

Controle de constitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental

André Murilo Parente Nogueira

andrenogueira@colenci.com.br

INTRODUÇÃO

Inicialmente, como forma de adentrarmos ao interessante tema que nos propomos à apreciação, necessário se faz abordarmos alguns pontos relativos ao próprio controle de constitucionalidade, vez que as ações mencionadas no título desse estudo são formas do exercício da jurisdição constitucional, logo, defesa do Texto Maior.

Por meio do controle de constitucionalidade almeja-se uma forma de estabilidade do sistema implantado pela Carta Maior, buscando-se a consagração da supremacia do estabelecido pela Constituição em relação aos demais atos normativos exarados pelo Estado, por qualquer de seus entes federativos.

Controlar a constitucionalidade de um ato normativo infraconstitucional implica em atribuir ou não a esse diploma validade jurídica diante da ordem constitucional vigente, quer em seu aspecto material quer no formal.

O controle da constitucionalidade, atualmente, no sistema jurídico brasileiro, além da característica política controle preventivo, relevada sobremaneira, com o veto presidencial e as Comissões Parlamentares específicas, ganha contorno pela via de ação judicial.

Esse controle jurisdicional da constitucionalidade pode ser realizado pela denominada via de exceção ou difusa, como também, pelo chamado controle concentrado ou de ação, de forma que podemos aludir que o Brasil adota um *sistema misto*¹ de controle.

Como o cerne do presente estudo encontra-se nas denominadas formas de controle constitucional concentrado ou, segundo a doutrina mais abalizada, na jurisdição constitucional, o controle pela via de exceção não será amplamente abordado.

Nesse sentido, merece ser lembrado, tão somente, que no controle difuso há o reconhecimento da inconstitucionalidade *incidenter tantum*, ou seja, dentro de um processo comum, para um caso concreto, com efeito meramente *inter partes*, declarando-se a inconstitucionalidade num plano secundário.

Noutra banda, o controle de constitucionalidade pela via de ação, por qualquer de suas modalidades, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, denota-se pela sua maior complexidade, abrangência e relevância dentro da manutenção da ordem constitucional e supremacia das regras e princípios constitucionais.

Feita essa consideração inicial, passemos a análise e apresentação do tema que nos fora proposto, através de uma abordagem acerca das principais características e diferenças de cada qual dos meios de exercício da jurisdição constitucional.

Necessário mencionarmos que muito poderia se difundir nesse estudo acerca de temas tão interessantes e notórios para os dias atuais, quais sejam, o constitucionalismo, a jurisdição constitucional e a crise hermenêutica em nosso direito, contudo, com o intuito de não nos distanciarmos do tema proposto, iremos aqui delimitar a apresentação.

Buscando proporcionar ao estudo maior clareza, bem como a fim de dar-lhe um maior aspecto didático, iremos fazê-lo por meio de tópicos, os quais entendemos mais relevantes, sem pretensão de esgotar por inteiro o tema, no entanto, facilitando a comparação entre cada qual dos pontos a serem apresentados. Senão vejamos.

PREVISÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

A ação direta de inconstitucionalidade possui tratamento constitucional no bojo do art. 102, I, a, da Constituição Federal e é decorrente de um legado do controle de constitucionalidade já existente em nosso ordenamento, porém, com notória relevância na Carta de 1988, conforme se perceberá no decorrer desse estudo.

Por ser uma forma de controle de constitucionalidade pré existente à nova ordem de 1988, ainda que de forma mais precária, a ADIN teve sua aplicabilidade imediata, recebendo regulamentação pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, até posteriormente, ser tratada de forma particular pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Em contra partida, a ação declaratória de constitucionalidade não é criação do constituinte originário, advinda à nosso sistema por meio da Emenda Constitucional nº 03/93, a qual ampliou, ainda mais, a atuação do Supremo como Corte Constitucional efetivamente voltada para o controle da constitucionalidade.

Entretanto, por ser mecanismo de controle novo em nosso ordenamento constitucional, tal instrumento aproveitou-se das normas referentes à ADIN até a promulgação da lei retro mencionada.

No que concerne à arguição de descumprimento de preceito fundamental mencione-se que a mesma continha previsão originária desde o momento da promulgação da Carta vigente, em seu art. 102, parágrafo único, a qual passou a ser § 1º após a aprovação da EC nº 03/93.

Todavia, o relevante instrumento de proteção das normas constitucionais não pode ser utilizado até o final do ano de 1999, tendo em vista a inexistência de regramento processual que assim possibilitasse, quando então foi editada a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro daquele ano.

