nosso socorro: o conceito extensivo de preceito fundamental defendido por Gilmar Ferreira Mendes. Por esse conceito abrangente as disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a um preceito fundamental devem também receber tal qualificação. Teríamos assim os preceitos fundamentais em sentido estrito, intimamente ligados àquele núcleo que forma uma verdadeira interseção na doutrina – de que são exemplos, entre outros, os direitos fundamentais e as cláusulas pétreas –, e os preceitos fundamentais em sentido amplo, que abarcariam também as normas que permitem a concretização dos preceitos fundamentais em sentido estrito²³⁹. Seria aqui, com inevitável reconhecimento, que entrariam os princípios da Administração Pública, tendo em vista que o instrumento de concretização dos direitos fundamentais é a conduta dos agentes e autoridades públicas, no exercício legal da função administrativa.

Como antes mencionado, preceito fundamental é aquele valor relevante para a sociedade, que (enquanto assim for considerado) deve ter sua afronta imediatamente combatida, mas é preciso deixar claro que sua positivação pelo legislador constituinte deu-se

²³⁸ Uadi Lammêgo Bulos ainda inclui a garantia de acesso aos cargos públicos através de concurso, insculpida no inciso II do mesmo art. 37.

Refutando a tese de Uadi Lammêgo Bulos, especificamente no que concerne ao princípio da ocupação de cargos através de concurso público, André Ramos Tavares assevera que este é um princípio específico, que pode a qualquer tempo ser substituído por outra alternativa. Aqui há um desvio de perspectiva: o princípio é sim específico e pode até ser suprimido no futuro, via Emenda à Constituição, mas isto não o desqualifica como preceito fundamental, tendo em vista que considerar uma disposição como preceito fundamental não significa considerá-la como uma cláusula pétrea. Toda cláusula pétrea é um preceito fundamental, mas nem todo preceito fundamental é cláusula pétrea. TAVARES, André Ramos, op. cit., 2001. p. 139, nota de rodapé n.º 284

²³⁹ É certo que esse conceito de preceito fundamental em sentido amplo pode ser criticado por conduzir a que um grande número de normas constitucionais venha a ser assim qualificado. Tomemos como exemplo o art. 5º, inciso XVI, que dispõe sobre o direito a informação: é inegável que o princípio constitucional da liberdade de imprensa, elencado no art. 220, § 1º, é um princípio de interesse da sociedade brasileira – em alguns países escandinavos podemos mesmo dizer que a liberdade de imprensa é um preceito fundamental indiscutível – e contribui sobremaneira para favorecer o direito à informação, mas a liberdade de imprensa não é via por excelência da concretização do direito à informação; tanto o direito à informação como todos os demais direitos fundamentais são um obrigação do Estado, que como se verá em breve, realiza-os através da Administração Pública e de seus princípios vetores.

em uma determina circunstância, em um determinado contexto. Afora os dogmas considerados como cláusulas pétreas, as demais disposições constitucionais podem (e até devem) ser reexaminadas e reinterpretadas pela sociedade. Se em algum momento a sociedade passa a desconsiderar um dado valor como preceito fundamental (o que até podemos admitir não ser muito comum) ou se entende que pode instrumentalizar um preceito fundamental em sentido estrito de uma outra forma (essa uma hipótese bem mais aceitável), o constituinte derivado tem obrigação de a ela se render. Este é o mesmo entendimento de Zeno Veloso, para quem o que hoje pode ser considerado como preceito fundamental, dada a dinamicidade do ordenamento jurídico, pode ter sua densidade normativa diminuída com o passar do tempo. O autor também destaca que o texto constitucional precisa acompanhar a evolução da realidade a ele subjacente²⁴⁰. A Administração Pública, na sua missão de concretizar os direitos fundamentais, pode utilizar-se de mecanismos diversos, e a evolução do pensamento da sociedade pode incluir e excluir mecanismos em um processo contínuo, mas aquilo que presentemente está positivado com a finalidade de dar concretude a um preceito fundamental em sentido estrito, deve ser considerado como um preceito fundamental em sentido amplo.

Resta inegável que a função da Administração Pública é a realização dos fins do Estado, a realização daquilo que o Estado estipula como fundamental à sociedade. A gestão dos interesses públicos – função precípua da Administração Pública –, seja através do poder de polícia, da intervenção econômica ou da prestação dos serviços públicos, é sem sombra de dúvida a via por excelência da concretização dos direitos fundamentais, sejam os individuais ou os coletivos²⁴¹.

Corroborando o entendimento de que Administração Pública é concebida para a concretização dos direitos fundamentais, e assim colaborando com nosso entendimento que seus princípios basilares devem ser considerados como preceitos fundamentais (mesmo que em sentido amplo), colacionamos trecho de um artigo do professor Clèmerson Merlin Clève:

²⁴⁰ VELOSO, Zeno, op. cit., 1999. p. 327-328.

²⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 9.

Portanto, temos de entender que, no contexto da Constituição Federal de 1988, – e aqui não falo a partir da ciência política, da filosofia política, da história, mas falo do ponto de vista do saber constitucional –, o Estado é uma realidade instrumental. É uma máquina concebida pelo constituinte para buscar a plena efetividade, a plena concretização dos princípios, dos objetivos e dos direitos fundamentais. É para isto que se presta o Estado, é para isso que o Legislativo legisla, é para isso que o Ministério Público atua, é para isso que o Judiciário judica, é para isso que o Executivo administra. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando – é isso que nós precisamos ter em mente.²⁴²

Os princípios basilares da Administração Pública – a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência –, bem como outros institutos dispostos no Texto Constitucional estão destinados a conferir efetividade Àquela. Enquanto a legalidade, a impessoalidade e a publicidade contêm uma carga de objetividade indiscutível, a moralidade reveste-se de inseparável subjetivismo e a eficiência continua a representar um conceito vago.

À constatação do desrespeito ao princípio da legalidade administrativa basta o contraste de um determinado ato administrativo frente à norma; a afronta ao princípio da publicidade é revelada por qualquer conduta que vise impedir o acesso do cidadão ao conhecimento das atividades e documentos públicos. A impessoalidade, por sua vez, é desdobramento de um princípio geral do Direito, a isonomia, sendo desobedecida quando alguma conduta administrativa não trata de forma igual quem se encontra em situação idêntica. Por sua vez, a moralidade exige do administrador um comportamento ético, de indiscutível carga de subjetividade. Parte da incerteza que envolvia o conceito dissipa-se com o surgimento da Lei 8.429, de 1992, que associou de maneira positiva o conceito de moralidade com o conceito de probidade administrativa. Recentemente, um debate que se alastrou pelo país forneceu-nos mais um indício do que se pode considerar como uma conduta que respeita a moralidade: o combate à prática do *nepotismo*²⁴³. A violação do princípio da moralidade pode ser reconhecida, assim, por uma conduta que revele improbidade ou nepotismo. A eficiência é de fato conceito vago para os parâmetros da Administração Pública,

²⁴² CLÈVE, Clèmerson Mérlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 385-393.

²⁴³ Conferir Resolução nº. 7 do Conselho Nacional de Justiça, de 18.10.2005, vedando a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário.

onde se busca a satisfação social, o que pode ora envolver investimentos, ora envolver corte de gastos. De qualquer maneira, a EC 19/98, ao incluir a eficiência no *caput* do art. 37, tencionou promover uma melhoria contínua na prestação dos serviços públicos, fonte tradicional de insatisfações por parte do cidadão – o que não afasta o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o princípio da eficiência é juridicamente tão fluído e de tão difícil controle que mais parece um adorno ao art. 37, devendo ser compreendido no âmbito do princípio da legalidade²⁴⁴.

7.4 Proposta de reformulação – a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental “popular”

7.4.1 O necessário rigor quanto à admissibilidade

A idéia de uma legitimidade popular para a ADPF é tão antiga quanto a própria Arguição. Prova disso é que o Projeto idealizado pela comissão de especialistas presidida por Celso Ribeiro Bastos e integrada por Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes, continha dispositivo que permitia – paralelamente às autoridades e órgãos legitimados para ADIn – a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder Público a proposição da ADPF, numa clara referência ao recurso constitucional alemão. Através da Mensagem nº. 1.807, de 03.12.1999, o Presidente da República vetou esta e outras disposições da Lei 9.882/99.

Estas são as razões do veto ao inciso II do art. 2º, que encerrava a previsão de legitimidade popular:

Mensagem nº. 1.807, de 3 de dezembro de 1999.
Senhor Presidente do Senado Federal
[...]
Decidi vetar os dispositivos a seguir transcritos:
[...]
Inciso II do art. 2º
Art. 2º[...]

²⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 109-110.

[...]

II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.

[...]

Razões do veto

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

As próprias razões do veto conduzem a um entendimento, mesmo que *a contrario sensu*, de que uma ADPF com legitimidade popular que passasse por uma análise acerca da relevância e da transcendência social da questão jurídica poderia não ocasionar o comprometimento da capacidade funcional do STF. A leitura do inciso I do art. 1º da Lei da ADPF parece significar que a relevância da controvérsia já é uma exigência, o que tornariam despropositadas as razões apresentadas no veto. Relembremos o dispositivo:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

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

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

II – (VETADO)

Não pode ser esquecido que norteava a comissão juristas a idéia de dar à ADPF uma finalidade dupla: ser tanto uma Ação autônoma quanto um incidente de inconstitucionalidade, inspirados, respectivamente, no recurso constitucional e na questão de inconstitucionalidade, ambos institutos do Direito alemão. A relevância deveria ser observada no incidente, mas na modalidade autônoma a legitimidade popular não encontraria qualquer óbice que evitasse a inoperância do STF pelo acúmulo de feitos.

O fato de envolver um preceito fundamental não significa necessariamente a relevância da questão, posto que esta se associa à idéia de repercussão do tema para além do processo, ou seja, a relevância tem a ver com o coletivo e não com o individual. Não exigir relevância para uma ADPF “autônoma” que possuísse legitimidade popular poderia realmente transformar o STF em tribunal com função de receber as “queixas” do cidadão, fazendo a Corte Maior se perder em interesses meramente concretos. Uma proposta de controle concreto e concentrado não pode significar jamais uma banalização da Corte Constitucional. Vendo por outro ângulo, a não restrição da legitimidade popular à modalidade incidental – aquela que surge no seio de um processo judicial motivada por relevante controvérsia constitucional – poderia levar a um cenário onde qualquer pessoa poderia impetrar ADPF tendo como objeto omissões inconstitucionais e leis municipais em tese, já que bastaria a simples ameaça de lesão conforme o dispositivo vetado, o que fatalmente levaria nossa jurisdição constitucional ao caos. A atribuição da legitimidade popular exclusivamente à modalidade incidental ainda permitiria ao cidadão impugnar leis estaduais e municipais, incluídas as pré-constitucionais, o que ainda representaria um volume brutal de ações ao STF. Mesmo se consideramos que o parâmetro é mais restrito – preceito fundamental ao invés de qualquer disposição constitucional – as preocupações aqui expendidas continuam válidas.

Justamente por esses problemas levantados é que a legitimidade popular da ADPF precisa ser dotada de requisitos rigorosos, o que faria com que a admissão de uma Arguição impetrada por um cidadão trouxesse a certeza de que ali estaria sendo discutida uma questão que representasse relevância para a sociedade, o que conciliaria a efetividade do Supremo Tribunal Federal com a participação direta do cidadão na jurisdição constitucional. O controle concentrado está intimamente ligado à função de preservar a própria Constituição, cujo

guardião em nosso ordenamento é o STF. Seria de interesse do próprio Supremo ter, ao lado dos atores legítimos da ADIn, um controle concreto e concentrado (que não seria de toda e qualquer norma constitucional) realizado pelos próprios cidadãos, desde que obedecidos rigorosos requisitos de admissibilidade, tendo em vista que a ampliação certamente contribuiria para uma maior e melhor defesa dos mais valiosos dispositivos constitucionais: os preceitos fundamentais. A ADPF, assim dita “popular”, seria destinada a preservar o que o STF considerasse por preceitos fundamentais, tendo que necessariamente observar os seguintes requisitos:

1. Objeto restrito aos atos do Poder Público Federal, incluídos os pré-constitucionais;
2. Ocorrência de uma lesão concreta e não simples ameaça;
3. Repercussão geral (ou interesse individual transcendente ou relevância jurídica, política, social e econômica da questão);
4. Subsidiariedade.

A seguir serão examinados esses pontos, dando ênfase àquilo que se apresentar como divergente da atual disciplina da ADPF e ressaltando aquilo que já fora objeto de análise.

7.4.2 Objeto restrito aos atos do Poder Público Federal, incluídos os pré-constitucionais

Já sabemos que o objeto da ADPF é consideravelmente mais amplo do que o da ADIn, podendo a Arguição ser manejada nas hipóteses de omissões inconstitucionais, atos normativos federais, estaduais e municipais, atos administrativos de efeito concreto, atos jurisdicionais, normas pré-constitucionais e ainda para a sindicabilidade de atos regulamentares, o que não está isento de controvérsias jurisprudenciais. Mesmo que o princípio da subsidiariedade torne difícil a hipótese de ADPF para atos normativos federais e estaduais pós-constitucionais – para os quais existe a ADIn –, assim como para os atos jurisdicionais – que devem ser impugnados pelos recursos cabíveis –, o espectro de possibilidades da ADPF é ainda muito vasto, o que poderia ameaçar a viabilidade de uma

ADPF popular, se uma fórmula restritiva não for idealizada. Tendo em vista a racionalização dos feitos que possam chegar ao Supremo por via da ADPF popular, o objeto desta eventual “modalidade” deverá ser tão-somente os atos do Poder Público Federal, independente se pré ou pós-constitucionais. Tal conceito abarcaria as leis e os demais atos normativos, os atos de efeito concreto e os atos regulamentares. O próprio conceito de preceito fundamental formulado pela doutrina pátria, bem como aqueles preceitos constitucionais indubitavelmente revestidos de tal qualificação, quais sejam, os princípios fundamentais, os direitos e garantias individuais e coletivos, os princípios sensíveis e as cláusulas pétreas, possuem uma inegável ligação com o direito federal, o que torna dispensável a inclusão do direito estadual e municipal como objeto da ADPF popular.

