

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 149

janeiro/março – 2001

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e as Leis 9.868/99 e 9.882/99

Nina T. Disconzi Rodrigues

## Sumário

1. Introdução. 2. A evolução do controle de constitucionalidade: breve esboço histórico. 2.1. O surgimento e a evolução do controle de constitucionalidade nas sociedades. 2.2. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3. O controle da constitucionalidade na Constituição Federal de 1988. 4. Moldura do controle existente. 4.1. Modificações introduzidas na moldura constitucional vigente pela Lei 9.868/99. 5. Inconstitucionalidades observadas na Lei 9.882/99, que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental. 6. Considerações finais.

## 1. Introdução

As constituições rígidas, estáveis, escritas, que visam garantir certos valores fundamentais, apresentam uma supremacia incomparável, até por serem obras do poder constituinte originário, e são consideradas “a lei das leis”.

Nessa esteira, questiona-se: o que o controle de constitucionalidade visa garantir? Acreditamos que ele visa garantir, em última instância, o respeito aos direitos fundamentais.

Além disso, tem como escopo a segurança jurídica e a garantia de que o poder é limitado e não arbitrário, a expressão de Estado democrático de Direito: o poder limitado e estabelecido na própria lei. Talvez essa garantia tenha-se inspirado nas idéias de Lassale: de que se precisa garantir a força normativa da Constituição para que ela seja

Nina T. Disconzi Rodrigues é Advogada e Mestranda da Universidade Federal de Santa Catarina.

mais que uma carta de intenções previstas em uma folha de papel.

Buscar-se-á demonstrar que a análise acerca da evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil nos faz perceber que a Constituição Federal de 1988 deu preferência ao controle concentrado, até porque o controle difuso, sem a sistemática do *stare decisis*, é contrário à segurança jurídica e, pois, insuficiente. Sendo assim, pouco a pouco, o Supremo Tribunal Federal vai ganhando ares de verdadeira Corte Constitucional, que tem a importante função de dar a última palavra no que concerne à interpretação da nossa Carta Magna.

E, por derradeiro, analisar-se-ão as recentes leis: 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento das ações diretas no Supremo Tribunal Federal, matéria até o presente momento, carente de maiores atenções, e a lei que veio para instrumentalizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, Lei 9.882/99.

## *2. A evolução do controle de constitucionalidade: breve esboço histórico*

### *2.1. O surgimento e a evolução do controle de constitucionalidade nas sociedades*

Importa salientar que a evolução e o controle da constitucionalidade foi idealizado aos poucos de acordo com o desenvolvimento, inclusive, da ciência política e fins do Estado.

Como se sabe, a Constituição, durante um largo tempo, funcionou apenas como algo ideal, um referencial formal que garantisse os direitos fundamentais em dada sociedade e momento histórico, e não como um real instrumento jurídico-político de atuação material na sociedade como ponto de referência de todo um ordenamento jurídico.

À exceção dos Estados Unidos da América do Norte, que desde o século XIX reconheceu o controle de constitucionalidade das leis, os demais países do Ocidente só

vieram a reconhecê-lo no século XX, como forma de superar as graves distorções sociais apresentadas pelas nações, as quais se viam à mercê da vontade do legislador e longe do cumprimento dos grandes princípios valorizados pelo liberalismo: a liberdade e a igualdade. As ordens jurídicas dos países civilizados, no século XX, pois, passaram a ter como marco de referência a constituição e não as leis (RAMOS, 2000, p. 25-29).

No tocante ao controle da constitucionalidade ser garantido por uma constituição escrita, interessante constatação foi feita por Ramos (2000, p. 25-29), em seu estudo monográfico: a assertiva de que o controle da constitucionalidade das leis tem como ambiente favorável a constituição escrita não é de toda verdadeira se se tem em vista a Inglaterra, pois que esta desenvolveu o constitucionalismo moderno sem uma constituição, uma vez que garante aquilo que mesmo os países que possuem constituições escritas rígidas não conseguem garantir: os direitos dos cidadãos por meio do controle de poder, tendo por base a dignidade do ser humano, que deve ser a lei maior da sociedade.

O controle da constitucionalidade das leis pode ser atribuído, por sua vez, a um órgão político ou a um órgão jurídico, e pode ser também anterior à promulgação das leis ou posterior, ou seja, repressivo ou preventivo.

Como informa Cappelletti (1984, p. 27-29), a França desconheceu, e desconhece ainda hoje, o controle judicial de constitucionalidade das leis. Possui apenas um órgão político, cujos integrantes são indicados pelo Presidente da República e pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado. Juntam-se a esses os ex-presidentes da República. O posicionamento desse órgão político é necessário antes da promulgação das leis orgânicas e facultativo nos demais casos, porém, em sendo chamado a posicionar-se, nas situações em que a sua consulta é facultativa, e decidindo pela inconstitucionalidade de uma lei ou tratado,

sua decisão deve ser acatada, só podendo a lei ser considerada constitucional com a alteração da Constituição. Logo, nesse país os juízes não possuem o controle de constitucionalidade das leis. No entanto, apesar da inexistência do controle judicial de constitucionalidade nesse país, não se tem notícia, na atualidade, de abusos contra as garantias e direitos fundamentais.