Saliente-se que o não aproveitamento da ADPF se deu em razão de interpretação, ao nosso ver equivocada, do Supremo Tribunal, segundo o qual tal instrumento de controle era previsto por uma norma constitucional de eficácia limitada, dependendo de previsão infraconstitucional², que, tão somente, se deu em 1999.

Mencione-se como nota, aliás, que segundo nosso pensar, mais uma vez, a Corte Maior obstaculiza a realização do controle de constitucionalidade, criando barreira *a priori* superável para esse fim, objetivando afastar-se da prestação da tutela da norma constitucional que lhe é atribuída pelo Diploma Máximo, em razão do avolumado número de feitos, o que, por óbvio, nos leva a pensar na criação de uma corte eminentemente constitucional.

Corroborando com o entendimento por nós apresentado trazemos à baila a sábia lição de Lenio Luiz Streck³, que ensina, *in verbis*:

“Tudo estava a indicar que não obstante esse problema acerca da interpretação da expressão ‘na forma da lei’, ainda assim, sendo caso de deferimento da ação (arguição), o Supremo Tribunal Federal não poderia furtar-se em examiná-lo e o deferir. Isso porque existem outros procedimentos que poderiam ser aplicados analogicamente à citada ação. Não se pode olvidar, como já referido, que é extremamente paradoxal que um instituto feito para salvaguardar os direitos fundamentais

permanecesse ineficaz por mais de 11 anos pela ausência de norma regulamentadora, ausência essa, que, por si só, já fundamenta a própria arguição de descumprimento de preceito fundamental. Dito de outro modo, a falta de regulamentação, considerada como causa de ineficácia do instituto, já viola, pois, frontalmente, por si, a Constituição.” (grifo nosso)

Em apertada síntese, podemos aludir que a ADIN e a ADPF possuem previsão constitucional originária, sendo a primeira de plano aplicada, com amparo no RISTF e, posteriormente, na Lei 9.868/99, já a segunda ficou inerte até a edição da Lei nº 9.882/99. Ainda, quanto à ADECON, a mesma advém da EC nº 03/93 e valeu-se das regras processuais utilizadas pela ADIN, o que permitiu sua aplicabilidade imediata.

COMPETÊNCIA

A competência em sede de controle de constitucionalidade pela via concentrada no ordenamento constitucional pátrio é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a teor do que estabelece a regra do artigo 102, inciso I, alínea “a”, e artigo 102, §§ 1º e 2º do Texto Máximo.

Nesta feita, encontramos aqui, como não poderia ser diferente, vez que à Corte Maior cabe *precipualemente a guarda da Constituição*, um ponto de semelhança entre os três instrumentos de proteção da ordem constitucional.

LEGITIMIDADE ATIVA

Por se tratar de processo objetivo, como a seguir melhor se explicará quando tratarmos da legitimidade passiva, a Constituição Federal encarregou-se de delimitar aqueles que poderiam ajuizar uma ADIN, trazendo rol exaustivo dos legitimados em seu art. 103.

O rol de legitimados para a propositura da mencionada ação mostrou-se estendido em relação a Carta anterior, a qual em seu bojo fazia menção de que, somente o Procurador Geral da República poderia ingressar a mesma, com o detalhe de que o mesmo poderia ser demitido *ad nutum* pelo Presidente da República, o que fragilizava, em muito, esse instrumento de controle.

A extensão do rol dos legitimados ativos, assim como o Procurador nomeado para mandato de dois anos prorrogável por igual período, foram avanços no controle concentrado de constitucionalidade e, antes de tudo, uma vitória para um povo que vive em um Estado Democrático de Direito.

No entanto, novamente, limitando o exercício da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal entendeu que nem todos os legitimados ativos previstos no art. 103 da Carta Política poderiam, ao bel prazer, ingressar com a ADIN.

A Corte Maior, em diversos julgados, deixou de apreciar o mérito da questão sob a alegação de que o legitimado não guardava *pertinência temática* com o ato normativo impugnado.

Com isso, criou-se uma classificação doutrinária dentre os que possuem legitimidade ativa para o propositura da ADIN, dividindo-os em:

_ legitimados neutros ou universais - não necessitam demonstrar interesse na declaração de inconstitucionalidade, por assim se presumir. São eles: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB e partido político com representação no Congresso Nacional⁴ ;

_ legitimados interessados ou especiais – há necessidade de demonstração da pertinência temática entre o ato normativo a ser impugnado e a função que cada qual exerce. São eles: Mesa

de Assembléia Legislativa dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado e do Distrito Federal, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O rol constante do artigo 103 da Constituição da República fora reiterado pela Lei nº 9.868/99, a teor do estabelecido em seu artigo 2º.