No que concerne às leis e aos atos normativos federais a aplicabilidade ficaria muito restrita, tendo em visto o que já fora dito sobre a subsidiariedade. O grande campo de atuação da ADPF popular seria formado pelos atos normativos pré-constitucionais, os atos administrativos de efeito concreto e os atos regulamentares, todos ínsitos à esfera federal. As leis e os demais atos normativos federais pré-constitucionais não podem ser objeto de ADIn, sendo atualmente fiscalizáveis apenas pelo controle difuso. Caso incidam em afronta à Constituição, o particular dispõe apenas da interposição de um Recurso Extraordinário para fazer a questão chegar ao conhecimento do STF, via processual esta onipresente nas estatísticas da Corte Maior, mas que não vem significando tutela eficiente dos direitos daqueles que a pleiteiam. A lesão a um preceito fundamental não pode esperar o trâmite vagaroso do controle difuso: estando o particular diante de atos normativos federais pré-constitucionais que estejam afrontando diretamente os mais relevantes valores de nossa sociedade, não podendo tais atos serem contestados pelos legitimados à ADIn, nada mais justo que franquear a este cidadão, atendidos os demais requisitos, o acesso direto à jurisdição constitucional²⁴⁵.

²⁴⁵ No próximo tópico será mencionado que a lesão precisa ser concreta, mas desde logo se afirme que a ADPF popular não seria para a lei em tese, ou seja, não se transfiguraria em via destinada ao controle preventivo da atividade do Legislativo. O poder de controle preventivo da atividade legislativa franqueado a todo cidadão representaria o próprio caos.

Quanto aos atos administrativos de efeito concreto e os atos regulamentares produzidos pelo Poder Público Federal, não nos resta dúvida que podem constituir-se em poderosos instrumentos violadores dos preceitos fundamentais, mormente por estarem os agentes públicos praticamente sob a égide exclusiva do controle difuso²⁴⁶, seja por intermédio de ações ordinárias, seja por via das ações especialmente destinadas ao controle da Administração Pública, como o Mandado de Segurança, a Ação Popular e a Ação Civil Pública.

7.4.3 Ocorrência de uma lesão concreta e não simples ameaça

Requisito fundamental para a viabilidade da ADPF popular, ao menos do ponto de vista técnico, é a análise da ocorrência de uma lesão concreta aos interesses do proponente, motivada por um descumprimento de preceito fundamental²⁴⁷.

Não teria a ADPF popular o poder de questionar leis e atos normativos “ainda em tese”, ou seja, que ainda não causaram lesão no plano concreto. Também não se está a cogitar de uma forma de controle do processo legislativo, o que tornaria qualquer pessoa um controlador preventivo da atividade legislativa, transformando nossa Democracia representativa em uma forma caricata de Democracia direta, configurando uma afronta injustificável a um dos mais importantes de nossos preceitos fundamentais, o princípio da separação de poderes²⁴⁸.

Dito de outra forma, a lesão que permitiria o manejo da ADPF popular deve já estar rigorosamente concretizada no momento da propositura, sendo fundamental ainda que sua prova não enseje qualquer dúvida ou controvérsia jurídica. Neste ponto deve-se buscar apoio

²⁴⁶ Evidente que em algumas situações os atos administrativos podem ser atacados pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, mas não se deve esquecer que o atual modelo tem legitimidade restrita.

²⁴⁷ Como se verá em seguida, e aqui cabe logo observar que os requisitos têm uma inevitável interdependência, não se está aqui defendendo a formulação de uma ação de perfil concentrado com a finalidade de defesa de interesses meramente concretos, posto que tal lesão individual deve obedecer ainda ao requisito da transcendência ou relevância jurídica da questão.

²⁴⁸ Art. 2º de nossa Constituição Federal.

no conceito de prova inequívoca que permite a antecipação de tutela²⁴⁹, que poderia ser traduzida como a comprovação suficiente para a declaração de existência (ou inexistência) do direito.

Pode-se cogitar ainda de buscar a comprovação da lesão a preceito fundamental com base no conceito de violação a direito individual líquido e certo do Mandado de Segurança²⁵⁰, tomando-se os devidos cuidados para que a Argüição popular não se torne uma versão “concentrada” do *Mandamus*. Considerando-se que os direitos individuais são inegavelmente preceitos fundamentais e que a ADPF com legitimação popular também não seria aplicável para a lei em tese, alguma confusão poderia surgir entre a proposta aqui defendida para a ADPF e o Mandado de Segurança, o que, contudo, não tem como ocorrer em virtude de dois outros requisitos a serem observados pela Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental “popular”: a transcendência (ou repercussão geral) e a subsidiariedade. Marcas indeléveis da ADPF com legitimação popular, a transcendência e a subsidiariedade estão absolutamente distantes do propósito de um Mandado de Segurança, que se presta a amparar interesse individual concreto de forma sumária, sendo normalmente a primeira opção a ser manipulada por aquele que fora lesado em seus direitos, muitas das vezes não sendo necessário nem mesmo o recurso às vias administrativas²⁵¹.

7.4.4 Repercussão geral (ou interesse individual transcendente ou relevância jurídica, política, social e econômica da questão)

Quando da análise do Recurso Extraordinário, divagou-se sobre o que poderia vir a ser considerado como “questão de repercussão geral” para efeito da nova disciplina instituída

²⁴⁹ Conforme disciplina estabelecida no art. 273 do Código de Processo Civil.

²⁵⁰ Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração, conforme a clássica definição de Hely Lopes Meirelles. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública e outros**, 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 36.

²⁵¹ Uma noção segura do entendimento do STJ acerca do Mandado de Segurança pode ser obtida pela leitura das Súmulas 105, 169, 177 e 213 de sua Jurisprudência. Quanto ao STF, vale à pena a leitura dos verbetes 101, 266 a 269, 271, 304, 330, 405, 429, 430, 433, 510, 512, 597, 622 a 626 e 629 a 632 de sua Súmula de Jurisprudência dominante.

pela EC 45/04, que ao acrescentar o § 3º ao art. 102 de nossa Constituição, condicionou como novo requisito de admissibilidade, a demonstração de tal repercussão geral²⁵². Na definição do que vem a ser um interesse individual transcendente, ou questão relevante do ponto de vista jurídico, político, social e econômico, uma das soluções apontadas tem particular importância – o projeto de lei que tinha como finalidade instituir a transcendência como requisito de admissibilidade do Recurso de Revista ao TST. A tarefa de levar a transcendência ao Recurso de Revista acabou ficando com a MP 2.226/2001, que desenvolveu tema de tanta importância de forma absolutamente modesta, para não dizer lacônica. Ficou assim o artigo acrescido à CLT pela MP 2.226/2001 com a missão de tratar da transcendência como requisito de admissibilidade ao Recurso de Revista: “Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica”. A proposta do PL 3.267/2000 para o art. 896-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, por sua vez, era a seguinte:

Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho não conhecerá de recurso oposto contra decisão em que a matéria de fundo não ofereça transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza jurídica, política, social ou econômica.

§1º Considera-se transcendência:

I — jurídica, o desrespeito patente aos direitos humanos fundamentais ou aos interesses coletivos indisponíveis, com comprometimento da segurança e estabilidade das relações jurídicas;

II — política, o desrespeito notório ao princípio federativo ou à harmonia dos Poderes constituídos;

III – social, a existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação notável à harmonia entre capital e trabalho;

IV – econômica, a ressonância de vulto da causa em relação a entidade de direito público ou economia mista, ou a grave repercussão da questão na política econômica nacional, no segmento produtivo ou no desenvolvimento regular da atividade empresarial.

§2º [...]

§3º [...].

Substancialmente mais robusto, o texto do projeto de lei cuidava de definir o que seria transcendente sob os aspectos jurídico, político, social e econômico, o que inegavelmente

²⁵² Vale a pena repetir o que comentado na nota de rodapé nº. 100: pela dicção do novo § 3º do art. 102, a demonstração da repercussão geral não vem a ser simplesmente mais um critério de admissibilidade do RE, mas o primeiro de todos os critérios a serem conferidos.

economizaria esforço interpretativo, mas não levaria a um “engessamento” da atividade do julgador, devido a fluidez dos conceitos.

Sob o ponto de vista jurídico, não há como negar que o desrespeito aos direitos individuais e coletivos é questão transcendente; também não se pode negar que os direitos individuais e coletivos são preceitos fundamentais, mas há que tomar cuidado para não chegarmos à conclusão que todo desrespeito a um preceito fundamental reveste-se de transcendência, o que tornaria o requisito da transcendência sem efeito, posto que seria suficiente o descumprimento de um preceito fundamental para a superação deste critério de filtragem. O fato de certa questão envolver desrespeito a um preceito fundamental não significa necessariamente transcendência: é que esta idéia está associada à idéia de repercussão do tema para além do processo, ou seja, tem pertinência com o coletivo e não com o individual. A parte final do inciso que definiria a transcendência sob o ponto de vista jurídico para efeito de admissão do Recurso de Revista ao TST (‘com comprometimento da segurança e estabilidade das relações jurídicas’) precisa também receber o tratamento necessário para conferir utilidade à proposta de filtragem da ADPF popular: a transcendência jurídica que satisfaria o requisito de admissibilidade de uma ADPF popular diz respeito ao interesse que o tema representa para o público em geral, ou seja, a solução da ADPF impetrada por um único cidadão traduzir-se-ia em solução também para uma considerável quantidade de situações semelhantes²⁵³, o que de imediato teria o condão de impedir a multiplicação de feitos.

Do ponto de vista político, as soluções alvitadas pelo PL 3.267/2000 para o que pode ser considerado como transcendente concentram-se no desrespeito ao princípio federativo e à harmonia entre os poderes. Não apenas nestas duas hipóteses, mas em toda e qualquer situação possível de desestabilizar o funcionamento de órgão constitucionalmente delineado para compor qualquer dos Poderes, pode-se cogitar em relevância sob a ótica política. Deste modo, o reiterado desrespeito por parte da Presidência de um Tribunal Federal a dispositivo

²⁵³ Vale ressaltar que a ADPF popular também seria dotada do efeito *erga omnes*.

de lei que beneficia seus servidores satisfaz plenamente a transcendência do ponto de vista político, tornando viável a impetração de uma ADPF popular, satisfeitos os demais requisitos.

A transcendência social alvitrada pelo PL 3.267/2000 está intimamente ligada com a questão do Direito do Trabalho. Para efeito de interposição de ADPF popular, questão com relevância social seria aquela em que a solução do caso individual interessasse a toda a sociedade, posto que serviria como instrumento de pacificação de conflitos. Verifica-se que não há como afastarmos a relevância social da relevância jurídica, entretanto, enquanto esta faceta da idéia de relevância tem implicação direta na melhoria das condições de trabalho do Poder de Judiciário, devido à não repetição de processos, aquela representa bem-estar ao conjunto social, decorrente da certeza jurídica que certos temas antes controversos passam a ter.

A transcendência sob a ótica econômica também precisa divorciar-se do contexto das relações de trabalho, tal como pensado no PL 3267/2000. Para efeitos de impetração de uma ADPF popular a relevância econômica deve dizer respeito ao volume de recursos que podem ser economizados pelo Estado com uma decisão que solucione ao mesmo tempo centenas ou até milhares de causas idênticas. Também deve ser levado em conta o volume de recursos que uma determinada coletividade passará a pleitear do Erário em caso de procedência de uma única Arguição, ou melhor dizendo, o impacto que determinado entendimento em sede de ADPF popular pode causar aos cofres da Fazenda Pública. Vê-se, portanto, que o requisito da transcendência ou relevância é de natureza complexa, desdobrando-se em outros requisitos de necessária verificação.

A Lei 11.418/06 regulamentou o § 3º do art. 102 da Constituição²⁵⁴, acrescentando os arts. 543-A e 543-B ao CPC, que tratam basicamente de questões procedimentais. O art. 543-A não trouxe uma definição precisa do que seria repercussão geral da questão constitucional, limitando-se apenas a dizer que a ocorrência de tal repercussão deve levar em consideração

²⁵⁴ Dispositivo constitucional que trata da necessária demonstração da repercussão geral para a apreciação do Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal.

aspectos econômicos, políticos, sociais ou jurídicos²⁵⁵. Tal repercussão geral precisa ser demonstrada pelo recorrente, em preliminar, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal e não do Tribunal *a quo*²⁵⁶. O novo artigo contém ainda uma hipótese de presunção absoluta, a de que haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à Súmula de Jurisprudência dominante do STF²⁵⁷, o que significa dizer que a simples necessidade de preservar as decisões do Supremo – o que deve ser ordinariamente feito através do instituto da Reclamação – implica em transcendência da questão constitucional, seja esta qual for. Aperfeiçoando o disposto na Constituição, o artigo traz ainda a determinação de que a manifestação de, no mínimo, quatro Ministros em uma Turma dispensa a remessa do Recurso ao Pleno²⁵⁸. O art. 543-B trata de nova hipótese de uniformização de julgados perante os Tribunais, tendo em vista a decisão do STF acerca da existência ou não de repercussão geral em um Recurso Extraordinário.

7.4.5 Subsidiariedade

O requisito da subsidiariedade e o conceito de preceito fundamental formam a espinha dorsal da ADPF. Para que se possa formular uma proposta de Arguição popular é preciso antes definir se esta teria uma subsidiariedade que restringisse seu uso ou uma que tornasse seu manejo mais acessível. A Jurisprudência dominante no STF entende que não deve ser admitida a ADPF quando houver qualquer remédio jurídico à disposição, mesmo que seja este típico do controle difuso, como o Mandado de Segurança ou a Ação Popular²⁵⁹.