De outro prisma, cumpre informar que o controle preventivo procura impedir o ingresso de normas contrárias à Constituição na ordem jurídica. Ele é realizado, pois, antes que o ato normativo se aperfeiçoe. Refere-se, portanto, a projetos de leis.

A nossa Carta, na linha das Constituições anteriores, introduziu em seu sistema normativo um tipo de controle político, preventivo, exercido pelo Presidente da República, por meio do veto (art. 66 da CF). Moraes (2000, p. 558), entende serem as Comissões de Constituição e Justiça também uma hipótese de controle preventivo, cuja função precípua é analisar a compatibilidade de projeto de lei ou proposta de emenda com o texto da Constituição (art. 58 da CF).

Já o controle repressivo, que ocorre depois de já aperfeiçoado o ato normativo, podemos dizer, por ora, que visa suprimir do sistema a norma violadora da lei fundamental. Por que meios se expunge do sistema normativo as leis inconstitucionais? Por meio dos chamados sistemas difuso ou concentrado.

O sistema americano se caracteriza por um controle difuso da constitucionalidade das leis, já que pode ser efetuado por qualquer integrante do Judiciário, embora a decisão final sobre a constitucionalidade das leis seja atribuição da Suprema Corte, que tem a capacidade de estender a sua decisão num caso concreto a outros semelhantes.

Em considerando uma lei inconstitucional, é como se ela nunca tivesse existido. Assim, acatando os recursos e decidindo sobre os casos concretos, a Suprema Corte Americana impõe aos juízes e tribunais a força vinculante de sua decisão (*stare deci-*

*sis*). Logo, o controle difuso teve origem no direito americano.

Ocorrerá o controle concentrado quando apenas a um órgão – o órgão de cúpula – do Poder Judiciário é conferido o poder de examinar a alegação de inconstitucionalidade. O modelo concentrado tem origem na Constituição da Áustria de 1920, sob a inspiração de Hans Kelsen.

## 2.2. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro

A Constituição de 1824 ignorou o controle de constitucionalidade das leis. Apegados a teoria da separação de poderes, não reconheceram o Judiciário como guardião da Constituição.

Com a Constituição de 1891 e leis posteriores, tais como a Lei 221 de 20 de novembro de 1894, ficou consolidado, no direito brasileiro, o sistema de controle difuso de constitucionalidade. Convém observar que era inequívoca a consciência de que o controle de constitucionalidade não se havia de fazer *in abstracto* (MENDES, 1998, p. 233 -).

O constitucionalista de 1934 manteve, em seu artigo 76, III, *b e c*, as disposições contidas na Constituição de 1891, ademais, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos Tribunais (MENDES, 1998, p. 233 -), inaugurando, dessa forma, o controle concentrado.

Importante alteração introduzida, portanto, foi a declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal, ou seja, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nos casos do art. 7º, I, *a a h* (MORAES, 2000, p. 558).

Cuidava-se, pois, de forma peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionavam a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado, à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo.

Por outro lado, a Constituição consagrava a competência do 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, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, o controle de constitucionalidade das leis, desde a instauração da República até a promulgação da Constituição de 34, foi judicial, difuso e incidental. Dele participaram o Supremo e os Tribunais e Juízes federais, razão pela qual o controle era difuso. Com a Reforma de 1926, nele ingressaram os Tribunais estaduais, porém o controle era apenas incidental.

Nessa esteira, cumpre informar que entende Barbi (1968, p. 38), que a intervenção federal não caracteriza o controle de constitucionalidade por via de ação, isso porque lhe faltam algumas características desta.

Os autores são unânimes em afirmar que a Constituição de 1937 representou um recuo no direito e política brasileiros, uma vez que, como informa Mendes (1998, p. 236), embora a Constituição 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, consagrando no artigo 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubstituível a decisão do Tribunal.

Na Constituição de 1946, restaura-se a tradição do controle judicial no direito brasileiro.

Segundo Barros (Op. cit.), a chamada representação interveniva, criada pela Constituição de 1934 e presente na de 1946, via

direta de controle, foi introduzida com o nome e a natureza não de uma ação, mas de uma representação de inconstitucionalidade, que o Procurador-Geral da República, na qualidade de Chefe do Ministério Público, e, portanto, máximo guardião da lei, deveria encaminhar ao Supremo Tribunal Federal, o chamado guardião da Constituição. Logo, por ser uma representação, não havia autor, nem réu, nem contraditório, nem ampla defesa, porque não se tratava de pôr a lei no banco dos réus e julgá-la pelo processo judicial tradicional, que não teria cabimento, nesse caso abstrato e geral. Ainda segundo o professor paulista, a suspeita de inconstitucionalidade, levantada pelo Procurador-Geral, era, na verdade, uma espécie de “queixa” por ele feita em nome da sociedade ao “guardião da Constituição”.