No que se refere à legitimidade ativa para o oferecimento da ADECON, a Constituição de 1988, trouxe em seu artigo 103, § 4º, copiado pelo art. 13, da Lei nº 9.868/99, o rol dos legitimados, quais sejam, o Presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República, ou seja, nem todos os legitimados para ADECON podem propor ADIN, mas o contrário é verdadeiro.

Quanto a ADPF, merece destaque dois pontos principais, quando tratamos da legitimidade ativa nesse instrumento de controle concentrado, sendo o primeiro deles bastante simplório, quer dizer, os legitimados ativos para o ajuizamento da ADPF são os mesmos da ADIN, segundo estabelece o art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99.

Entretanto, a maior observação a ser realizada neste tópico de abordagem encontra guarida no veto presidencial exarado em relação ao inciso II do mesmo art. retro mencionado, o qual mencionava que qualquer cidadão poderia ajuizar a ADPF, dependendo de representação do Procurador-Geral da República.

Por ser um meio peculiar do controle concentrado de constitucionalidade a ADPF guarda características específicas, motivando o veto presidencial ao art. 2º, II, da Lei nº 9.882/99, *in verbis*:

“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”

No entanto, ao que nos parece, o veto presidencial em relação ao inciso II, do art. 2º da Lei da ADPF constitui um verdadeiro retrocesso e impedimento de defesa, pelo cidadão, de seus direitos constitucionalmente consagrados.

Em entendimento paralelo ao aqui apresentado, interessante são os ensinamentos do brilhante Prof. Lenio Luiz Streck⁵, o qual assim leciona:

*“Algumas questões da nova lei merecem ser criticadas, como a da não-permissão de o cidadão ingressar diretamente com a arguição junto ao Supremo Tribunal, dependendo de representação junto ao Procurador-Geral da República, a quem caberá decidir sobre o cabimento do ingresso em juízo do remédio constitucional. Essa vedação de acesso direto ao cidadão decorre do veto do Presidente da República ao inciso II do artigo 2 da Lei. **Evidentemente, o veto presidencial configura uma clara e insofismável restrição ao direito fundamental de buscar junto ao Tribunal Maior o resgate de direitos violados, com o que fica violada frontalmente a Constituição Federal. A negativa de acesso direto do cidadão à jurisdição constitucional através da ADPF configura violação ao próprio dispositivo que estabeleceu a ação. Com efeito, o texto originário da Constituição cuidou de assegurar um mecanismo supletivo de acesso à jurisdição constitucional”.** (grifo nosso)*

Nesta feita, ao nosso ver, o veto foi inoportuno e constituiu uma limitação inconstitucional ao direito dos brasileiros, entretanto, não nos aprofundaremos nesse estudo para não distanciarmos do tema proposto.

LEGITIMIDADE PASSIVA

Nesse tópico o relevante é mencionarmos que os três instrumentos de exercício da jurisdição constitucional, são mecanismos particulares, são ações em que inexistente pólo passivo ou réu, não

há lide propriamente dita, é o denominado processo objetivo e não subjetivo, como lidamos diariamente em nosso labor causídico.

Nos dizeres didáticos do Prof. Roberto Mendes Mandelli Junior⁶, temos o seguinte ensinamento:
“Não existem partes, no sentido de sujeitos que litigam pela defesa de direitos subjetivos, no ‘processo objetivo’ de provocação da jurisdição constitucional”.

Quando versa sobre a ADPF o mesmo doutrinador⁷ retro assim menciona:

No tocante à legitimidade passiva, serão legitimados as autoridades ou órgãos do Poder Público responsáveis pela edição ou realização do ato impugnado.

Já o Advogado-Geral da União funcionará como curador do ato impugnado, segundo parâmetro adotado pelo art. 103, § 2º, da CF, embora lá estabeleça a necessidade quando se tratar de ‘norma legal ou ato normativo’.”

Isso porque o intuito dos mesmos é, simplesmente, a proteção das regras e princípios constitucionais, não objetivando a tutela de qualquer direito subjetivo particular, mas sim, de todo povo brasileiro, em face de atos normativos que configurem transgressão ao Texto Maior, motivo pelo qual, sequer, uma vez proposta a ação não será cabível a desistência da mesma.