Já tivemos oportunidade de defender a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sempre que não haja meio efetivo de evitar ou reparar a lesão a um preceito fundamental, o que nos leva agora a afirmar (adaptando para o caso da Arguição popular) que estando indiscutivelmente concretizada a lesão ofensiva a um preceito

²⁵⁵ § 1º.

²⁵⁶ § 2º.

²⁵⁷ § 3º.

²⁵⁸ § 4º.

²⁵⁹ ADPF-QO 3, Relator o Ministro Sydney Sanches, julgada em 18.05.2000, DJ de 27.02.2004, Informativo STF 189.

fundamental, não sendo hipótese de qualquer das ações próprias do controle concentrado de constitucionalidade – a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão –, cabível o uso da ADPF popular, independente da possibilidade de Recurso Extraordinário, Mandado de Segurança ou qualquer outro meio típico do controle difuso.

Aqui se dá um “impasse”: de um lado, a noção de que a subsidiariedade da ADPF deve estar relacionada com a utilização de meios judiciais eficazes, e esta “eficácia”, deixe-se bem claro, deve estar associada ao caráter vinculante e ao efeito *erga omnes* que há de possuir a decisão proferida em uma Arguição, o que não pode ser obtido pelas vias do controle difuso²⁶⁰; de outro lado, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de restringir as ações do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, visando assegurar o pleno funcionamento da Corte Suprema.

Aquilo que chamamos de meio eficaz reserva problemas inclusive dentro do âmbito das ações que se destinam ao controle objetivo da constitucionalidade. Não há que se negar a incontestável hegemonia da ADIn, posto que em vista de seu cabimento não há nem que se cogitar de uma ADPF. O Supremo inclusive já conheceu uma ADPF como Ação Direta de Inconstitucionalidade²⁶¹. Quanto à ADIn por omissão, em virtude dos efeitos das decisões tomadas pelo Supremo, que absolutamente não vinculam o Poder Legislativo, é perfeitamente possível imaginar-se um fértil campo de aplicação para a ADPF popular.

E então, como resolver o impasse? Considerar a subsidiariedade levando-se em conta apenas as ações de caráter objetivo, como ADIn e ADC ou considerar a subsidiariedade tendo em vista todos os meios possíveis, inclusive as ações e recursos típicos do controle difuso? Quem sabe uma posição intermediária, exigindo-se o exaurimento não de todas as ações do

²⁶⁰ Entendimento também encontrado em Luís Roberto Barroso, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2006, p. 254 e Gilmar Ferreira Mendes, Caderno de direito constitucional, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006, p.118-119. Importante registrar que já como Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes expressou tal entendimento em seu voto como Relator na ADPF-MC 33, julgada em 07.12.2005, DJ de 27.10.06.

²⁶¹ ADPF-QO 72, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Informativo STF 390.

controle difuso, mas apenas dos mecanismos de defesa coletiva, como a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança coletivo, quando isso fosse cabível?

Apesar do posicionamento acerca de uma subsidiariedade idealizada de forma a ampliar o cabimento da ADPF popular para toda e qualquer situação de ineficácia da ADIn, não seria ele prático do ponto de vista da Jurisprudência atual do STF. Na tentativa de fomentar um mecanismo útil e ao mesmo tempo viável, a subsidiariedade da ADPF popular deverá sim levar em conta todos os meios possíveis de reparação da lesão, desde que o acesso às vias ordinárias não signifique grave e irreparável prejuízo ao indivíduo²⁶², ponderação que dificilmente deixaria de ficar sob a égide da discricionariedade do julgador.

7.4.6 Potencialidades político-constitucionais de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental popular

A ADPF popular, caso concretizada nos moldes antes expendidos, pode traduzir-se em mecanismo a ser utilizado pelo cidadão ante a inoperância do Poder Público. Destaque-se como potencialidades da proposta de ADPF popular:

1. Possibilidade de o Poder Judiciário, mesmo que em caráter de exceção, compelir os demais Poderes à concretização das políticas públicas;
2. Alternativa para sanar omissões inconstitucionais;
3. Viabilização da participação popular na jurisdição constitucional.

A ADPF popular não seria uma ação popular constitucional, não seria um mecanismo de fiscalização abstrata e concentrada para defesa de interesses relacionados a uma coletividade restrita, não seria para o ataque à lei em tese, mas através dela o cidadão concretamente afetado com o descaso do Poder Público em implementar as políticas públicas poderia sim clamar ao Judiciário que, em caráter mandamental, exigisse o cumprimento das normas constitucionais programáticas. Não se pode negar que a consecução das políticas

públicas está sim a cargo do Executivo e do Legislativo, o que não pode engessar o Poder Judiciário, mormente em casos extremos de inoperância constitucional²⁶³. Veja-se, a respeito, trecho da Ementa do Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário 410.715, cujo relator fora o Ministro Celso de Mello:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’.²⁶⁴

A ADPF popular terá como missão mudar a perspectiva de uma das idéias que permearam o projeto que deu origem à Argüição que conhecemos hoje, a de que esta seria um instrumento destinado à governabilidade. A ADPF popular deve dar ênfase não à governabilidade, mas à reparação imediata de qualquer afronta a um preceito fundamental, interferindo – dependendo da gravidade e da repercussão do caso concreto – até mesmo no tradicional papel consagrado ao Executivo e ao Legislativo de idealizadores e executores das políticas públicas. Intimamente ligada com a primeira possibilidade, o fato de vir a constituir-se em uma alternativa para sanar eventuais omissões constitucionais deve ser usado na defesa da concretização da ADPF popular. Por intermédio desta nova “modalidade” de ADPF vislumbra-se um avanço na Jurisprudência do Supremo para a solução da controvertida inconstitucionalidade por omissão parcial (ou relativa) ofensiva do princípio da isonomia. Poderíamos obrigar o Poder Legislativo a legislar? Seria possível conceder o poder de “legislar” ao Supremo em determinadas situações de grave afronta a preceitos fundamentais?

Obrigar o Legislativo a legislar seria ofensivo ao Princípio da Separação de Poderes e dar ao Judiciário o poder de “legislar” não seria possível nem por Emenda Constitucional, posto que a Separação de poderes é uma das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, III), mas não se

²⁶² Aqui utilizamos tal condicionamento numa clara alusão à doutrina do recurso constitucional alemão, conforme aduz MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 2006. p.116.

²⁶³ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006. p. 222.

²⁶⁴ RE-AgR 410.715-5, julgado em 22.11.05, DJ de 03.02.06. Ver também RE 436.996, Informativo STF 410.

pode negar que nos casos específicos de omissão inconstitucional ofensiva do princípio da isonomia, notadamente quando do desrespeito aos princípios constitucionais da Administração Pública elencados no art. 37, *caput* (exemplos de leis federais que beneficiam determinados servidores em detrimento de outros em semelhante situação podem ser encontrados sem muita dificuldade), poderia sim o Judiciário suprir a omissão através da garantia de indenização aos que sofreram os efeitos negativos da omissão.

A garantia de participação popular na jurisdição constitucional não pode ser uma idéia estranha às atuais democracias. A participação popular restrita ao exercício do sufrágio não é mais suficiente para a garantia de respeito aos preceitos fundamentais. Além de ser responsável pela legitimação dos agentes políticos, deve o cidadão ter acesso direto àquelas autoridades que, se não foram legitimadas pelo voto popular, receberam da própria Constituição a maior das incumbências, que é o dever de defendê-la. Duas idéias, colhidas junto a Peter Häberle e Paulo Bonavides, cabem como uma luva na defesa do acesso direto do cidadão à jurisdição constitucional. De acordo com Häberle:

[...] a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos ‘órgãos oficiais’, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.²⁶⁵

Segundo Paulo Bonavides:

Observa-se em alguns sistemas constitucionais certa relutância em admitir uma abertura ampla à iniciativa individual na movimentação do mecanismo de controle por via de ação. Fica esse controle ordinariamente reservado apenas a algumas

²⁶⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 23-24.

autoridades públicas, numa vedação que tem feito bastante débil e ilusória a garantia dos jurisdicionados perante as leis inconstitucionais.

O controle por via de ação toma nesse caso um sentido de controle formal de constitucionalidade, voltado sobretudo para resolver conflitos entre os poderes públicos. Desde então relega-se a segundo plano a defesa do conteúdo da ordem constitucional, dos direitos e garantias dos cidadãos, que a sobredita técnica nem sempre resguarda em toda a amplitude, talvez pelo preconceito antidemocrático de não consentir ao cidadão a possibilidade de desfazer por sua iniciativa mesma aquilo que foi obra do legislador.

É óbvio que sistemas mais democráticos de controle de constitucionalidade podem perfeitamente abrir o controle por via de ação a todos os cidadãos, reconhecendo-lhes portanto o acesso direto aos tribunais ou às instâncias competentes para promover a anulação das leis inconstitucionais. O teor liberal dessa intervenção se reflete na possibilidade que tem o cidadão de expungir do ordenamento jurídico leis que importem infrações a direitos individuais.²⁶⁶

De fato, uma legitimação conferida apenas a órgãos ou autoridades de conotação política associa o controle concentrado de constitucionalidade muito mais com a prevenção de conflitos federativos ou divergências entre os Poderes constituídos do que com a defesa dos direitos fundamentais. Faz-se necessário (e urgente) equalizar o papel dos “intérpretes”, conferindo ao cidadão o poder de levar sua queixa constitucional ao órgão de cúpula do Judiciário, quando tal queixa representar situação de inegável relevância para toda a coletividade²⁶⁷.

Ademais, temas de grande controvérsia no seio da sociedade (hipóteses permissivas de aborto, planos econômicos, regimes previdenciários, custeio de medicamentos pelo Poder Público etc.) exigem a efetiva participação do cidadão, que não pode ficar alheio às discussões travadas entre Executivo e Legislativo, cabendo, em tais situações excepcionais, ao Judiciário viabilizar a participação popular.

São estas as contribuições que a ADPF popular pode trazer ao nosso já razoavelmente bem elaborado sistema de controle de constitucionalidade, agregando algo de que ainda não dispomos: o acesso direto do cidadão à jurisdição constitucional.

²⁶⁶ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2006, p. 308.

²⁶⁷ A própria mudança na feição do Recurso Extraordinário, que assume o papel de instrumento de passagem da fiscalização concreta à abstrata, indica que certas controvérsias trazidas pelo cidadão estão a merecer o efeito vinculante típico das ações do controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

1.1 A defesa de uma Constituição passa, fundamentalmente, pelo controle da constitucionalidade dos atos do poder público, além da proteção aos princípios fundamentais, às formas de Estado e de Governo e – o que tende a ser o item mais relevante do conjunto – à garantia dos direitos individuais e coletivos.

1.2 Classificação amplamente aceita descreve quatro modelos de controle de constitucionalidade: O modelo inglês, de ausência de fiscalização judicial da constitucionalidade e supremacia absoluta do Parlamento; o modelo francês, de controle estritamente político e preventivo, exercido por um Conselho estranho aos outros poderes; o modelo americano, de controle exercido por todos os juízes e tribunais, onde a análise recai sobre o caso concreto; e o modelo austríaco, onde a fiscalização é concentrada em um Tribunal Constitucional, que não faz parte do Judiciário, sendo composto por juízes e juristas, estando encarregado de analisar os temas sob as óticas jurídica e política, sendo normalmente provocado por uma ação que visa discutir a inconstitucionalidade em tese de uma lei ou ato normativo.

1.3 Os modelos americano e austríaco de controle judicial de constitucionalidade acabaram por se combinar formando novos sistemas. Daí a necessidade de mencionarmos também duas novas classificações. A importância destas classificações não está somente na larga aceitação, mas principalmente porque se fundam nos critérios diferenciadores dos sistemas americano e austríaco: a abrangência e o objeto de controle. Usando o critério da abrangência, temos de um lado o controle difuso e, de outro, o controle concentrado; usando o critério do objeto de controle temos, de um lado, a fiscalização concreta e, de outro, a fiscalização abstrata.

1.4 O controle de constitucionalidade é difuso se todos os órgãos jurisdicionais tiverem competência para analisar a compatibilidade de determinada norma com a Constituição ao apreciarem demanda posta a seu julgamento. O controle de constitucionalidade é, assim, compreendido como um consectário da função jurisdicional,

refletindo-se no poder-dever de recusa à aplicação de uma lei para a solução da ação ajuizada, caso a norma positivada pela legislação ordinária seja contrária à Constituição.

1.5 No controle concentrado, a competência para julgar a possível inconstitucionalidade é reservada a um único órgão, pertencente à jurisdição ordinária ou instituído especialmente para este fim. Ao adotar o controle concentrado, um determinado ordenamento jurídico pode eleger como guardião de sua Constituição o Tribunal de cúpula de seu Poder Judiciário – sua Corte Suprema –, quando a fiscalização terá um caráter notadamente jurídico, ou então um Tribunal Constitucional – órgão especial que não pertencerá a qualquer dos poderes –, quando a declaração de inconstitucionalidade de uma lei poderá levar em conta considerações de cunho político, além da análise jurídica.

1.6 O controle concreto é o controle judicial de constitucionalidade das leis fundado no princípio da supremacia da Constituição e na idéia de que os juízes, ao decidir uma questão, estão obrigados a verificar se as normas aplicadas à resolução deste litígio são ou não válidas. O controle concreto incide somente sobre a ação posta em julgamento e tem como objeto a ofensa concretamente causada por uma determinada lei ou ato normativo à esfera de direitos de um particular, sendo obviamente incompatível com o exame da lei *in abstracto*. Por envolver interesses puramente individuais é também denominado de controle subjetivo.