Informa Ramos (2000, p. 67-8), quanto ao controle de constitucionalidade das leis, que o artigo 64 da Constituição de 1946 incumbiu o Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

No referente à intervenção, informa o monografista que a função do Supremo Tribunal Federal deixou de ser a de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção para ser a de declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual. Mas, continuou só sendo possível a intervenção após a manifestação do Supremo Tribunal Federal, que era provocado pelo Procurador-Geral da República.

Quanto à declaração de lei ou ato normativo estadual, declarado pelo Supremo, após provocação do Procurador-Geral da República (na Constituição de 46, exercia a função de chefe do Ministério Público Federal), até então cargo de confiança do Presidente da República, portanto demissível *ad nutum*, o Congresso poderia limitar-se a suspender a execução do ato inconstitucional, caso a medida bastasse para o restabelecimento da normalidade do Estado.

Cabia a intervenção federal no caso de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição de reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8º, parágrafo único, c/c com o art. 7º, VII).

No entender de Mendes (1998, p. 239), cuidava-se de aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado, e a arguição de inconstitucionalidade teve ampla utilização no regime de 46. Colocaram-se de plano questões relativas à forma de arguição e à sua própria caracterização processual. Questionava-se, igualmente, sobre a função do Procurador-Geral da República e sobre os limites constitucionais de sua arguição.

No tocante à necessidade de se formular requerimento ao Procurador-Geral, o Chefe do Ministério Público Federal acolheu a orientação de que a medida fosse provocada, o que foi feito por meio de pedido devidamente justificado.

Ademais, como o Chefe do Ministério Público era o único legitimado para propor a ação, ela não poderia ser arquivada, mas, ao revés, deveria ser submetida ao Supremo, ainda que com parecer contrário do Ministério Público.

Informa, nesse passo, Ramos (2000, p. 68), que, antes da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, a arguição de inconstitucionalidade era específica para exame de legislação estadual ofensiva da Constituição Federal. Porém, o art. 2º da referida Emenda, ao modificar a alínea K do inciso I do art. 101 da Constituição de 1946, deu maior amplitude ao instituto. Isso porque, com a nova redação, o Supremo Tribunal Federal passou a ter a competência para processar e julgar representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de nature-

za normativa federal ou estadual encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Noutra ponta, instrui o monografista, o inciso XIII do artigo 19 dessa mesma Emenda ampliou o controle, pois admitiu que a lei poderia instituir processo de competência originária do Tribunal de Justiça dos estados para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de município contrários à constituição estadual. No entanto, a legislação não foi elaborada.

A maioria dos doutrinadores pátrios, acerca do controle de constitucionalidade, são unânimes em afirmar que a Emenda nº 16, de 26/11/65, implantou no Brasil um verdadeiro controle de constitucionalidade de ato normativo federal e estadual, em abstrato, em face da Constituição Federal.

Barbi (p. 41), viu na ação declaratória de inconstitucionalidade um grande reforço dos poderes do Executivo Federal. Este frequentemente vetava os projetos de lei que entendia inconstitucionais, mas o Congresso rejeitava o veto, e não tinha o Chefe de governo meios legais simplificados de evitar a aplicação da lei considerada inconstitucional. Com a ação direta de inconstitucionalidade das leis, o regime militar viu-se fortalecido, na medida em que provocava o Supremo, que era completamente submisso ao Executivo.

A Constituição de 1967/1969 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso e a ação direta subsistiu, tal como prevista na Emenda nº 16 de 65.

A representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República, informa Mendes (1998, p. 249-50), 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, 1ª parte).

A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, § 2º). Preservou-se o con-

trole de constitucionalidade em abstrato, tal como estabelecido pela Emenda nº 16 de 1965 (art. 119, I, L).

A Constituição de 1967 não incorporou a disposição da Emenda nº 16, que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos estados, para declaração de lei ou ato dos municípios que contrariassem as Constituições dos estados. A Emenda nº 1 de 1969 previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição estadual para fins de intervenção no município (art. 15, § 3º, d).

A Emenda nº 7 de 1977 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 (art. 119, I, e).

Por derradeiro, a Emenda nº 7 pôs fim à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo expressamente a competência do Supremo Tribunal para deferir pedido de cautela, formulado pelo Procurador-Geral da República (CF 1967/1969, art. 119, I, p).