CAMPO MATERIAL OU OBJETO

Iniciando a abordagem do tema iremos tecer os comentários pertinentes à ADIN, a qual, a teor do que dispõe o art 102, inciso I, aliena a, tem por objeto a lei ou o ato normativo federal ou estadual em face da Constituição da República.

Neste diapasão, via ADIN, resta inadmissível o controle concentrado de constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais em face da Carta Constitucional.

Porém, em razão do princípio federativo, deve salientar-se que essa espécie de controle é possível de realização perante o Tribunal de Justiça de cada estado-membro, desde que a violação do ato municipal se de em relação à Constituição do Estado, ainda que essa reproduza dispositivo da Constituição Federal, é a chamada representação de inconstitucionalidade prevista no art. 125, § 2º, da Carta Política.

Ainda merece ser estudado o que se deve entender por ato normativo. Saliente-se que o Supremo para a apreciação ou não da ADIN não se fundamenta no nome juris do diploma impugnado, contudo, se faz necessário que o mesmo possua, assim como a lei, generalidade e abstração, motivo pelo qual inexistente controle por essa ação das chamadas leis de efeitos concretos, como, por exemplo, a lei orçamentária.

Mencione-se, outrossim, o caso dos decretos regulamentadores, os quais tratam-se de atos normativos, contudo, secundários, logo, subordinados à lei, razão pela qual o seu vício o leva à ilegalidade e não inconstitucionalidade, sendo, pois, afastado do controle por meio da ação direta de inconstitucionalidade.

Todavia, em sendo o caso de decreto autônomo, a Corte Constitucional irá apreciar a sua inconstitucionalidade, principalmente, porque a modalidade existe por si só, não pressupondo uma lei pré-existente.

Em uma última demonstração relevante acerca do cabimento do controle de constitucionalidade concentrado via ADIN, cumpre-nos aclarar sobre o chamado controle no tempo. Essa espécie de controle leva em conta o período de vigência das leis e atos normativos.

Assim, caso o diploma impugnado seja anterior à promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, estaremos diante de uma situação de recepção ou não da norma, e não sua inconstitucionalidade propriamente dita, de forma que o STF não conhece de tal controle.

Outrossim, caso o diploma seja posterior à promulgação da CF, teremos duas situações. A primeira está fundada na idéia de que proposta a ADIN essa lei seja revogada por outra posterior, caso em que o Supremo reconhecerá a carência superveniente da ação direta. E, a segunda situação, ocorre em havendo a revogação do ato antes do ajuizamento da ADIN, hipótese em que o STF irá reconhecer a carência da ação, desde que não tenha gerado efeitos gravosos.

Em todas as circunstâncias em que pode ser cabível o ajuizamento da ação direta, é indubitável que o legitimado ativo demonstre, cabalmente, a incompatibilidade da lei ou ato normativo federal ou estadual em relação à Constituição Federal.

Conforme podemos denotar pela simples leitura do retro trecho retro, as possibilidades de ajuizamento da ADIN são sempre interpretadas de forma restritiva, motivo pelo qual as observações mencionadas nas notas 9 e 10, a diante trazidas, são pertinentes à essa situação.

Passemos a analisar o campo de cabimento da ação declaratória de constitucionalidade, a qual, desde o momento de sua criação pela EC nº 03/93, foi objeto de críticas da doutrina pátria.

O principal alvo dessas críticas encontrava-se no fato de que, a princípio, todas as normas são constitucionais, em face do controle preventivo a que são submetidas antes de sua entrada em vigência, de modo que *a posteriori* poderia reconhecer-se sua inconstitucionalidade pelo meio adequado.

Outros pontos da ADECON foram vaiados pela doutrina brasileira, como, v. g., a não citação do Advogado-Geral da União_ diferentemente do que ocorre na ADIN_ e a criação constitucional do efeito vinculante, sob a alegação de que este feriria o princípio da livre convicção do Judiciário. Todas as afirmativas retro foram rebatidas pela jurisprudência e hoje não mais constituem obstáculos para o ajuizamento dessa modalidade de controle.

Passando a demonstrar seu objeto, podemos aludir que será apreciada pelo STF em ADECON a lei ou ato normativo federal, exclusivamente, desde que sobre ele recaia um relevante conflito jurisprudencial, de acordo com a trazido pelo art. 102, inciso I, alínea “a”, parte final, da Constituição da República. Nota-se que existe uma delimitação na ADECON se comparada com a ADIN, por força de que àquela estão sujeita, tão somente, as leis ou atos normativos federais.