1.7 O controle abstrato aplica-se quando não há um conflito concreto de interesses, mas uma discrepância sobre a compatibilidade de uma interpretação do texto constitucional em relação a uma determinada lei. Essa incompatibilidade *in abstracto* é que legitima a atuação de órgãos políticos, por isso é que o controle abstrato de constitucionalidade é, essencialmente, provocado por autoridades políticas. Expondo de outra forma, será abstrato o controle de constitucionalidade se a base em que incidir não for uma causa judicial, estando a fiscalização da constitucionalidade de uma lei independente de qualquer litígio concreto. Tal modalidade de controle é o que a doutrina alemã chama de processo objetivo, pois os que estão legitimados para impetrar a ação, não o fazem em defesa de interesses próprios.

1.8 O controle de constitucionalidade vigente nos Estados Unidos desde sua origem é rigorosamente difuso, ocupando a Suprema Corte o posto de órgão recursal final. O Tribunal é composto por nove magistrados, sendo o *quorum* para votação de seis juízes. A Corte recebe em torno de 1.500 novos casos por ano, dos quais julga cerca de 10%, visto que sua jurisdição é discricionária. Tal discricionariade é exercida pelo instituto do *Writ of Certiorari*, através do qual os litigantes pedem à Corte que avoque e decida determinado caso. A Corte, então, usando de seu poder discricionário, decide se o faz. O procedimento de aceitação passa pela “Regra dos Quatro”, ou seja, se quatro dos nove juízes desejarem conhecer do *Writ*, o caso é levado à plenário. Trata-se de sofisticado juízo de admissibilidade, embora a manifestação escrita e fundamentada não seja obrigatória.

1.9 A Constituição austríaca de 1920, em seu texto original – criação revolucionária do gênio de Hans Kelsen –, concentrou em uma *Corte Constitucional* a competência para decidir todas as questões relativas à constitucionalidade de um ato normativo. Atualmente na Áustria o controle de constitucionalidade concreto dá-se *per saltum*; caso os tribunais superiores e os de segunda instância tenham dúvidas sobre a constitucionalidade de uma lei, devem suscitar a questão ao Tribunal Constitucional, restando suspenso o processo até a decisão; esta, por sua vez, vinculará o tribunal inferior, o que nos remete a uma função de Corte de Cassação.

1.10 O controle concentrado austríaco dá-se por uma argüição de inconstitucionalidade, cujos legitimados para propositura no caso de ataque à lei federal considerada inconstitucional são os governos estaduais, um terço dos deputados do Conselho Nacional ou um terço dos membros do Conselho Federal. O efeito da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado permanece rigorosamente *ex tunc*, em absoluta fidelidade ao sistema kelseniano.

2.1 O Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) é composto por dois *Senados*, compostos de oito juízes cada, eleitos pelo Parlamento e pelo Conselho Federal em partes iguais. Os juízes da Corte devem contar com pelo menos quarenta anos e preencher os requisitos da carreira da magistratura comum. A Corte alemã tem a missão

específica de exercer a jurisdição constitucional, não se enquadrando no que poderia ser considerado uma Corte Suprema ou tribunal de terceiro grau; não existe sequer uma via processual própria que conduza ao Tribunal Constitucional, tal como nosso Recurso Extraordinário, com a ressalva que se deve fazer ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*).

2.2 No exercício da jurisdição constitucional, compete à Corte alemã exercer a fiscalização da constitucionalidade através dos controles abstrato e concreto. O controle abstrato pode ser instaurado mediante requerimento do Governo Federal, de um dos governos estaduais ou de um terço do Parlamento. O controle concreto dá-se de forma semelhante ao modelo austríaco, ou seja, o tribunal que considerar uma lei inconstitucional deve suspender o processo e remeter a decisão da questão para o Tribunal Constitucional, cuja decisão passa a ser vinculante, o que constitui típica função de *Corte de Cassação*. Na Alemanha, diferentemente da Áustria, os juízes singulares também podem suscitar a questão de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional. Também cabe ao *Bundesverfassungsgericht* o julgamento dos conflitos entre órgãos federais, e entre a União e os estados, quando se discute a aplicação de direito federal; cabe ainda àquela Corte o julgamento de denúncias contra o Presidente da República, de casos de supressão de direitos fundamentais e o processo especial de aferição da legitimidade do processo eleitoral.

2.3 O Tribunal Constitucional português tem competência para exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, defender os direitos fundamentais, controlar as regras do processo democrático e fiscalizar o bom funcionamento dos poderes públicos. Em Portugal, não existe previsão de um recurso constitucional ou de amparo, que submeta a lesão de direitos fundamentais diretamente ao Tribunal Constitucional.

2.4 O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos no ordenamento jurídico português prevê tanto o controle preventivo quanto o repressivo – este em suas duas modalidades, difusa (em um caso concreto) e concentrada (em abstrato) –, e ainda a inconstitucionalidade por omissão.

2.5 O controle da constitucionalidade no ordenamento espanhol acontece tanto de forma preventiva como repressiva. A forma preventiva restringe-se aos Tratados; a forma repressiva se dá de três maneiras: *o recurso de inconstitucionalidade* – via de ação, concentrada e em abstrato –, a *questão de constitucionalidade* – via incidental e em concreto, mas não difusa –, que é suscitada apenas por órgão judicial, e o *recurso de amparo* – via de controle concentrado e em concreto –, garantidor do acesso direto do cidadão ao Tribunal Constitucional.

2.6 A admissão do recurso de inconstitucionalidade ou da questão de constitucionalidade não suspende a vigência nem a aplicação da lei. São legitimados para interpor o recurso de inconstitucionalidade o Presidente, o Defensor do Povo, um grupo de 50 deputados ou 50 senadores e os órgãos colegiados das Comunidades Autônomas.

2.7 A análise do recurso de inconstitucionalidade e da questão de constitucionalidade permite a conclusão de que também na Espanha, assim como na Áustria e na Alemanha, o Tribunal Constitucional efetiva o controle de constitucionalidade somente pela via direta (controle concentrado) ou *per saltum*, em um incidente que, apesar de analisar o caso concreto, não se constitui em controle difuso exercido de forma recursal.

3.1 No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro cabe à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental a defesa daquelas questões constitucionais consideradas de alta relevância, os preceitos fundamentais, e inclusos nestes estão necessariamente – por construção jurisprudencial e consonância doutrinária – os direitos fundamentais do cidadão. A Argüição possui como um dos requisitos de admissibilidade a necessária observância do princípio da subsidiariedade, o que exige a prévia interposição de todas as ações cabíveis ao deslinde da questão. Neste diapasão aproxima-se a ADPF brasileira de alguns institutos do Direito Comparado: o recurso constitucional austríaco, o recurso constitucional alemão e o recurso de amparo espanhol.

3.2 Consiste o *recurso constitucional* austríaco (*Beschwerde*) em via de acesso direto ao Tribunal Constitucional, permitindo ao cidadão questionar um ato administrativo que possa

estar interferindo no exercício de um direito garantido pela Constituição, cabendo ainda contra aplicação de uma lei considerada inconstitucional. O *Beschwerde* permite que, através de um incidente de constitucionalidade, seja suspenso o processo que esteja tramitando perante um juiz monocrático ou perante um tribunal, submetendo ao Tribunal Constitucional a controvérsia acerca de lesão a direito individual. Após resolver a questão controvertida, o Tribunal Constitucional devolve a cognição da matéria ao tribunal suscitante, que deverá obedecer ao que já decidiu em relação ao tema constitucional, visto que o Tribunal Constitucional desempenha no caso a função de Corte de Cassação. A Corte Maior austríaca tem discricionariedade para escolher em que casos procederá com a análise da questão constitucional. O recurso austríaco permite assim uma fiscalização concreta e concentrada de constitucionalidade, convivendo em harmonia com o controle abstrato e concentrado.

3.3 O recurso constitucional alemão é o remédio jurídico para a proteção e realização dos direitos fundamentais, somente admissível quando a violação não tem como ser suprimida de outra forma. Aqui entra o princípio da subsidiariedade, aplicado também à nossa ADPF. O dever de obediência ao requisito da subsidiariedade fica mitigado nas hipóteses de questão de interesse geral ou quando o requerente possa sofrer grave lesão caso recorra à via ordinária, quando o Tribunal Constitucional alemão pode decidir de imediato o recurso constitucional.

3.4 O recurso constitucional alemão é expressamente previsto para a defesa dos direitos fundamentais e não todo e qualquer preceito constitucional; a ADPF pátria também faz restrição qualitativa – apenas as normas que afrontem preceitos fundamentais podem ser objeto da arguição.

3.5 Compete exclusivamente ao Tribunal Constitucional alemão decidir o recurso constitucional interposto por qualquer pessoa física ou jurídica nacional, cuja alegação seja um prejuízo causado por ato do poder público aos direitos fundamentais ou a um dos direitos assemelhados a fundamentais.

3.6 O recurso constitucional alemão apresenta importantes semelhanças e também relevantes diferenças com a ADPF brasileira. As semelhanças a serem destacadas são a

apreciação originária da competência pelo Tribunal responsável pela guarda da Constituição, a possibilidade de controle dos atos do Poder Público, a fiscalização das normas pré-constitucionais, o princípio da subsidiariedade e a missão de defender não apenas os direitos fundamentais, mas também zelar pela defesa da Constituição.

3.7 Entre as características que distanciam os dois institutos podemos destacar a impossibilidade de a ADPF ser ajuizada por qualquer indivíduo, o prazo para interposição que existe no instituto alemão e a generalização do tipo de violação que pode ser atacada pelo recurso alemão, contrastando com uma rigorosa aplicação do princípio da subsidiariedade à ADPF.

3.8 Semelhante ao recurso constitucional alemão e ao recurso austríaco, existe na Espanha o *recurso de amparo*, mecanismo que proporciona proteção aos direitos fundamentais de forma direta, ou seja, permite ao cidadão dirigir-se ao Tribunal Constitucional espanhol, desde que esgotadas as vias ordinárias. O prévio esgotamento das vias ordinárias é fruto da clássica regra da subsidiariedade, que, repita-se, também é inerente à ADPF do ordenamento brasileiro. Saliente-se que tanto a doutrina como a Jurisprudência espanholas têm atenuado a literalidade do princípio da subsidiariedade, não exigindo a interposição de todos os meios possíveis, mas apenas aqueles que sejam razoavelmente úteis.

3.9 O recurso de amparo espanhol, tal como os similares alemão e austríaco, cumpre uma dupla função, visto que tanto se presta a ser uma garantia subjetiva, para a proteção dos direitos fundamentais, quanto uma garantia objetiva, para a proteção do ordenamento constitucional. Dito de outra forma, o recurso de amparo, além de proteger os direitos fundamentais, se presta à defesa do conteúdo essencial da Constituição espanhola.

4.1 A Constituição de 1824 não previu um controle judicial de constitucionalidade das leis, tendo consagrado a supremacia absoluta do Parlamento.

4.2 A Carta de 1891 recebeu grande influência do constitucionalismo americano e das idéias de Rui Barbosa, tendo inaugurado em nosso ordenamento o controle difuso de constitucionalidade.

4.3 A Constituição de 1934 destacou-se por inserir no modelo constitucional brasileiro a representação interventiva, em que o Procurador-Geral da República, para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis, inseridos no artigo 7º, I, alíneas *a* a *h*, provocava o Supremo Tribunal Federal para que este conhecesse e julgasse a constitucionalidade (art. 12, § 2º) da lei de iniciativa do Senado Federal que autorizasse a intervenção da União nos estados.

4.4 A Constituição de 1937 representou um retrocesso em nosso constitucionalismo, visto que o Congresso poderia desconsiderar a decisão de um Tribunal pela inconstitucionalidade de uma lei. Felizmente, restou inaplicada em sua maior parte.

4.5 A mudança mais relevante operada pela Constituição de 1946 deu-se com a promulgação da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, ao adicionar à competência do Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento da representação contra inconstitucionalidade de atos normativos federais ou estaduais, alterando a redação do artigo 101, I, alínea *k*.

4.6 A Carta de 1967 manteve as diretrizes gerais fixadas pela Constituição anterior e pela Emenda Constitucional nº 16/1965, não cuidando, entretanto, da competência dos Tribunais de Justiça para conhecer e julgar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos municipais violadores da Constituição do estado-membro respectivo. Ampliou-se o objeto da representação interventiva, abrangendo a necessidade de observância dos princípios constitucionais sensíveis (art. 10, VII) e execução de lei federal (art. 10, VI, 1ª parte), bem como, conferindo ao Presidente da República o poder de suspender o ato ou a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 11, § 2º).

5.1 A Constituição de 1988, mantendo o controle difuso e concreto ao lado do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade, acabou por democratizar este último, com a ampliação dos entes e órgãos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, anteriormente privativa do Procurador-Geral da República, o que significou avanço da jurisdição concentrada. A atual Constituição trouxe ainda em seu texto original as figuras do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI), da inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, parágrafo único).

5.2 O controle difuso e exercido a partir de um caso concreto – também conhecido como controle incidental ou modelo americano de controle de constitucionalidade – acompanha as Constituições brasileiras desde 1891. Durante a maior parte da nossa história republicana foi o único tipo de controle adotado pela jurisdição constitucional.

5.3 A questão constitucional atacada deve ser prejudicial ao deslinde da causa e nunca seu objeto principal, daí porque o controle difuso é também conhecido como controle incidental. Esse tipo de controle é despido de grandes formalidades e realizado através de um simples incidente, permitindo-se que a argüição de inconstitucionalidade seja realizada através de ações de rito ordinário, sumário e especial, e ainda pelas ações consagradas como “constitucionais”, dentre elas a ação popular e a ação civil pública. O controle difuso de constitucionalidade exercido pelos Tribunais deve obedecer ao procedimento do incidente de inconstitucionalidade, desenhado pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil.