### 3. O controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988

Constatam-se presentes em nossa Constituição mecanismos de garantia dos direitos nela declarados, por meio, por exemplo, do mandado de segurança individual e coletivo, do instituto de *habeas corpus* e *habeas data*, da ação civil pública e da ação popular, nesse contexto é que se inserem as ações aptas a ensejar o controle de constitucionalidade, abstrato e difuso.

No entanto, acredita-se que a CF/88, ao ampliar o número de legitimados para propor Adin e, recentemente, regulamentá-la, reduziu o significado do sistema incidental e difuso.

Como se demonstrou, antes da Constituição Federal de 88, somente ao Procurador-Geral da República era facultado, em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis, provocar o Supremo Tribunal Federal para apreciar a inconstitucionalidade de uma lei em tese. E, como já foi salientado, ele era demissível *ad nutum*, portanto, funcionário de confiança do Presidente da República. Assim, era o Executivo quem, de fato, tinha a faculdade de questionar a constitucionalidade de uma lei em tese. Sem falar que os Ministros do Supremo, desde aquela época, eram nomeados e escolhidos pelo Presidente.

Conscientes dessa situação, os Constituintes de 1988, na luta por uma sociedade mais livre, justa e democrática, aumentaram o número de legitimados para propor a Adin, consoante se observa com um simples passar de olhos no artigo 103.

Cumprir observar também que, em sede de controle abstrato, o processo é objetivo, não há partes, pois a preocupação é com a ordem jurídica constitucional, que deve ser respeitada, e a ação apresenta, em nosso entendimento, natureza dúplice. Assim sendo, questiona-se a necessidade da citação do Advogado-Geral da União, para defesa do ato ou texto impugnado (art. 103, § 3º), pois, se não há partes, não se coloca a lei no banco dos réus.

Nesse opúsculo, a nossa preocupação maior é com a disciplina do controle abstrato, pois, em nosso ponto de vista, o legislador pátrio a privilegiou em nosso ordenamento, dada a segurança que ela proporciona; isso tanto é verdade que a Adin e a Adecon, recentemente, foram motivo de regulamentação, bem como a arguição de descumprimento fundamental: as leis 9.868/99 e 9.882/99, que serão objeto de item posterior.

Porém, em rápidas pinceladas, a fiscalização incidental consiste na possibilidade de se efetuar o controle de constitucionalidade das leis diante de um caso concreto, ou seja, diante de um processo instaurado em virtude de um conflito de interesses, po-

dendo ser efetuado por qualquer juiz ou tribunal, e está presente em nosso país, como foi demonstrado, desde a proclamação da República e graças ao insigne Rui Barbosa.

A Constituição Federal, no § 3º do artigo 103, determina que, quando o Supremo apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo federal ou estadual, citará, previamente, o Advogado-Geral da União (criação da CF/88), que defenderá o ato ou texto impugnado. A Constituição, também no art. 103, § 1º, faz alusão à figura do Procurador-Geral da República, que deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Como informa Ramos (2000, p. 93), quando o Procurador-Geral argüir a inconstitucionalidade de uma lei, será ouvido antes da decisão do Supremo, funcionando aí como *custus legis*.

Por outro lado, como bem observa Nogueira da Silva (1992, p. 107 e ss), o texto constitucional vigente de fato eliminou a subordinação do Procurador-Geral da República ao Poder Executivo, pois, apesar de a sua nomeação continuar de livre escolha do Presidente da República, ele precisa ser aprovado pelo Senado, e passou a ter um mandato fixo de dois anos, podendo ser reconduzido. Consoante, inclusive, a nova natureza do Ministério Público, que deixou de ser vinculado ao Executivo, como era até a Constituição anterior. Contribui para essa certeza o fato de a própria Constituição Federal estatuir a legitimidade do Presidente da República para propor Adin. Porém, é verdade que o Procurador-Geral continua apreciando na sua ótica jurídica o cabimento dos pedidos de representação, que lhe são encaminhados pelas pessoas em geral.

Quanto aos efeitos, a declaração de inconstitucionalidade de lei tem eficácia *erga omnes* (atinge a todos) e efeito *ex tunc* (retroage ao momento da constituição do fato), respeitadas as situações já devidamente constituídas de acordo com sentença judicial

transitada em julgado, respeitando-se assim o princípio da segurança jurídica.

Nogueira da Silva (1992, p. 107 - ), é da seguinte opinião: quando o Procurador-Geral era o titular exclusivo da Adin, fazia sentido estender eficácia *erga omnes* da declaração em ação direta, e, em função dessa eficácia da declaração, cumpre lembrar que, a partir de 1977, permitiu o regulamento interno que o Supremo passasse a dispensar a comunicação ao Senado, para os efeitos do artigo 42, VII, da CF.

Porém, o fato de a CF/88 ter ampliado a legitimação fez com que, em sua opinião, quando os outros legitimados propõem Adin, a eficácia *erga omnes* ficasse a depender do ato de suspensão, pelo Senado, da execução da lei inquinada, principalmente em face do artigo 52, X.