Lembre-se que para o ajuizamento da ADECON se faz presente o requisito indispensável de demonstração, na peça inaugural, do chamado relevante conflito jurisprudencial (art. 14, III, L. nº 9.882/99), o que, de plano, inviabiliza essa ação logo após a entrada em vigência de uma lei, isso pela falta de tempo hábil para se formar esse relevante conflito de jurisprudências.

Os principais escopos da ADECON encontram-se encravados na idéia de reforço da presunção de constitucionalidade pertinente a toda lei ou ato normativo; assim como impugnar eventual avalanche processual acerca de discussões de matérias em que expressamente se reconheceu a constitucionalidade por essa via, evitando-se aumento exagerado de pleitos e decisões contraditórias, fortalecendo-se a segurança jurídica inerente ao Estado Democrático de Direito do Brasil.

Ora, se fizermos uma análise mais abalizada das possibilidades legais de cabimento da ADIN e da ADECON, bem como em face das inúmeras decisões restritivas do Supremo Tribunal à jurisdição constitucional que lhe é constitucionalmente atribuída, veremos que muitos casos ficaram sem qualquer espécie de controle concentrado de constitucionalidade.

É o que podemos perceber quando tratamos de leis e os atos normativos municipais que violassem diretamente a Carta de 1988, assim como nas hipóteses de diplomas anteriores à Constituição

Federal.

Vicissitudes como essas foram sanadas a partir do momento em que recebeu regulamentação processual a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a qual trouxe importante evolução para o sistema de jurisdição constitucional, principalmente no que tange ao controle de atos não abrangidos pela ADIN e ADECON, muito embora, a Lei nº 9.882/99 tenha conferido discricionariedade majorada ao Supremo para obstaculizar, por vezes, essa ação.

A ADPF tem por finalidade principal evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, quando assume caráter preventivo, a reparação de lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, é a denominada arguição repressiva.

Saliente-se para que exista a possibilidade de ajuizamento da se faz indispensável demonstrar o relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição. Neste diapasão, a ADPF assume aspecto notoriamente residual ou subsidiário (art. 1º, *caput* e parágrafo único, inciso I, Lei nº 9.882/99).

Portanto, será admissível a ADPF quando não houver outro meio eficaz de saneamento da lesividade ou prevenção de eventual e futuro dano. Por isso mesmo é que se admite a ADPF quando, existindo outro meio este se apresente ineficaz pela sua demora.

Neste ponto melhor sorte não teve o legislador infraconstitucional, o qual, reiterou a posição, pouco aconselhável de estender ao Supremo Tribunal o que o mesmo entende, subjetivamente, sobre o conceito de preceito fundamental.

Dessa forma, mais uma vez, o controle de constitucionalidade pela via concentrada, através da ADPF, se vê enfraquecido, pela possibilidade de limitação desse instrumento pela mera liberalidade legal conferida ao STF, o que não é desejável, principalmente por se tratar de um processo objetivo de defesa da Constituição e dos preceitos fundamentais acolhidos pela mesma, sustentáculo do Estado de Direito.

LIMINAR

De maneira inaugural, neste ponto do estudo, merece ser destacado que a proteção cautelar decorre do amplo poder de cautela oferecido ao Órgão Judiciário, no exercício de sua competência, visando dar garantia de eficácia à decisão final, atingindo o escopo jurisdicional de pacificação do grupo social com a efetiva realização e aplicação da justiça.

Ao versarmos sobre tutela cautela em sede de controle de constitucionalidade concentrado, cumpre-nos aclarar que o início de sua previsão em nosso ordenamento constitucional se deu, apenas, com a EC 07/77.

Nos dizeres do conspícuo doutrinador Clèmerson Merlin Clève⁸, a concessão da cautela deve atentar a existência fática de alguns requisitos, vejamos, pois, quais são:

“(a) na plausibilidade jurídica da tese exposta (fumus boni juris), (b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (periculum in mora), (c) na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e (d) na necessidade de garantir ulterior eficácia da decisão.”

A tutela cautelar prestada nos instrumentos constitucionais em tela, via de regra, terá efeito *ex nunc* podendo ser conferida à mesma eficácia retroativa, caso assim entender o Supremo Tribunal Federal.

Postas à análise a matéria introdutória acerca da concessão de medida cautelar em sede das ações instrumentos da jurisdição constitucional, passemos a estudar a medida em cada qual delas.