5.4 Inobstante o largo espectro de atuação do controle difuso e concreto, podendo ser argüido em uma quantidade considerável de ações especiais além das ordinárias, é através do recurso extraordinário que o STF concretiza essa via de fiscalização da constitucionalidade em nosso ordenamento. Como características do Recurso Extraordinário temos a exigência de prévio esgotamento das instâncias ordinárias, a impossibilidade de seu uso para correção da “justiça” do julgado, a imprestabilidade para rediscussão de matéria de fato, a exigência de controvérsia a respeito da aplicação de algum preceito constitucional e ter suas condições específicas de admissibilidade elencadas na Constituição e não na lei processual civil. Quanto

ao objeto do Recurso Extraordinário deve-se ter em mente que este recurso não constitui o STF em uma terceira via recursal, onde fatos e provas serão novamente analisados. O trabalho do julgador se limita ao direito que será aplicado a determinado fato, não mais sendo possível auferir se o fato efetivamente ocorreu. Assim, objeto de Recurso Extraordinário será a decisão judicial que ocasione controvérsia a respeito da aplicação de algum preceito constitucional. A referida controvérsia pode se dar por uma afronta direta ou pela declaração de validade de norma federal, estadual ou municipal que disponha em contrário ao que prescreve a Constituição, sendo que tais normas podem ser inclusive anteriores à atual Carta.

5.5 De fato, a Constituição de 1988 prestigiou consideravelmente o controle abstrato com a ampliação do número de legitimados para ingressar com a ADIn. A atual Carta Maior trouxe ainda para compor o elenco do controle concentrado a figura da inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), inegavelmente inspirada no Direito português, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, inicialmente prevista no art. 102, parágrafo único, atualmente § 1º por força da Emenda Constitucional 3/93, que trouxe também para compor o elenco da nossa fiscalização concentrada da constitucionalidade a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

5.6 A Ação Direta de Inconstitucionalidade ou ação genérica de inconstitucionalidade – ou simplesmente ADIn – foi formalmente introduzida pela EC 16/65 ainda na vigência da Carta de 1946, quando tinha o nome de *representação*. Podemos considerar como sua precursora a ação interventiva nascida com a Constituição de 1934, uma ação destinada à defesa do pacto federativo. Trata-se a ADIn de um *processo objetivo*, ou seja, sem partes, onde o impetrante busca não a proteção de um direito individual, subjetivo, mas a salvaguarda dos preceitos constitucionais. O legitimado, exatamente por isso, precisa ser um agente político dotado de incontestável legitimidade ou então uma organização representativa de parcela relevante da sociedade.

5.7 Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando alegada contrariedade à Constituição Federal. Por respeito ao princípio da simetria, cabe aos

tribunais de justiça dos estados a competência para julgar ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição estadual. Contudo, não se admite, da parte destes tribunais, o confronto de uma lei federal com a Constituição estadual, a não ser em sede de controle difuso. Jurisprudência consolidada do Supremo veda o confronto da lei municipal em face da Constituição Federal.

5.8 A legitimidade ativa da ADIn é conferida pela Constituição de 1988 a diversos atores: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e ainda confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

5.9 Basicamente, serão objeto da Ação Direta a lei e o ato normativo federal ou estadual. É pacífica a Jurisprudência do STF sobre a necessidade de o ato confrontado possuir dois requisitos: *generalidade abstrata*, o que significa ser dirigido uniformemente a uma coletividade indeterminada, e *densidade normativa* suficiente, ou seja, estar apto por si só a concretizar o comando nele positivado, sem necessidade de qualquer mediação legislativa.

5.10 No que concerne aos efeitos da decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade, o controle concentrado pátrio é dotado dos efeitos *erga omnes* e *ex tunc*. Entretanto, a Lei 9.868/99 – em uma referência clara à Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão – em seu art. 27, passou a permitir uma diferente abrangência dos efeitos das decisões em ADIn, com a possibilidade inclusive de atribuição de efeito *ex nunc (pro futuro)*.

5.11 A Ação Declaratória de Constitucionalidade, ou simplesmente ADC, é considerada pela doutrina e pela Jurisprudência como “uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de sinal trocado”, tendo sido idealizada para os casos de violento questionamento à constitucionalidade de uma lei, situação geradora de grave insegurança jurídica. Frise-se que a Ação Declaratória de Constitucionalidade não encontra similar no Direito estrangeiro e que não chegou ao ordenamento jurídico brasileiro pelo texto original da

Constituição de 1988, tendo surgido apenas com a EC 3/93, que deu nova redação ao art. 102, inciso I, letra *a*, da Carta Maior.

5.12 Em sua conformação original, a legitimação ativa era restrita ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República, o que foi alterado pela EC 45/2004, possuindo agora a ADC o mesmo elenco de legitimados ativos da ADIn.

5.13 O pedido na Ação Declaratória de Constitucionalidade é para que se reconheça a compatibilidade entre um destes objetos enunciados e a Constituição Federal. No que concerne aos efeitos das decisões em ADC, vale a regra geral da ADIn, ou seja, efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, e ainda o caráter vinculante por força do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99. Não há que se falar em efeito *ex nunc*, muito menos estranhar a ausência de menção da ADC no art. 27 da mencionada Lei, dispositivo que permite uma elasticidade nos efeitos temporais das decisões em ADIn, posto que a constitucionalidade é sempre presumida, não sendo lógico falarmos em ato normativo constitucional com efeito *ex nunc*, já que o ato normativo declarado (ou melhor, confirmado) como constitucional sempre o foi desde sua origem.

5.14 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a rigor, nem chega a ser uma ação autônoma, mas uma especialização da ADIn para o caso de omissão por parte de algum Poder ou órgão administrativo em tomar as medidas necessárias à efetivação de norma constitucional. Não se pode negar que o não cumprimento de uma determinação constitucional é uma forma de inconstitucionalidade.

5.15 A propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem por objeto as normas de eficácia limitada, sejam as declaratórias de princípios institutivos e de caráter impositivo, sejam as programáticas. Tais normas serão certamente as impugnáveis mediante ADIn, ou seja, aquelas dotadas de suficiente densidade normativa. Mas não somente estas, pois o objeto da ADIn por Omissão é mais amplo, sendo possível o controle inclusive de atos normativos secundários.

6.1 Em decorrência da conformação híbrida do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade e de alguns posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, determinadas situações relevantes para a sociedade ou não têm como chegar à apreciação daquela Corte, ou não podem ter seu mérito apreciado, ou quando isso acontece o tempo decorrido já tratou de fulminar a efetividade da apreciação. Destas situações destacam-se a “crise” por que passa o Recurso Extraordinário, as situações que o próprio ordenamento jurídico “bloqueia” ao controle concentrado, a tormentosa legitimidade das entidades de classe para o manejo da ADIn, a inefetividade do *amicus curiae* como instrumento de participação da sociedade e o entendimento do STF que praticamente tornou sem utilidade o Mandado de Injunção.

6.2 A relevância do Recurso Extraordinário como única ferramenta de acesso do cidadão comum ao órgão de cúpula de nossa jurisdição constitucional é inegável, mas tem cobrado um alto preço, tendo em vista que o volume de Recursos Extraordinários que chegam anualmente ao Supremo praticamente inviabilizou o bom funcionamento da Corte Constitucional. A crise não vem de agora, mas se arrasta em crescente grau de complexidade desde a primeira metade do século XX. Diversas foram as tentativas para tornar razoável o número de ações que deveriam ser apreciadas pelo STF e pelos Tribunais Superiores.

6.3 Reforçando a indiscutível tendência de valorizar a Jurisprudência dos Tribunais Superiores, o legislador constitucional, através da EC 45/2004, apresentou dois novos instrumentos de contenção: um específico para o Recurso Extraordinário, a repercussão geral da questão constitucional, e outro para os recursos em geral, a disciplina das Súmulas Vinculantes.

6.4 Na verdade, o problema decorrente do volume de ações que chegam aos Tribunais Superiores, ou pelo menos, o decorrente do volume de ações que chegam ao Supremo não parece ter sido adequadamente solvido, posto que tanto no caso da nova disciplina do art. 557 do CPC quanto na solução alvitada pela Súmula Vinculante, há uma mera troca de meios de impugnação: Agravo no lugar de Recurso Extraordinário, no primeiro caso, e Reclamação em vez de Recurso Extraordinário, no segundo caso.

6.5 Apesar da considerável quantidade de ações constitucionais para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade em nosso ordenamento, existem situações que escapam à possibilidade de acesso à jurisdição constitucional.

6.6 A ADIn é cabível contra agressão a qualquer norma constitucional e pode ter por objeto uma grande variedade de atos normativos, contudo o remédio constitucional não se presta ao controle de muitas outras espécies: atos normativos secundários, decretos regulamentares, leis e atos de efeito concreto, leis anteriores à Constituição em vigor, leis e atos normativos revogados, leis municipais, propostas de Emenda à Constituição, projetos de lei, atos *interna corporis*, atos normativos de efeito concreto editados pelos Tribunais, súmulas de Jurisprudência, respostas às consultas formuladas ao TSE e convenções coletivas de trabalho. A ADIn por omissão, até por ser uma especialização da ADIn, quando a questão envolve a inércia do legislativo, sofre as mesmas restrições desta. A ADC é considerada pela doutrina e pela Jurisprudência como uma “ADIn de sinal trocado”, sendo recomendada para os casos de violento questionamento à constitucionalidade de uma lei, situação geradora de grave insegurança jurídica. Sofre dos mesmos males de sua congênera destinada ao controle dos atos normativos comissivos.

6.7 A ADPF não possui limitações quanto às leis municipais, ao direito pré-constitucional e a diversas outras espécies normativas, inclusive atos normativos de efeitos concretos, óbices estes que restringem bastante o campo de atuação da Ação Direta. Entretanto, nem toda ofensa à Constituição pode ser sanada pela Arguição. Sem levar em conta a obediência ao princípio da subsidiariedade, que já limita bastante o cabimento da ADPF, esta Ação não pode ser usada para sanar todo e qualquer ataque ao Texto Maior, mas somente contra aqueles que afrontem os preceitos fundamentais.

6.8 A ampliação dos legitimados à propositura da ADIn englobando também as entidades de classe de âmbito nacional não conseguiu traduzir-se em um amplo acesso do indivíduo à jurisdição constitucional. Um entendimento desnecessariamente rigoroso do STF, ora sobre o que seria *entidade de classe*, ora sobre o que seria *âmbito nacional*, levou a que

uma parte considerável das Ações Diretas impetradas por entidades de classe fosse extinta por ilegitimidade ativa. Sem falar que o Supremo ainda exige daquela que for considerada como entidade de classe de âmbito nacional uma verdadeira condição da ação, a *pertinência temática*.

6.9 A figura do *amicus curiae* não significa uma forma de intervenção de terceiros, tendo em vista que a intervenção de terceiros guarda relação com interesses subjetivos e não com processos rigorosamente objetivos, como a ADIn e a ADPF. O *amicus curiae* é um mecanismo que permite ampliar o debate que motiva um processo objetivo, tendo em vista a relevância do tema para a sociedade. Aquele órgão ou entidade cujo requerimento seja admitido tem a possibilidade inclusive de promover a sustentação oral. Inobstante sua posição consolidada no Direito americano, podemos considerar que o *amicus curiae* não é figura típica do controle difuso ou do controle concentrado, mas inerente ao fato de uma Corte Constitucional adotar uma postura democrática, seja ela um Tribunal Constitucional ou uma Corte Suprema.

6.10 Infelizmente, do mesmo problema que padecem as entidades de classe para o pleito de uma ADIn, também sofrem boa parte das instituições que pleiteiam a participação como *amicus curiae*. No caso do *amicus curiae* a questão gravita em torno de dois pontos: 1) a decisão do relator é discricionária e irrecorrível, e 2) a Jurisprudência do STF tem entendido que a participação de terceiros nos processos objetivos é a exceção, só admitida no caso de *representatividade adequada*.

6.11 Enquanto a ADIn por Omissão destina-se à fiscalização abstrata da inércia, o Mandado de Injunção presta-se ao controle concreto da omissão, protegendo direitos subjetivos frustrados pela falta de ação dos Poderes Públicos. Dito de outra forma, o Mandado de Injunção é o correspondente da ADInO no controle concreto.

6.12 Criado para ser um instrumento de fiscalização concreta da constitucionalidade, o Mandado de Injunção é destinado ao combate das omissões do Poder Público que interfiram no exercício de um direito ou liberdade. Inobstante sua nobre missão, o MI acabou tendo o

mesmo fim melancólico da ADInO em virtude do posicionamento tomado pelo STF, pelo qual, o Mandado de Injunção tem como finalidade única reconhecer formalmente a inércia do Poder Público.

7.1 Não há melhor solução para a garantia da supremacia de uma Constituição do que aquela que alia um Tribunal Constitucional ou uma Corte Suprema responsável pelo controle em abstrato à legitimidade do cidadão para deflagrar o processo constitucional junto àquele órgão em virtude de um caso concreto. Neste contexto entra em cena a ADPF como o meio mais adequado para fazer chegar a queixa do indivíduo ao órgão responsável pela defesa da Constituição e dos preceitos fundamentais. Mas não seria a ADPF tal como desenhada hoje, seria uma ADPF especial, cujo manejo seria feito pelo cidadão, sem intermediários, uma ADPF popular, democratizada.