Cumprе ressaltar que tal opinião é minoritária. Mendes (1998, p. 376-418) e Clève (1995, p. 56), entendem tal concepção ultrapassada, pois tal instituto se inspirava no princípio da separação de Poderes. Mendes entende que a suspensão da aplicação da lei pelo Senado se limita aos casos de declaração incidental de constitucionalidade, o que concordamos, pois entendemos que, no caso incidental, ela, a resolução do Senado, de uma certa forma, substitui o *stare decisis* do direito americano.

Logo, entendemos que o Senado, na etapa em que lhe compete atuar, forma livremente o seu convencimento político sobre a conveniência e oportunidade de se estender a todos e para o futuro, aquilo que o Supremo declarou com eficácia restrita às partes. Moraes (2000, p. 564), cita que Ferreira Filho, Celso Bastos, Michel Temer, Lúcio Bitencourt e Alfredo Buzaid compactuam da idéia que a atividade senatorial, no caso incidental, é juridicamente vinculada e exercida em caráter compulsório.

A ação declaratória de constitucionalidade das leis foi admitida no direito brasileiro a partir da Emenda nº 3/93. Os legitimados ativos para propor tal ação são em menor número do que na Adin: o Presiden-

te da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. Entendemos que tal ação possui o mesmo caráter duplice da Adin, pois há, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade, a saída do ordenamento jurídico, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

Remanesce, porém, a questão referente à possibilidade de o Estado-membro instituir a ação declaratória de constitucionalidade para aferição de legitimidade do direito estadual ou municipal em face da Constituição Estadual.

Por outro lado, a CF/88 resolveu a controvérsia sobre a possibilidade de se instaurar o controle abstrato das normas municipais ou estaduais contrárias às Constituições Estaduais; compete ao Tribunal de Justiça local processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade (CF/88, art. 125, parágrafo 2º).

A hipótese de lei ou ato normativo municipal contrários, diretamente, à Constituição Federal não está prevista no art. 102, I, *a*, nem no art. 125, § 2º, portanto, descabe ação direta de inconstitucionalidade nesse caso. O único controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal admitido é o difuso.

Por outro lado, à guisa de informação, vale ressaltar que está excluída do controle de constitucionalidade, por óbvio, a súmula, porque não apresenta as características de ato normativo.

Cumpra observar que as normas do processo legislativo constitucional, previstas nos artigos 59 a 69 da Constituição Federal, possuem eficácia plena e imediata, vinculando a atividade do legislador na elaboração das diversas espécies normativas em respeito ao devido processo legislativo. Assim, é indiscutível o controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, em relação a normas elaboradas em desrespeito ao devido processo legal, inclusive, por óbvio, sobre as emendas constitucionais, mesmo antes de serem votadas em sede de controle

abstrato, se o legislador reformador respeitou os parâmetros fixados no artigo 60 da Constituição Federal para alteração constitucional.

Interessante notar que informa Moraes (2000, p. 585), que, em relação aos decretos presidenciais (CF, art. 84, IV), o Supremo Tribunal Federal, após consagrar o entendimento de que existem para assegurar a fiel execução das leis, entende possível o controle concentrado de constitucionalidade dos denominados “decretos autônomos”, afirmando que, “não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição exige”.

Consoante o sistema de garantias e direitos que institui, a Carta Magna inovou nossa tradição constitucional ao prever, em seu artigo 102, parágrafo único, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, que será apreciada pelo Supremo, na forma da lei.

#### *4. Moldura do controle constitucional existente*

Exsurge do supramencionado, pois, que no direito constitucional brasileiro, no sistema difuso, a sentença do juiz meramente declara uma nulidade preexistente, com efeito retroativo *ex tunc* e *inter partes*; o ato, portanto, é considerado nulo desde a origem e as suas conseqüências são impedidas e reparadas desde então. Porém, como já foi salientado, há a possibilidade de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo (art. 52, X) se o Senado editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal, que terá efeitos *erga omnes*, porém *ex nunc*.

O outro sistema abarcado pelo direito brasileiro é o concentrado; como já foi men-

cionado, o controle se faz abstratamente, por via direta, e a inconstitucionalidade é discutida, em tese, com efeito *ex tunc* e *erga omnes*, sendo, pois, o controle, misto. Consoante informa Moraes (2000, p. 577), são quatro as espécies de controle concentrado contempladas pela Constituição Federal: a ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, *a*); a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, *in fine*, EC nº 3/93).