Em se tratando de concessão de liminar em via de arguição de descumprimento de preceito fundamental, temos a regra expressa do art. 5º, da Lei nº 9.882/99, a qual possibilitou a tutela cautelar nessa modalidade de controle constitucional.

A concessão da tutela cautelar poderá consistir em determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou cessem o efeito de decisões já prolatadas que guardem ligação com a matéria objeto da discussão pela ADPF.

Ainda, tão somente será admissível a concessão da medida cautelar pela via da ADPF, se assim entender pertinente a maioria absoluta dos membros da Suprema Corte, salvo no caso de recesso, extrema urgência ou perigo de grave lesão (art.5º, § 1º, L. 9.882/99), onde o Ministro relator poderá concedê-la *ad referendum* do Tribunal Pleno. O efeito vinculará a todos juízes e tribunais, *erga omnes* (art. 5º, § 3º)

Por sua vez, quando abordamos o aspecto da medida cautelar em sede de ADIN e ADECON, necessário se faz mencionar que a mesma encontra alicerce, respectivamente, na tratativa dos artigos 10 a 12 da Lei nº 9.868/99, além da previsão constitucional consagrada pelo art. 102, inciso I, alínea “p” e, por outro lado, no artigo 21, do Diploma Legal retro aludido.

Assim como ocorre na concessão de cautelar em sede de ADPF, versando a respeito da ADIN, a concessão somente será permitida se aceita pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal, ressalvada as hipóteses antes mencionadas.

Também deve ser trazido à tona a necessidade de manifestação anterior à concessão dos responsáveis pelo ato normativo objeto da ação, a qual restará dispensada em caso de urgência.

Uma última observação em se tratando de medida cautelar em ADIN é que sendo ela concedida, passa a ser aplicada a lei anterior à impugnada, se existente. Caso o Supremo Tribunal entenda que essa aplicação irá causar insegurança jurídica pode ele determinar a não utilização do Diploma anterior, ficando a matéria sem regulamentação específica.

No que concerne à ADECON, poucas considerações a mais poderão ser feitas, haja vista que grande semelhança guarda com o processamento da ADIN, possuindo o mesmo efeito e *quorum* para concessão.

A única ressalva a ser mencionada é que a tutela cautelar concedida em sede de ADECON terá efeito apenas por cento e oitenta dias quando, então, cessará sua eficácia.

Abrindo parênteses aqui um parênteses e dando uma desviada do tema proposto, necessário mencionar o enorme subjetivismo que encontramos nesse, assim como em outros tópicos das leis em comento.

Em que pese a necessidade de edição desses diplomas e a relevância que os mesmos possuem, entendo que, por meio deles, um enorme e inconstitucional poder fora conferido ao Supremo Tribunal Federal, ferindo-se, portanto, o princípio da razoabilidade e da segurança jurídica, tão almejados em um Estado Democrático de Direito.

Principalmente em sede das características das ações constitucionais em apreço, onde o processo é objetivo e a tutela a ser prestada leva em conta a Carta Maior e não interesses particulares ou políticos.

Nesse sentido mencionamos a lição do notório Professor Luiz Alberto David Araújo⁹, a quem é

dirigido este esforço de conscientização da ocorrente diminuição das formas de controle de constitucionalidade:

“...a Lei 9.868/99 trouxe algumas novidades, todas elas deixando a critério do Ministro Relator uma série de providências, que dependerá sempre de seu entendimento, e, nesse passo, a lei foge do critério objetivo, tão desejado pela sociedade brasileira e reflexo de nossa concepção legislativa. Verificamos na lei uma quantidade enorme de ‘poderá’, revelando um poder discricionário dotado de elevado grau de subjetivismo.”

Neste mesmo trilhar, mostrando o subjetivismo e a forte influência política a que é submetida a Corte Constitucional brasileira, principalmente no que se refere à sua forma de composição, cumpre-nos salientar a lição do sábio Prof. Alexandre de Moraes¹⁰, *in verbis*:

“O exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e as condições culturais e políticas nacionais mostraram, ao longo do tempo, que o modelo estrutural importado dos Estados Unidos para a composição e investidura dos membros do STF foi insuficiente para concretizar os direitos constitucionais e carecedor de maior legitimidade popular, sendo superado pelas constituições européias, que não só prevêem uma participação mais efetiva dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na escolha dos membros do Tribunal Constitucional, como também exigem maiores requisitos capacitórios.