7.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma das formas de fiscalização concentrada de constitucionalidade em nosso ordenamento. Alia-se nesta missão à Ação Direta de Inconstitucionalidade, por ação ou por omissão, à Ação Declaratória de Constitucionalidade e à representação interventiva. Surgiu com o texto originário da Constituição de 1988, tendo sido regulamentada apenas 11 anos depois, com a Lei 9.882/99. A ADPF poderá ser usada para evitar ou reparar lesão a preceitos fundamentais, o que lhe confere caráter preventivo ou repressivo. Sua impetração precisa obedecer à regra da subsidiariedade, ou seja, só será admitida quando nenhum outro meio de impugnação for utilizável. Os legitimados para propositura da ADPF são os mesmos da Ação Direta. Um veto presidencial eliminou a possibilidade de uma legitimidade popular.

7.3 A ADPF possui parâmetro mais restrito que a ADIn, visto que nesta defendem-se todos os dispositivos constitucionais e naquela apenas os que se consideram como preceitos fundamentais. Em contrapartida, seu objeto é mais amplo, podendo ser sindicáveis pela ADPF as omissões inconstitucionais, atos normativos federais, estaduais e municipais, atos administrativos de efeito concreto, atos jurisdicionais e normas pré-constitucionais.

7.4 Uma parte considerável da doutrina pátria considera que existem duas modalidades de ADPF: uma principal, expressa no art. 1º, *caput* da Lei 9.882/99, e outra “incidental”, “paralela” ou “por equiparação”, cuja previsão estaria no inciso I do parágrafo único do mesmo art. 1º.

7.5 O grande problema da modalidade incidental, a nosso ver, foi o veto presidencial ao inciso II do art. 2º da Lei 9.882/99. Parece-nos isento de dúvida que a intenção do legislador ordinário fora criar uma Ação com dupla função: de um lado, uma ADPF tipicamente concentrada, com legitimação restrita, que poderia ser usada para uma fiscalização concreta ou abstrata, inspirada no recurso constitucional alemão; de outra parte, uma ADPF concentrada, concreta e *per saltum*, no melhor estilo da questão de inconstitucionalidade alemã, combinada com uma característica auspiciosa, a legitimação popular.

7.6 Além da subsidiariedade, a espinha dorsal da ADPF é formada pelo conceito de preceitos fundamentais. Podemos definir como preceitos fundamentais as disposições constitucionais que representam os valores mais importantes para a sociedade, sacramentados pelo constituinte originário e que uma vez afrontados tendem a causar instabilidade social. A defesa dos preceitos fundamentais deve ser viabilizada de forma rápida, preferencialmente através de uma ação sumária.

7.7 Em nosso ponto de vista, devem ser considerados preceitos fundamentais da Constituição de 1988 os fundamentos da República Federativa do Brasil (elencados no art. 1º), os direitos individuais e coletivos (dispostos no art. 5º), os direitos sociais (dispostos nos arts. 6º a 11), os direitos relativos à nacionalidade (conforme arts. 12 e 13), os direitos políticos (disciplinados nos arts. 14 a 16), os princípios constitucionais sensíveis (dispostos no art. 34, VII), os princípios regentes da Administração Pública – a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência – e o arcabouço constitucional especialmente destinado a dar-lhes suporte (que se encontram positivados no art. 37, *caput* e incisos II, IV, XV, XVI, XVII e XIX), as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), as limitações constitucionais ao poder de tributar (conforme arts. 150, 151 e 152).

7.8 A idéia de uma legitimidade popular para a ADPF é tão antiga quanto a própria Arguição. Prova disso é que o Projeto idealizado pela comissão de especialistas presidida por Celso Ribeiro Bastos e integrada por Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes, continha dispositivo que permitia – paralelamente às autoridades e órgãos legitimados para ADIn – a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público a proposição da ADPF, numa clara referência ao recurso constitucional alemão.

7.9 A legitimidade popular da ADPF precisa ser dotada de requisitos rigorosos, o que faria com que a admissão de uma Arguição impetrada por um cidadão trouxesse a certeza de que ali estaria sendo discutida uma questão que representasse relevância para a sociedade, o que conciliaria a efetividade do Supremo Tribunal Federal com a participação direta do cidadão na jurisdição constitucional. O controle concentrado está intimamente ligado à função de preservar a própria Constituição, cujo guardião em nosso ordenamento é o STF. Seria de interesse do próprio Supremo ter, ao lado dos atores legítimos da ADIn, um controle concreto e concentrado (que não seria de toda e qualquer norma constitucional) realizado pelos próprios cidadãos, desde que obedecidos rigorosos requisitos de admissibilidade, tendo em vista que a ampliação certamente contribuiria para uma maior e melhor defesa dos mais valiosos dispositivos constitucionais: os preceitos fundamentais.

7.10 A ADPF popular seria destinada a preservar o que o STF considerasse por preceitos fundamentais, tendo que necessariamente observar os seguintes requisitos: 1. Objeto restrito aos atos do Poder Público Federal, incluídos os pré-constitucionais; 2. Ocorrência de uma lesão concreta e não simples ameaça; 3. Repercussão geral (ou interesse individual transcendente ou relevância jurídica, política, social e econômica da questão); 4. Subsidiariedade.

7.11 Tendo em vista a racionalização dos feitos que possam chegar ao Supremo por via da ADPF popular, sugerimos que o objeto desta eventual “modalidade” seja tão-somente os atos do Poder Público Federal, independente se pré ou pós-constitucionais. Tal conceito abarcaria as leis e os demais atos normativos, os atos de efeito concreto e os atos

regulamentares. O próprio conceito de preceito fundamental formulado pela doutrina pátria, bem como aqueles preceitos constitucionais indubitavelmente revestidos de tal qualificação, quais sejam, os princípios fundamentais, os direitos e garantias individuais e coletivos, os princípios sensíveis e as cláusulas pétreas, possuem uma inegável ligação com o direito federal, o que torna dispensável a inclusão do direito estadual e municipal como objeto da ADPF popular. No que concerne às leis e aos atos normativos federais a aplicabilidade ficaria muito restrita, tendo em visto o que já fora dito sobre a subsidiariedade. O grande campo de atuação da ADPF popular seria formado pelos atos normativos pré-constitucionais, os atos administrativos de efeito concreto e os atos regulamentares, todos ínsitos à esfera federal.

7.12 Quanto aos atos administrativos de efeito concreto e os atos regulamentares produzidos pelo Poder Público Federal, não nos resta dúvida que podem constituir-se em poderosos instrumentos violadores dos preceitos fundamentais, mormente por estarem os agentes públicos praticamente sob a égide exclusiva do controle difuso, seja por intermédio de ações ordinárias, seja por via das ações especialmente destinadas ao controle da Administração Pública, como o Mandado de Segurança, a Ação Popular e a Ação Civil Pública.

7.13 Requisito fundamental para a viabilidade da ADPF popular, ao menos do ponto de vista técnico, é a análise da ocorrência de uma lesão concreta aos interesses do proponente, motivada por um descumprimento de preceito fundamental.

7.14 Não seria nem mesmo lógico cogitar-se de uma ADPF popular que pudesse questionar leis e atos normativos em tese, o que transformaria qualquer pessoa em um controlador preventivo da atividade legislativa, algo que transformaria nossa Democracia representativa em uma forma esdrúxula de Democracia direta, além de configurar uma afronta injustificável a um dos mais importantes de nossos preceitos fundamentais, o princípio da separação de poderes.

7.15 No que tange à questão da repercussão geral, a recente Lei 11.418/06 regulamentou o § 3º do art. 102 da Constituição acrescentando os arts. 543-A e 543-B ao CPC. O

art. 543-A não trouxe uma definição precisa do que seria repercussão geral da questão constitucional, limitando-se apenas a dizer que a ocorrência de tal repercussão deve levar em consideração aspectos econômicos, políticos, sociais ou jurídicos. Tal repercussão geral precisa ser demonstrada pelo recorrente, em preliminar, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal e não do Tribunal *a quo*.

7.16 O requisito da subsidiariedade e o conceito de preceito fundamental formam a espinha dorsal da ADPF. Para que se possa formular uma proposta de Arguição popular é preciso antes definir se esta teria uma subsidiariedade que restringisse seu uso ou uma que tornasse seu manejo mais acessível. A Jurisprudência dominante no STF entende que não deve ser admitida a ADPF quando houver qualquer remédio jurídico à disposição, mesmo que seja este típico do controle difuso, como o Mandado de Segurança ou a Ação Popular.

7.17 Destacamos como possibilidades da ADPF popular: 1. Possibilidade de o Poder Judiciário, mesmo que em caráter de exceção, compelir à concretização das políticas públicas; 2. Alternativa para sanar omissões inconstitucionais; 3. Viabilização da participação popular na jurisdição constitucional.

7.18 A ADPF popular não seria uma ação popular constitucional, não seria um mecanismo de fiscalização abstrata e concentrada para defesa de interesses relacionados a uma coletividade restrita, não seria para o ataque à lei em tese, mas através dela o cidadão concretamente afetado com o descaso do Poder Público em implementar as políticas públicas poderia sim clamar ao Judiciário que, em caráter mandamental, exigisse o cumprimento das normas constitucionais programáticas.

7.19 Por intermédio desta nova “modalidade” de ADPF seria possível vislumbrarmos um avanço na Jurisprudência do Supremo para a solução da controvertida inconstitucionalidade por omissão parcial (ou relativa) ofensiva do princípio da isonomia.

7.20 Obrigar o Legislativo a legislar seria ofensivo ao Princípio da Separação de Poderes e dar ao Judiciário o poder de “legislar” não seria possível nem por Emenda

Constitucional, posto que a Separação de poderes é uma das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, III), mas não se pode negar que nos casos específicos de omissão inconstitucional ofensiva do princípio da isonomia, notadamente quando do desrespeito aos princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*), cujos exemplos de leis federais que beneficiam determinados servidores em detrimento de outros em semelhante situação podem ser encontrados sem muita dificuldade, poderia sim o Judiciário suprir a omissão através da garantia de indenização aos que sofreram os efeitos negativos da omissão.

7.21 A garantia de participação popular na jurisdição constitucional não pode ser uma idéia estranha às atuais democracias. A participação popular restrita ao exercício do sufrágio não é mais suficiente para a garantia de respeito aos preceitos fundamentais. Além de ser responsável pela legitimação dos agentes políticos, deve o cidadão ter acesso direto àquelas autoridades que, se não foram legitimadas pelo voto popular, receberam da própria Constituição a maior das incumbências, que é o dever de defendê-la.

7.22 O controle concentrado de constitucionalidade não pode ficar a cargo somente de órgãos e autoridades de conotação política, devendo, mais do que se prestar a sanar conflitos federativos ou divergências entre os Poderes, ser a via por excelência da defesa dos direitos fundamentais, o que inegavelmente habilita o cidadão a levar diretamente ao Supremo Tribunal Federal os temas constitucionais de grande repercussão para a sociedade.

REFERÊNCIAS

- BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 1994.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROS, Sérgio Resende de. O nó górdio do sistema misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito**: análises à luz da lei nº. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____; VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária. **Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto**, nº. 8, jan., 2000.
- BERNARDES, Juliano Taveira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto**, Brasília, nº. 8, jan. 2000.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**. São Paulo: Azougue, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BUENO, Cássio Scarpinela. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BULLOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito constitucional**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do amicus curiae na ADIn, ADC e ADPF. In: DIDIER JR., Fredie.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. Curitiba: Juruá, 2005.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2007. v. 3.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Coordenadores. **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 4. ed. São Paulo: Malheiros: 2003.

DINIZ, Marcio Vasconcelos. **Controle de constitucionalidade e teoria da recepção**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madri: Civitas, 2006.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução Dunha Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ, Sérgio Valladão. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Cearense Independente do Ministério Público**, Fortaleza, ano IV, nº. 13, abr. 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MANDELLI JR., Roberto Mendes. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Critério de transcendência no recurso de revista. Projeto de lei 3.267/00. **Revista LTr**, v. 65, n. 8, p. 905-908, ago. 2002.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública e outros**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Caderno de direito constitucional**. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre, 2006.

_____. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade.** 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. **Jurisdição constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006a.

_____. **Direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006b.

_____. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.** São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito constitucional: teoria da constituição.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 5.

_____. **O novo processo civil brasileiro.** 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Controle de constitucionalidade.** 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6.

OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

POLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Argüição de descumprimento de preceito: análises à luz da lei nº. 9.882/99.** São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico. **Revista da Informação Legislativa do Senado**, ano 35, número 138, p. 75-87, abr/jun. 1998.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999.

BRASIL. Presidência da República. www.planalto.gov.br, acesso em 22.06.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. www.stf.gov.br, acesso em 22.06.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. www.stf.gov.br/bndpj/stf/ClasseProc.asp, acesso em 05.01.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. www.stf.gov.br/bndpj/stf/PercREAg.asp, acesso em 05.01.2007.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. www.tribunalconstitucional.es/TRIBUNAL.htm, acesso em 24.10.2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Judicial Center. www.fjc.gov, acesso em 31.10.2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The White House. www.whitehouse.gov/history/presidents/, acesso em 31.10.2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. www.jusnavigandi.com.br/doutrina/lei9882c.html, acesso em 10.10.2006.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html, acesso em 24.10.2006.

ANEXO A – Mensagem de Veto n.º 1.807, de 3 de dezembro de 1999.

MENSAGEM Nº 1.807, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.

Senhor Presidente do Senado Federal,

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

Decidi vetar os dispositivos a seguir transcritos:

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

"Art. 1o

Parágrafo único.

.....

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

"Art. 5o.....

.....