Insta observar que, consoante assertiva de Barros (Op. cit.), a partir da Constituição de 1988, em que foi instituído o Advogado-Geral da União, já mencionado anteriormente, houve a transformação de uma simples reclamação em uma verdadeira ação judicial direta de inconstitucionalidade; porém, a prática do Supremo, consagrada pelo Constituinte de 87/88, esqueceu que, nesse tipo de feito, o Supremo profere decisões de natureza político-jurídica e não puramente jurisdicional; logo, tais decisões devem ter os seus efeitos graduados e modelados no tempo, em conformidade com a necessidade política, assim os efeitos da ação de inconstitucionalidade, em abstrato, podem ser *ex tunc*, *ex nunc* ou para o futuro, em sua ótica. Segundo ele, em qualquer sistema, toda decisão sobre a constitucionalidade tem ingredientes políticos.

Ademais, não se pode perder de vista que a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo, pois, uma finalidade de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal; por isso, em face de sua natureza e finalidade, a ação direta não é passível de desistência, não se sujeitando, por óbvio, o seu ajuizamento a qualquer prazo prescricional ou decadencial.

A ação declaratória de constitucionalidade destina-se a afastar a insegurança jurídica ou incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a

ordem jurídica constitucional. Logo, se um dispositivo legal está sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se o controle difuso da constitucionalidade, uma vez que declarada a constitucionalidade da norma, o Judiciário e também o Executivo ficam vinculados à decisão proferida. É preciso, pois, demonstrar para o seu ajuizamento a comprovada controvérsia judicial que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame.

Importa atentar também que para alguns dos legitimados do artigo 103 da Constituição o Supremo Tribunal Federal exige a presença da chamada “pertinência temática”, definida como o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação. Exige-se a prova da pertinência temática por parte da Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Os demais, previstos no art. 103, são chamados de legitimados universais, porém, insta observar que, no caso em tela, não se trata de questão de legitimidade de parte, mas sim de interesse processual a ensejar o vínculo de pertinência; a legitimação consta no artigo 103 da CF. Há controvérsias, no concernente aos partidos políticos, da necessidade de comprovação do vínculo de pertinência temática.

Acreditamos que, no caso de se exigir a pertinência temática para as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, fere-se o princípio constitucional da isonomia, pois onde a Constituição não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo, mesmo sendo esse intérprete o guardião da Constituição.

Ademais, o artigo 30 da Lei 9.868/99 acrescenta dispositivos à Lei 8.185/91, sendo assim, é passível a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito federal em face da sua lei orgânica e também se exige o vínculo de pertinência temática por parte das entidades sindicais ou de classe de atuação no Distrito Federal.

#### 4.1. Modificações introduzidas na moldura constitucional vigente pela Lei 9.868/99

Em princípio, cumpre ressaltar que essa Lei veio a regulamentar o processo e julgamento da Adin e da Adecon (previstas nos artigos 102, I, *a*, § 2º e art. 103 da CF). Logo, ela, para estar incólume da pecha de ser considerada inconstitucional, deve estar balizada no texto da Constituição. Entendemos também que, na verdade, ainda é muito cedo para se prever os contornos que essa Lei terá em face da sua aplicação e interpretação conforme à Constituição. Todavia, há algumas inovações marcantes, como o artigo 27, por exemplo, que preleciona, *in verbis*:

“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”.

Os Tribunais Constitucionais são, sem sombra de dúvida, em nosso entendimento, órgãos, além de judiciais, políticos. Por ser um órgão judicial, suas decisões geram efeitos; esses efeitos, sob o aspecto temporal ou no tocante a sua amplitude (efeito *erga omnes*), previstos no artigo 27 em comento, modificaram a moldura constitucional do nosso país, na medida em que a declaração pelo Supremo da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual gerar não mais efeitos necessariamente *ex tunc*. Compactuamos, portanto, do entendimento já mencionado do professor Barros (op. cit., bibliografia), que, de acordo com a necessidade política, as decisões do Supremo terão efeitos graduados e modelados no tempo, podendo ser *ex tunc*, *ex nunc*, para o futuro ou conforme entender o Supremo Tribunal.

No entanto, por dar a Adin um efeito não previsto na Constituição, entendemos que

deveria tal modificação ter sido veiculada via emenda constitucional e não lei ordinária. Acreditamos também que, embora se chame ação *declaratória* de constitucionalidade ou *declaratória* de inconstitucionalidade, essa declaração não pode ser interpretada nos moldes do processo civil, no sentido de ter necessariamente efeito *ex tunc*, por se tratar de uma ação cabível somente em âmbito concentrado e por órgão, não apenas jurídico, mas também político, pela mais alta Corte.

No que se refere ao efeito vinculante, que desde logo, vale ressaltar, é mais amplo que a eficácia *erga omnes*, previsto no parágrafo único do artigo 28, significa em nosso ponto de vista que, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, magistrados e Tribunais, após a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, as suas decisões, no caso do controle difuso, deverão pautar-se pela interpretação constitucional da Suprema Corte.

O legislador, inclusive, deverá legislar respeitando a interpretação dada pelo Supremo. Porém, mais uma vez nos posicionamos no sentido de que tão importante modificação na Adin, já que o efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, no caso da Adecon, já está previsto no texto constitucional, só poderia ser veiculada por emenda constitucional, a exemplo da Emenda constitucional nº 3/93, pois altera a natureza e o alcance de uma norma constitucional.