*Nessa evolução, seria interessante que a estrutura e composição do Supremo Tribunal Federal se afastasse do modelo americano, aproximando-se do modelo europeu de Tribunais Constitucionais, **por sofrer menos influências políticas**”*

Certamente, o poder de nomeação proporciona aos presidentes uma oportunidade para moldar a direção geral da Corte.” (grifo nosso)

Com esse pensar, em decorrência da combinação temerária entre a impertinência legislativa que conferiu forte grau de subjetivismo às decisões do STF em sede do controle de constitucionalidade, bem como em razão da influência política a que é, inevitavelmente submetida a Corte, é que nos posicionamos de forma antagônica a essa possível arbitrariedade sem controle em nosso ordenamento jurídico, equívoco que poderia ser sanado por meio das competentes modificações legais e constitucionais.

DA DECISÃO FINAL E SEUS EFEITOS

A decisão final em sede das ações constitucionais instrumentos do controle de constitucionalidade deverá atentar a um *quorum* mínimo para sua prolação, segundo o que estabelece os artigos 22 e 23 da Lei nº 9.868/99 e artigo 8º da Lei nº 9.882/99.

Portanto em se tratando de ADIN e ADECON esse *quorum* a ser respeitado é de presentes na sessão, no mínimo, oito Ministros, é o chamado *quorum* de instalação.

Presente esse número mínimo de membros do Supremo, se proferirá a decisão pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade de número não inferior a de seis dos Ministros da Corte. Necessita-se de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade, em atenção ao art. 97, da Constituição Federal, é o chamado princípio da reserva de plenário.

Aduzindo acerca do *quorum* para a decisão em processo de ADPF, a mesma somente será prolatada se presentes, no mínimo, dois terços dos membros do Supremo Tribunal.

Importante salientar que por se tratar de controle concentrado de constitucionalidade, logo, processos objetivos, todos apreciados pela Corte Maior, as decisões finais são irrecorríveis, salvo a hipótese de embargos declaratórios (RISTF, art. 337).

Ainda, é incabível o ajuizamento de ação rescisória em relação a decisão nessas espécies de jurisdição constitucional, a teor do que estabelece o art. 26, da Lei nº 9.868/99 e art. 12, da Lei nº 9.882/99.

Passando para as observações pertinentes às ações em estudo, em primeiro plano analisaremos os efeitos da decisão em ADIN, a qual pode acolher total ou parcialmente o pedido, quando possuirá natureza jurídica de decisão declaratória da inconstitucionalidade.

A declaração de inconstitucionalidade em sede de ADIN pode tanto expelir, por completo, uma norma do sistema jurídico, como pode não proceder qualquer modificação no texto originário da lei, como se demonstrará.

O caso acima mencionado, é o que a doutrina denomina por declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, onde a Corte Constitucional focaliza a inconstitucionalidade, o vício constitucional em outro ponto, que não na própria redação da lei ou ato normativo, *há uma nulidade sem redução de texto*¹¹.

Exemplo típico e muito utilizado para o caso supra narrado é a inobservância do princípio da anterioridade em matéria tributária, onde a exação fora criada de forma acertada, contudo passou a ser exigida sem a observância daquele princípio constitucional, o que acabou por viciá-la, mas não a seu conteúdo ou texto, propriamente dito. A lei será válida para o exercício seguinte, contudo, sua aplicação no primeiro período é inconstitucional.

Outro ponto de saliência para o estudo é que, ao contrário do veto presidencial, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal pode determinar a retirada do texto normativo, apenas, de palavra ou expressão, é o chamado princípio da parcelaridade.

Também, técnica moderna inspirada principalmente no direito constitucional alemão, é a chamada interpretação conforme a Constituição, onde o STF, em verdadeiro controle de constitucionalidade, agindo como legislador negativo e ditando os liames de aplicabilidade da norma.

Interessante lembrarmos, também, que segundo o estabelecido pelo art. 27, da Lei nº 9.868/99, *“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.”*, respeitando-se o princípio da reserva de plenário trazida no cerne do artigo 97, da Carta Maior.

Portanto, com essa vista, percebe-se que a regra do efeito *ex tunc* da decisão em sede de ADIN e também em ADECON pode ser relativizada pela regra acima mencionada.

A bem da verdade, podemos aludir que não se trata de efeito *ex tunc* e nem de *ex nunc*, mas de efeito *sui generis*, propriamente dito, vez que as ações sujeitam a um forte juízo subjetivo dos Ministros, os quais possuem três espécies de efeitos a serem atribuídos às ações constitucionais de controle concentrado¹².