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

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

Razões dos vetos

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

Não se faculta ao Egrégio Supremo Tribunal Federal a intervenção ilimitada e genérica em questões afetas à "interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas casas, ou regimento comum do Congresso Nacional" prevista no inciso II do parágrafo único do art. 1o. Tais questões constituem antes matéria interna corporis do Congresso Nacional. A intervenção autorizada ao Supremo Tribunal Federal no âmbito das normas constantes de regimentos internos do Poder Legislativo restringe-se àquelas em que se reproduzem normas constitucionais. Essa orientação restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança no 22503-DF, Relator para o Acórdão

Ministro Maurício Corrêa, DJ 06.06.97, p. 24872. Do mesmo modo, no julgamento do Mandado de Segurança no-22183-DF, Relator Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal assentou: "3. Decisão fundada, exclusivamente, em norma regimental referente à composição da Mesa e indicação de candidaturas para seus cargos (art. 8o). 3.1 O fundamento regimental, por ser matéria interna corporis, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário. 3.2 Inexistência de fundamento constitucional (art. 58, § 1o), caso em que a questão poderia ser submetida ao Judiciário" (DJ 12-12-97, p. 65569). Dito isso, impõe-se o veto da referida disposição por transcender o âmbito constitucionalmente autorizado de intervenção do Supremo Tribunal Federal em matéria interna corporis do Congresso Nacional. No que toca à intervenção constitucionalmente adequada do Supremo Tribunal Federal, seria oportuno considerar a colmatação de eventual lacuna relativa a sua admissão, em se tratando da estrita fiscalização da observância das normas constitucionais relativas a processo legislativo.

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

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

Inciso II do art. 2o

"Art. 2o.....

.....

II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.

....."

Razões do veto

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

Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.

Parágrafo 2o do art. 2o

"Art. 2o

.....

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

Razões do veto

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

Parágrafos 1o e 2o do art. 8o

"Art. 8o.....

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

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

Razões do veto

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

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

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

ANEXO B – Quadros comparativos

Quadro 1 – Comparativo da quantidade de recursos constitucionais impetrados junto ao Tribunal Constitucional alemão

ANO	TOTAL DE PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	RECURSOS CONSTITUCIONAIS	% RECURSOS CONSTITUCIONAIS / TOTAL DE PROCESSOS
2001	4.620	4.483	97,03%
2002	4.692	4.523	96,40%
2003	5.200	5.055	97,21%
2004	5.589	5.434	97,23%
2005	5.105	4.967	97,30%
TOTAL	25.206	24.462	

Fonte: Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2005/A-IV-1.html>> e <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2005/A-I-2.html>>. Acesso em: 31 out. 2006.

Quadro 2 – Comparativo da quantidade de recursos de amparo em relação ao total de processos impetrados junto ao Tribunal Constitucional espanhol

ANO	TOTAL DE PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	RECURSOS DE AMPARO	% RECURSOS DE AMPARO / TOTAL DE PROCESSOS
1999	5.652	5.582	98,76%
2000	6.901	6.762	97,98%
2001	6.934	6.786	97,86%
2002	7.456	7.285	97,70%
2003	7.878	7.721	98,00%
2004	7.951	7.814	98,27%
2005	9.708	9.476	97,61%
TOTAL	52.480	51.426	

Fonte: Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/TRIBUNAL.htm>>. Acesso em: 24 out. 2006.

Quadro 3 – Comparativo dos sistemas de controle de constitucionalidade e dos mecanismos de defesa dos direitos fundamentais praticados em algumas Cortes da Europa, e indicação dos análogos institutos brasileiros

Vias de acesso aos Tribunais Constitucionais e ao STF					
	ÁUSTRIA	ALEMANHA	ESPANHA	PORTUGAL	BRASIL
Controle abstrato (e concentrado)	Argüição de inconstitucionalidade	Argüição de inconstitucionalidade	Recurso de inconstitucionalidade	Ação de inconstitucionalidade	ADIn
Controle concreto	Questão constitucional	Questão de inconstitucionalidade	Questão de constitucionalidade	Recurso de constitucionalidade	Recurso Extraordinário
Defesa dos direitos fundamentais	Recurso constitucional	Recurso constitucional	Recurso de Amparo	Não possui via específica	ADPF
Controle da omissão inconstitucional	Não há previsão de fiscalização	Não há previsão de fiscalização	Não há previsão de fiscalização	Ação de inconstitucionalidade por omissão	ADIn por omissão

Quadro 4 – Legitimados para propositura perante os Tribunais Constitucionais e o STF (apenas para os casos de afronta à respectiva Constituição)

Legitimados para propositura perante os Tribunais Constitucionais e o STF (apenas para os casos em que as normas afrontam a Constituição Federal)					
	ÁUSTRIA	ALEMANHA	ESPANHA	PORTUGAL	BRASIL
Controle abstrato (e concentrado)	Governadores regionais, um terço dos deputados do Conselho Nacional ou um terço dos membros do Conselho Federal	Governo Federal, um dos governos estaduais ou um terço dos membros do Parlamento	O Presidente, o Defensor do Povo, um grupo de 50 deputados ou 50 senadores ou qualquer dos órgãos colegiados das Comunidades Autônomas	O Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Procurador-Geral ou um décimo dos deputados da Assembleia da República	Presidente da República, Mesa do Senado ou da Câmara, Mesa de Assembleia ou governador estadual, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação no Congresso, confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional
Controle concreto	Apenas os tribunais	Tribunais e juízes singulares	Qualquer órgão judicial	Qualquer dos litigantes em ação judicial	Qualquer dos litigantes em ação judicial
Defesa dos direitos fundamentais	Qualquer cidadão	Qualquer cidadão	Qualquer cidadão	Não possui via específica	Os mesmos legitimados para o controle concentrado
Controle da omissão inconstitucional	Não há previsão de fiscalização	Não há previsão de fiscalização	Não há previsão de fiscalização	O Presidente da República ou o Provedor de Justiça	Os mesmos legitimados para o controle concentrado

Quadro 5 – Comparativo da composição e funcionamento de algumas Cortes da Europa e do Supremo Tribunal Federal

Quadro comparativo da composição e funcionamento das Cortes Constitucionais da Europa e do STF					
	ÁUSTRIA	ALEMANHA	ESPANHA	PORTUGAL	BRASIL
	Verfassungsgerichtshof	Bundesverfassungsgericht	Tribunal Constitucional	Tribunal Constitucional	Supremo Tribunal Federal
Papel que desempenha	Tribunal Constitucional com controle concreto	Tribunal Constitucional com controle concreto	Tribunal Constitucional com controle concreto	Tribunal Constitucional e instância recursal máxima no caso de controle concreto e difuso	Corte Suprema com possibilidade de ação direta (controle abstrato)
Número de membros	14	16	12	13	11
Autoridades responsáveis pela designação	Governo Federal (8), Conselho Nacional (3) e Conselho Federal (3)	Parlamento (8) e Conselho Federal (8)	Rei da Espanha	Assembleia da República escolhe 10, que escolhem os outros 3	Presidente da República
Duração do mandato	Até os 70 anos	12 anos	9 anos	6 anos	Até os 70 anos
Limite de idade dos membros	70 anos	60 anos	Não	Não	70 anos
Renovação de mandato		Não	Não	Sim	

Fonte: SAMPAIO, José Adércio Leite, op. cit., 2002, p. 47 e FAVOREU, Louis, op. cit., 2004, p. 30-31, com adaptações.

Quadro 6 – Quantidade de RE distribuídos e porcentagem em relação ao total de processos distribuídos ao STF:

Porcentagem de RE distribuídos em relação ao total de processos distribuídos					
Porcentagem de RE julgados em relação aos distribuídos					
ANO	TOTAL DE PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	RE DISTRIBUÍDOS	RE JULGADOS	% RE JULGADOS / DISTRIBUÍDOS	% RE DISTRIBUIDOS / TOTAL DE PROCESSOS
1990	16.226	10.780	10.680	99,07%	66,44%
1991	17.567	10.518	8.836	84,01%	59,87%
1992	26.325	16.874	11.990	71,06%	64,10%
1993	23.525	12.281	11.567	94,19%	52,20%
1994	25.868	14.984	16.344	109,08%	57,92%
1995	25.385	11.195	13.395	119,65%	44,10%
1996	23.883	9.265	9.937	107,25%	38,79%
1997	34.289	14.841	16.219	109,29%	43,28%
1998	50.273	20.595	18.205	88,40%	40,97%
1999	54.437	22.280	19.730	88,55%	40,93%
2000	90.839	29.196	28.812	98,68%	32,14%
2001	89.574	34.728	43.723	125,90%	38,77%
2002	87.313	34.719	34.396	99,07%	39,76%
2003	109.965	44.478	43.054	96,80%	40,45%
2004	69.171	26.540	35.793	134,86%	38,37%
2005	79.577	29.483	39.768	134,88%	37,05%
2006	69.180	30.623	27.596	90,12%	44,27%
TOTAL	893.397	373.380	390.045		

Fonte: BRASIL. Secretaria de Informática do STF, dados computados até 24.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/ClasseProc.asp> e www.stf.gov.br/bndpj/stf/PercREeAg.asp>. Acesso em: 12 out. 2006.

Quadro 7 – Quantidades de Ações Diretas de Inconstitucionalidade distribuídas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal

ANO	DISTRIBUÍDAS	JULGADAS
1988	11	1
1989	158	19
1990	255	33
1991	233	66
1992	166	93
1993	162	121
1994	197	87
1995	209	127
1996	159	123
1997	204	130
1998	181	133
1999	187	100
2000	255	80
2001	209	220
2002	205	281
2003	306	405
2004	285	310
2005	258	258
2006	175	205
TOTAL	3815	2.792

Fonte: BRASIL. Secretaria de Informática do STF, dados computados até 05.11.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/ADIN.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2006. No total de ações distribuídas estão inclusas 90 Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão.

Quadro 8 – Quantidades de Ações Declaratórias de Constitucionalidade distribuídas, julgadas e tramitando junto ao Supremo Tribunal Federal

ANO	DISTRIBUÍDAS	PROCEDENTES	NÃO CONHECIDAS	TRAMITANDO
1993- 2006	9	2	3	4

Fonte: BRASIL. Secretaria de Documentação do STF. Dados computados até 05.11.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/ADC.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2006.

Quadro 9 – Comparativo das diferenças entre ADIn, ADC, APDF, RE e MS em relação à proposta de ADPF popular

Quadro comparativo das diferenças entre ADIn, ADC, ADPF, RE, MS e ADPF popular						
	ADIn	ADC	ADPF	RE	MS	ADPF popular
Natureza da legitimação	Restrita a poucas autoridades e entidades representativas, com caráter nitidamente político	Restrita a poucas autoridades e entidades representativas, com caráter nitidamente político	Restrita a poucas autoridades e entidades representativas, com caráter nitidamente político	Restrita às partes do processo	Restrita aos atingidos pelo ato	Ampla e democrática
Objeto	Leis e atos normativos primários	Leis e atos normativos primários	Leis e atos normativos primários e secundários, atos não normativos e decisões judiciais	Decisões judiciais	Atos da Administração Pública	Leis e atos normativos, atos não normativos e regulamentos, todos insitos à esfera federal
Caráter preventivo / repressivo	Preventivo	Preventivo	Preventivo e/ou Repressivo	Repressivo	Preventivo e/ou Repressivo	Repressivo
Interesse tutelado	Objetivo	Objetivo	Objetivo	Subjetivo transcendente	Subjetivo	Subjetivo transcendente
Caráter Subsidiário	Não	Não	Sim	Sim	Não	Sim
Efeitos da decisão	<i>Erga Omnes</i>	<i>Erga Omnes</i>	<i>Erga Omnes</i>	<i>Inter Partes</i> (com possibilidade de ensejar a edição de Súmula Vinculante)	<i>Inter Partes</i> (com possibilidade de ensejar a edição de Súmula Vinculante, no caso de decisões proferidas em processos de competência do STF)	<i>Erga Omnes</i>

Quadro 10 – Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental impetradas no Supremo Tribunal Federal

Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental impetradas junto ao Supremo Tribunal Federal							
	Data da distribuição	Estado de Origem	Argüente	Argüido	Relator	Última decisão / sentença	Observações
01	01.02.2000	RJ	Partido Comunista do Brasil	Prefeito do Município do Rio de Janeiro	Néri da Silveira	Não conhecimento	
02	03.03.2000	MT	Governador do Mato Grosso	Tribunal de Justiça do Mato Grosso	Sepúlveda Pertence		
03	11.04.2000	CE	Governador do Ceará	Tribunal de Justiça do Ceará	Sydney Sanches	Não conhecimento	
04	28.04.2000	DF	Partido Democrático Trabalhista	Presidente da República	Ellen Gracie	Admissibilidade	
05	08.08.2000	DF	Confederação dos trabalhadores em transporte aquaviário e aéreo	Instituto Nacional do Seguro Social – INSS	Nelson Jobim	Seguimento negado	
06	23.08.2000	RJ	Presidente da República	TRF 2ª Região	Celso de Mello		
07	25.09.2000	RS	Governador do Rio Grande do Sul	Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul	Joaquim Barbosa		
08	21.11.2000	DF	Confederação dos trabalhadores em transporte aquaviário e aéreo	INSS	Nelson Jobim	Processo sobrestado	
09	22.11.2000	RS	Governador do Rio Grande do Sul	Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul	Sepúlveda Pertence		
10	06.12.2000	AL	Governador de Alagoas	Tribunal de Justiça de Alagoas	Marco Aurélio	Liminar Deferida	
11	30.01.2001	SP	Fábio Monteiro de Barros Filho	Juiz Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária de SP e Juiz de Direito da 8ª	Sydney Sanches	Negado seguimento	