Segundo Mendes (<http://www.planalto.gov.br>, op.cit.), o efeito vinculante trata-se de instituto jurídico desenvolvido no direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão (efeito *erga omnes*, limites objetivos e subjetivos da coisa julgada), mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes. A eficácia *erga omnes* à declaração de nulidade de uma lei não obsta a repetição de seu con-

teúdo em outro diploma legal. Porém, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o Tribunal conferiu à Constituição.

Resta aos operadores jurídicos observar quais os contornos que esse instituto tedesco assumirá em nossa moldura constitucional. Provavelmente irá contribuir para que a jurisdição constitucional se torne precária, no sentido de dificultar um estabelecimento de limites; portanto, entendemos quase impossível a determinação dos limites à extensão do efeito vinculante, o que virá a ser entendido por “motivos determinantes” no direito pátrio.

Não podemos esquecer, ainda no tocante ao efeito vinculante, que a competência do Tribunal se limita a verificar se houve ou não ofensa à Constituição, e ao analisar os “motivos determinantes”, se o Tribunal não tiver um grande cuidado, poderá rever toda a matéria discutida, inclusive o que não diz respeito à Constituição. Ademais, tão importante modificação deveria ter sido realizada via emenda constitucional.

No tocante à concessão de medida cautelar, mais uma vez se percebe a intenção do legislador: transformar o Supremo Tribunal Federal em autêntica Corte Constitucional, na medida em que lhe dá amplos poderes para decidir, como no artigo 11, parágrafo primeiro: a medida cautelar será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deverá conceder-lhe eficácia retroativa.

Vale ressaltar também que o artigo 12 preceitua que, havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá submeter o processo diretamente ao Tribunal, que, conforme o caso, poderá suspender, de imediato, a eficácia do ato legislativo. Essa providência autoriza o Tribunal a deliberar sobre a constitucionalidade ou não de Medida Provisória, antes mesmo que se converta em lei. Resta saber se o Supremo

tem real interesse em dar um basta ao “governo das Medidas Provisórias”.

No referente à lei em comento, resta demonstrar que o seu artigo 7º, parágrafo 2º, dá ao relator poderes para admitir a manifestação do *amicus curiae*, no processo de ação direta, o que é algo positivo, inclusive para a celeridade processual e certeza jurídica. Informa Nery Junior (2000, p. 505), que o *amicus curiae* é uma figura que se originou no direito anglo-saxão e que intervém no processo no sentido de colaborar com a Corte Suprema, deduzindo razões, memoriais, juntando documentos, podendo fazer tudo o que estiver ao seu alcance para ajudar o Pretório Excelso no encaminhamento das questões relativas ao controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Importa fazer uma observação, que, no âmbito recursal, precisamos ter em vista o artigo 26 da referida lei, que preceitua ser irrecurável a decisão declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ressalvada apenas a interposição de embargos, não podendo também ser objeto de ação rescisória.

Urge que se perceba que o supramencionado é corolário lógico do controle de constitucionalidade pela mais alta Corte em nosso país; porém vale observar que estamos em sede de controle abstrato e que isso nada tem que ver com os recursos cabíveis em eventual recurso extraordinário; tal decisão proferida incidentalmente como questão prejudicial vale para o caso concreto e pode ser impugnada pela ação rescisória (art. 585 do CPC).

Por derradeiro, cumpre salientar que hoje o processo das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade correspondem a nova moldura constitucional do controle de constitucionalidade, em partes já mencionadas; entendemos que deveriam ser revogadas e veiculadas via emenda constitucional, em virtude de regulamentarem o artigo 102, I, *a* e 103 da Constituição. Revogada, de qualquer forma, está a Lei 4.337/64.

### 5. Inconstitucionalidades observadas na Lei 9.882/99, que regulamenta a argüição de descumprimento de preceito fundamental

Cumprе ressaltar, *ab initio*, que a Constituição determina que a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na forma da lei.

Trata-se, pois, de norma constitucional de eficácia limitada, que depende de edição de lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição. E é de sapiência pública no meio jurídico, principalmente, que o Congresso Nacional editou a Lei 9.882/99 com o fito de instrumentalizar o preceito constitucional previsto no artigo 102, § 1º. É, na verdade, um novo arsenal de defesa aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

O parágrafo 1º do artigo 4º preleciona: “Não será admitida a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Logo, insta observar que esse mecanismo de efetividade dos direitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como a Adin e a Adecon.

O artigo 3º indica o que deve conter a petição inicial e o artigo 1º, parágrafo 1º, preleciona que “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Como o legislador não restringiu, ensinam as regras de hermenêutica que não cabe ao intérprete fazê-lo. No entanto, percebe-se que o alcance dado nesse dispositivo da lei que regulamenta a argüição de descumprimento de preceito fundamental é maior, inclusive, que na lei que regulamenta a Adin e a Adecon.