Em relação à ADECON a principal observação a ser aqui mencionada encontra-se no fato de que a mesma possui previsão constitucional para a obtenção de efeito *erga omnes* (também estendido à ADIN) e vinculante aos Órgãos do Judiciário e do Executivo, segundo o fixado pelo art. 102, § 2º, da Constituição Federal.

A grande problemática posta para os efeitos da ADIN e da ADECON é que a Lei 9.868/99, em seu artigo 28, deu tratamento igual a ambas as ações, conferindo efeito vinculante às decisões prolatadas em qualquer delas.

Ocorre que a Carta Maior não conferiu expressamente esse efeito à ADIN, mas tão somente à ADECON, de sorte que o legislador infraconstitucional, por serem semelhantes os regimes,

entendeu ser pertinente essa extensão.

Entretanto, parece-nos que tal extensão por mera deliberação do legislador, realizada através de Diploma infraconstitucional, está viciada pela inconstitucionalidade, pois esta não é a “vontade” da Carta Suprema. Assim, ao nosso ver, o efeito vinculante em sede de ADIN, somente seria possível se previsão constitucional nesse sentido haver por meio de emenda à Constituição.

Tratando da ADPF temos que os efeitos da decisão nesse processo são tratados pelo art. 10 e ss. Da Lei nº 9.882/99, de maneira que pelos §§ do art. 10, podemos perceber que a decisão pode ser exigível antes mesmo da lavratura do acórdão e da publicação na Imprensa Oficial, observada a necessidade dessa medida pelo Supremo.

Sendo a ADPF julgada procedente, o Supremo determinará que as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, passem a interpretar e a condicionar o preceito fundamental da forma em que restou por ele estipulada.

Ainda, a procedência da ação que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo determinará a retirada do sistema jurídico do ato violador da Constituição Federal.

Por fim, segundo determina o art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99, a decisão em ADPF possui *“eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos órgãos do Poder Público”*.

Com o mesmo pensar trazemos a lição do Prof. Mandelli Junior¹³, mencionando:

“A eficácia contra todos ou eficácia oponible erga omnes da coisa julgada estende seus efeitos para além das partes envolvidas no processo.

A eficácia erga omnes confere à decisão uma força obrigatória geral determinando, por meio de um efeito negativo cassatório do ato declarado inconstitucional (ou descumprimento de preceito fundamental), a sua aplicação pelos tribunais e pelos órgãos e agentes do poder político do Estado, sempre que confrontado com a situação que poderia ensejá-lo.

...

Alarga-se, tanto quanto possível, o âmbito subjetivo da coisa julgada, com a extensão de seus limites subjetivos, atribuindo à decisão uma conseqüente vinculação geral, em virtude de lhe conferido o mesmo âmbito do ato sindicado, embora não tenha ‘valor de lei’, pois não a substitui na estrutura do ordenamento jurídico”.

De toda maneira, o descumprimento ou não acatamento, por quem quer que seja, das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em qualquer das ações formadoras do controle de constitucionalidade concentrado pátrio ensejam a propositura de reclamação perante a Corte Maior.

NOTAS DE RODAPÉ CONVETIDAS

1 Afonso da Silva, José. *Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema*, p. 13. Revista Interesse Público, nº. 25, maio/junho 2004.

2 STF, AGRPET 1140 – TO, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJU 31.05.1996 e; STF, PET 1369, Rel. Min. Ilmar Glavão, DJU 08.10.1997.

3 *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 802.

4 Cessada a representação no Congresso Nacional ocorre carência superveniente em sede da ADIN.

5 *Ibidem*, p. 810 e ss.

6 *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*, p. 149.

7 *Ibidem*, p. 153.

8 *Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 237.

9 *Curso de direito constitucional*, p. 37.

10 *Direito e política; nos marcos da interdisciplinariedade*, p. 23- 24, 26.

11 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 571.

12 Ver notas 9 e 10.

13 *Op. Cit.*, p. 172-173.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição: do controle da constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2. ed.. Rio de Janeiro:Renovar, 2001.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de; LOPES DOS SANTOS, André Luiz; ANDRADE, Rogério Emílio de. *Direito e política: nos marcos da interdisciplinariedade*. Campinas: Edicamp, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema*. Interesse Público. Ano 5, nº 25, Maio/Junho de 2004, Porto Alegre: Notadez.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004.