				Vara Cível da Comarca de São Paulo			
12	19.03.2001	DF	Partido da Social Democracia Brasileira	Presidente do STJ	Ilmar Galvão	Inicial liminarmente indeferida	
13	28.03.2001	SP	Mesa da Assembléia Legislativa de São Paulo	Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo	Ilmar Galvão	Inicial liminarmente indeferida	
14	23.04.2001	DF	Confederação dos trabalhadores em transporte aquaviário e aéreo	Presidente da República	Ellen Gracie	Suspensão o processamento	
15	21.08.2001	PA	Governador do Pará	Presidente do Tribunal de Justiça do Pará	Joaquim Barbosa		
16	30.08.2001	DF	Partido Democrático Trabalhista e Partido da Social Democracia Brasileira	Presidente da República	Carlos Velloso	Processo sobrestado	
17	20.09.2001	AP	Governador do Amapá	Tribunal de Justiça do Amapá	Celso de Mello	Provisionamento negado	
18	21.09.2001	CE	Confederação brasileira de trabalhadores policiais civis	Governador do Ceará	Néri da Silveira	Provisionamento negado	
19	03.10.2001	DF	Gerson Carlos da Silva	Presidência da República, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, Ministério da Saúde, Reitoria da Universidade Federal Fluminense e hospital dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro	Sepúlveda Pertence	Inicial liminarmente indeferida	

20	09.10.2001	DF	Carlos Antonio de Freitas	TRF 1ª Região	Maurício Corrêa	Seguimento negado	
21	25.10.2001	DF	Marcos Rogério Baptista	Relator do MS 21592-5 do STF	Nelson Jobim	Seguimento negado por falta de capacidade postulatória do requerente	
22	25.10.2001	DF	Marcos Rogério Baptista	Relator do HC 8132 do STJ	Joaquim Barbosa	Seguimento negado	
23	25.10.2001	RJ	Marcos Rogério Baptista	Tribunal de Justiça do RJ	Carlos Velloso	Seguimento negado	
24	19.11.2001	DF	Conselho Federal da OAB	Presidente da República e Congresso Nacional	Sepúlveda Pertence		Ministro Gilmar Mendes alegou impedimento por ter atuado como AGU
25	01.02.2002	DF	Marcos Rogério Baptista	Relatores dos Habeas Corpus 81066-7 e 81442-5 do STF	Ellen Gracie	Seguimento negado	
26	03.04.2002	PI	Partido do Movimento Democrático Brasileiro	Governador do Piauí	Maurício Corrêa		
27	01.02.2002	RJ	Marcos Rogério Baptista	Relatora do HC 81348-8 do STF	Néri da Silveira	Seguimento negado	
28	01.02.2002	DF	Marcos Rogério Baptista	Relator dos Habeas Corpus 81585 e 81442 do STF	Ellen Gracie	Seguimento negado	
29	04.03.2002	MG	Vicente Boaventura dos Santos	Juíza do Trabalho da 13ª Vara de Belo Horizonte	Carlos Velloso	Seguimento negado	
30	14.03.2002	DF	Marcos Rogério Baptista	Presidente do TRF 2ª Região	Carlos Velloso	Seguimento negado	
31	14.03.2002	DF	Marcos Rogério Baptista	Conselho Federal da OAB	Maurício Corrêa	Seguimento negado	
32	23.05.2002	DF	Luiz de Matos Pinto	União	Sepúlveda Pertence	Seguimento negado	
33	02.08.2002	PA	Governador do Pará	Instituto de Desenvolvimento	Gilmar Mendes	Liminar deferida e referendada	

				Econômico e Social do Pará		pele Pleno	
34	14.08.2002	DF	Associação brasileira dos fabricantes de artigos de puericultura	Ministro da Saúde	Celso de Mello	Não conhecido	
35	19.08.2002	DF	Luiz de Matos Pinto	União	Sepúlveda Pertence		
36	27.08.2002	PE	Governador de Pernambuco	Tribunal de Justiça de Pernambuco	Maurício Corrêa		
37	04.02.2003	RS	Governador do Rio Grande do Sul	Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul	Sepúlveda Pertence		
38	25.02.2003	RJ	Juarez Ribeiro Belém	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	Gilmar Mendes	Seguimento negado	
39	25.02.2003	DF	Partido Social Cristão	Congresso Nacional	Sepúlveda Pertence		
40	09.04.2003	MG	Partido da Social Democracia Brasileira	Tribunal de Justiça de Minas Gerais	Gilmar Mendes		
41	23.04.2003	SP	Associação dos notários e registradores do Brasil	Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo	Gilmar Mendes		
42	05.08.2003	RJ	Sindicato dos reformados e pensionistas das polícias militares, brigadas militares e corpos de bombeiros do Brasil	Governadora do Rio de Janeiro	Nelson Jobim	Seguimento negado	
43	06.08.2003	DF	Partido Democrático Trabalhista	Presidente da República	Carlos Britto	Não conhecimento	
44	18.09.2003	PR	Município de Ibema	Câmara de Ibema	Joaquim Barbosa	Negado seguimento liminarmente	
45	15.10.2003	DF	Partido da Social Democracia Brasileira	Presidente da República	Celso de Mello		Tema de grande relevância
46	14.11.2003	DF	Associação brasileira das empresas de	Empresa Brasileira de Correios e	Marco Aurélio		

			distribuição	Telégrafos – ECT			
47	14.01.2004	PA	Governador do Pará	Governador do Pará	Nelson Jobim		
48	17.02.2004	SP	Gilberto Rocha de Andrade	Tribunal de Justiça Criminal de São Paulo	Carlos Brito	Negado seguimento	
49	30.03.2004	PI	Governador do Piauí	Assembléia Legislativa do Piauí	Sepúlveda Pertence		
50	06.04.2004	SP	Associação nacional das entidades de produtores de agregados para construção civil	Prefeitura de Carangatatuba e outros	Joaquim Barbosa		
51	29.04.2004	GO	Associação dos Magistrados do Brasil	Presidente do Tribunal de Justiça de Goiás	Cezar Peluso		
52	05.05.2004	MA	Partido do Movimento Democrático Brasileiro	Câmara de Paço do Lumiar e outros	Celso de Mello		
53	11.06.2004	PI	Governador do Piauí	Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região	Gilmar Mendes		
54	17.06.2004	DF	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS		Marco Aurélio	Concedida liminar	Em 20.10.2004 o Pleno negou referendo à liminar
55	29.06.2004	DF	Confederação nacional das profissões liberais – CNPL	Ministério do Trabalho e Emprego – M T E	Carlos Britto		Vista à Procuradoria Geral da República em 11.10.2004
56	23.08.2004	DF	CNPL	M T E	Sepúlveda Pertence		
57	21.09.2004	SP	Marcos Tadeu Gomes	Estado de São Paulo	Carlos Velloso		
58	03.12.2004	DF	Partido da Social Democracia Brasileira (diretório municipal)	TSE	Marco Aurélio	Negado seguimento	
59	07.12.2004	DF	Conselho Federal da OAB	Congresso Nacional	Carlos Britto		Vista à Procuradoria Geral da República em

							11.02.2005
60	09.12.2004	DF	Partido dos Trabalhadores (diretório municipal)	TSE	Marco Aurélio	Negado seguimento	
61	09.12.2004	DF	Partido Democrático Trabalhista (diretório municipal)	TSE	Marco Aurélio	Negado seguimento	
62	17.12.2004	DF	Partido Democrático Trabalhista	Partido Democrático Trabalhista	Marco Aurélio	Negado seguimento	
63	01.02.2005	AP	Governador do Amapá	Assembléia Legislativa do Amapá	Sepúlveda Pertence	Negado seguimento	
64	01.02.2005	AP	Governador do Amapá	Assembléia Legislativa do Amapá	Carlos Velloso		
65	02.02.2005	DF	Partido Socialista Brasileiro	TSE	Joaquim Barbosa		
66	09.03.2005	DF	Partido Comunista do Brasil	TSE	Joaquim Barbosa		
67	28.03.2005	DF	Governador da Paraíba	Tribunal de Justiça da Paraíba	Cezar Peluso	Liminar deferida	
68	31.03.2005	SP	Associação nacional das empresas de transportes urbanos	Prefeitura de Bragança Paulista	Ellen Gracie		
69	15.04.2005	RJ	Sociedade técnica de Engenharia	Prefeitura de Bragança Paulista	Ellen Gracie	Negado seguimento	
70	09.12.2004	DF	Sindicato nacional das empresas de encomendas expressas	ECT	Celso de Mello	Negado seguimento	
71	05.05.2005	DF	Confederação dos trabalhadores em educação	Presidente da República	Gilmar Mendes		
72	20.05.2005	PA	Governador do Maranhão	Secretária Executiva de Estado da Fazenda	Ellen Gracie	Conhecida como ADIn	
73	30.05.2005	DF	Partido da Social Democracia Brasileira	Presidente da República	Eros Grau	<i>Amicus curiae</i> admitido	
74	29.06.2005	DF	Partido Popular	Presidente da República	Celso de Mello	Não conhecimento	Em medida cautelar o

			Socialista				Relator defendeu a tese de que a subsidiariedade da ADPF deve levar em conta apenas as ações de índole objetiva
75	01.08.2005	SP	3ª Sub-Seção da OAB		Nelson Jobim	Negado seguimento	
76	01.08.2005	TO	Conselho Federal da OAB	Tribunal de Justiça do Tocantins	Gilmar Mendes	Inicial liminarmente indeferida	
77	01.08.2005	DF	Confederação nacional do sistema financeiro	Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo	Sepúlveda Pertence	Liminar deferida	
78	01.08.2005	RJ	Partido Democrático Trabalhista	Estado do Rio de Janeiro	Carlos Britto	Negado seguimento	
79	02.08.2005	PE	Governador do Estado de Pernambuco	Tribunal de Justiça de Pernambuco e Tribunal Regional do Trabalho da 6ª região	Cezar Peluso	Liminar deferida	
80	09.08.2005	DF	Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria	STF	Eros Grau	Agravo não provido	
81	16.08.2005	DF	Associação Brasileira das Empresas de transportes de Passageiros		Celso de Mello	Conclusos ao Relator	
82	28.09.2005	PE	Partido Progressista	Prefeito do Município de Cabo de Santo Agostinho	Gilmar Mendes	Conclusos ao Relator	
83	02.12.2005	ES	Partido dos Trabalhadores	Prefeito do Município de Vitória	Carlos Britto	Conclusos ao Relator	
84	13.12.2005	DF	Partido da Frente Liberal	Presidente da República	Sepúlveda Pertence	Negado seguimento	
85	16.12.2005	CE	Partido Comunista do Brasil	Estado do Ceará	Joaquim Barbosa	Negado seguimento	
86	19.12.2005	ES	Governador	Câmara de	Sepúlveda	Julgada	

			do Estado do Espírito Santo	Vereadores do Município de Barra do São Francisco	Pertence	prejudicada	
87	16.02.2006	SP	Associação dos notários e Registradores do Brasil	Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo	Gilmar Mendes	Liminar indeferida	
88	21.02.2006	DF	Associação Nacional de Empresas de Transportes Urbanos	Presidente da República	Joaquim Barbosa	Conclusos ao Relator	
89	16.03.2006	DF	Mesa da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro	Presidente da República e Congresso Nacional	Ellen Gracie	Negado seguimento	
90	21.03.2006	ES	Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis	Governador do Estado do Espírito Santo e Assembléia Legislativa do Espírito Santo	Eros Grau	Decisão publicada	
91	27.04.2006	RO	Prefeito do Município de Ouro Preto do Oeste	Câmara Municipal de Ouro Preto do Oeste	Celso de Mello	Não conhecimento	
92	27.04.2006	RO	Prefeito do Município de Ouro Preto do Oeste	Câmara Municipal de Ouro Preto do Oeste	Joaquim Barbosa	Negado seguimento liminarmente	
93	02.05.2006	DF	Associação brasileira dos distribuidores de energia	Presidente da República	Ricardo Lewandowski	Não conhecimento	
94	10.05.2006	DF	Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria	Ministério Público do Trabalho	Cezar Peluso	Despacho publicado	
95	17.05.2006	DF	Confederação Nacional do Sistema Financeiro	Presidente da República e Congresso Nacional	Eros Grau	Despacho publicado	
96	28.06.2006	DF	Federação nacional dos trabalhadores na movimentação de	União	Gilmar Mendes	Seguimento negado	

			mercadorias em geral, auxiliares de administração no comércio do café em geral e auxiliares de administração de armazéns gerais				
97	28.07.2006	PA	Associação nacional dos procuradores dos estados	Governador do Estado do Pará	Gilmar Mendes	<i>Amicus curiae</i> admitido	
98	08.08.2006	SP	Associação Brasileira dos Distribuidores de Energia Elétrica	Prefeito do Município de São Paulo e Câmara Municipal de São Paulo		Vista ao Procurador-Geral da República	
99	27.08.2006	PE	Associação dos Magistrados Brasileiros	Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco	Ricardo Lewandowski	Não conhecimento	
100	14.09.2006	TO	Partido Verde	Município de Palmas	Celso de Mello	Conclusos	
101	22.09.2006	DF	Presidente da República	Supremo Tribunal Federal e outros	Celso de Mello	Aguardando manifestação	
102	02.10.2006	SP	Presidente da República	Câmara Municipal de Itatiba	Joaquim Barbosa	Arquivado	
103	10.10.2006	DF	Luiz de Matos Pinto	União Federal	Sepúlveda Pertence	Arquivado	
104	14.11.2006	SE	Partido Social Cristão	Relator do Mandado de Segurança 470/2006 impetrado no Tribunal de Justiça de Sergipe	Cármem Lúcia	Arquivado	
105	16.11.2006	AL	Governador do Estado de Alagoas	Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas e outro	Cezar Peluso	Liminar indeferida	
106	07.12.2006	SP	Sindicato dos servidores públicos municipais de	Prefeito de São José do Rio Preto	Marco Aurélio	Arquivado	

			São José do Rio Preto				
107	01.02.2007	SP	Aparecido Nei Oliveira Costa	União Federal	Joaquim Barbosa	Arquivado	
108	30.03.2007	RJ	Partido da Solidariedade	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	Cármem Lúcia	Arquivado	Pedido de desistência da ADPF admitido

Fonte: MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de direito constitucional**. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006, p. 101-113 e Brasil. Supremo Tribunal Federal. <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2007.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)