Esse dispositivo previsto no artigo 1º, parágrafo primeiro, possibilita argüir o descumprimento de preceito fundamental, em sede abstrata, ao Supremo Tribunal Fed-

ral, a um ente municipal, o que até o presente momento não havia previsão. Não podemos esquecer que não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Compactua da nossa opinião Moraes (2000, p. 612). Afirma ele que o legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo, que somente podem ser fixadas pelo texto constitucional. Manobra essa, segundo as suas palavras, “eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição”.

O texto constitucional é muito claro quando preceitua no § 1º do art. 102: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Em nenhum momento aduz “a controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo municipal e controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição”. O restante dos artigos regulam o aspecto processual e a graduação dos efeitos nos moldes da Lei 9.869/99, o que também é um desrespeito à Constituição.

Por tais razões, concordamos com Barros (Op. cit.), que, a título de regulamentar o que deveria ser uma simples argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, na verdade se criou pela Lei 9.882/99 uma nova ação direta de inconstitucionalidade, com alcance e efeitos não previstos na Constituição, sendo, portanto, tal lei eivada de gritante inconstitucionalidade.

### 6. Considerações finais

Em sede conclusiva, questiona-se: qual o papel do órgão controlador? Será que os preceitos constitucionais possuem um conteúdo fixo?

Entendemos, pois, que a Corte, na medida em que interpreta a Constituição, redefine o sentido e alcance das próprias leis constitucionais, sendo de vital importância a graduação dos efeitos *ex tunc*, *ex nunc*, para o futuro, *erga omnes* ou *erga unum*, de acordo com a conveniência e oportunidade, inerentes ao livre arbítrio decisional de um órgão, além de jurídico, sobretudo político.

O Supremo, portanto, deve poder graduar os efeitos temporais e a amplitude da eficácia, pois eles têm a finalidade de ser uma válvula de segurança e da própria efetividade do sistema constitucional. Assim, o Tribunal se torna, inclusive, mais responsável, ponderando as suas decisões, ao vislumbrar as possíveis conseqüências das mesmas.

No entanto, não podemos esquecer que o controle de constitucionalidade adotado por nós, em que há a previsão de um controle concentrado e de um controle difuso, é deveras complexo, resultante de complicadas técnicas decisórias e de aplicação de institutos alienígenas, como o efeito vinculante. Entendemos, portanto, que tal efeito suscita problemas de grande monta, inclusive em seu país de origem, a Alemanha, e que não deveria ter sido adotado em nosso direito pátrio.

Ademais, o legislador ordinário deveria ter mais cuidado, primar pela precisão técnica e coerência legislativa, ao regulamentar o processo e julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, bem como da arguição de descumprimento de direitos fundamentais; porque, em última análise, tais ações visam garantir a preservação dos direitos fundamentais do homem, representam a instrumentalização dos mecanismos hábeis a tal intento.

De modo que todos os órgãos encarregados da tarefa legiferante devem prestar especial atenção ao exame das recentes Leis 9.868/99 e 9.882/99, sob pena de verem os esforços em relação a dar verdadeira força normativa à Constituição frustrados em face

de o legislador infraconstitucional, ao invés de dar o exemplo, ser responsável pelo desrespeito à Carta Magna.

Não podemos esquecer que a função de legislar ou de interpretar preceitos constitucionais traz em seu bojo, principalmente, o poder de decidir acerca dos destinos humanos, sendo capaz de causar danos irreparáveis, quando não se respeitam os direitos fundamentais previstos na Constituição, inclusive o respeito ao devido processo legal.

### Bibliografia

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no direito brasileiro. *Revista de Direito Público* [s.l. : s.n.], n. 4, [19- -].

BARROS, Sérgio. Conferência proferida no dia 11 de maio de 2000, na Faculdade de Direito da USP, no curso sobre *Efeitos e eficácia da declaração de inconstitucionalidade*, Promovido por essa Faculdade de Direito, juntamente com a Associação Brasileira dos Constitucionalistas- Instituto Pimenta Bueno.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CLÉVE, Clémerson. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

\_\_\_\_\_. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato das normas. *Revista Jurídica virtual*. Disponível em: [http://www. Planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

MORAES, Alexandre. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. Recursos na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade: apontamentos sobre os recursos na LADin (L 9.868/99) In: ALVIN, Eduardo Pelegrini de Arruda, et al (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Se-*

*nado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

RAMOS, Paulo Barbosa. *O controle concentrado da constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. (Para consulta, está à disposição no Cen-

tro de Pós-graduação da UFSC a dissertação que deu origem a edição da obra supra-mencionada).

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das liminares nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Ajuris*, n. 76, v. 2, dez. 1999.