

Artigo 103, *caput* e parágrafo primeiro

*Clèmerson Merlin Clève**

Palavras-chave: ação direta de inconstitucionalidade; controle de constitucionalidade.

Resumo: o presente artigo trata de um dos instrumentos de fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, a ação direta de inconstitucionalidade, sob a Constituição democrática de 1988.

Introdução

Se até o advento da Constituição Federal de 1988 a via mais comum de manifestação do controle da constitucionalidade brasileiro era a difusa, a partir de então se destacou a fiscalização abstrata. Isso pela previsão de novas ações que desencadeiam a fiscalização em tese¹, pelo aumento do rol de legitimados ativos e pela previsão de mecanismos que potencializam o controle abstrato.

O número de ações diretas que tramitam no STF é significativo² e reflete não só o incremento do controle abstrato, mas também da própria jurisdição constitucional brasileira³. Com a Constituição de 1988, fez-se valer a tese da

* Mestre e Doutor em Direito. Professor Titular de Direito Constitucional da UFPR e da UniBrasil. E-mail: cleve@uol.com.br Texto escrito com a colaboração das alunas do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR Heloísa da Silva Krol (doutoranda), Cláudia Honório e Ana Lucia Pretto Pereira (mestrandas).

¹ Como mecanismos de controle abstrato, a Constituição de 1988 trouxe a ação direta de inconstitucionalidade por ação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevendo também a representação de inconstitucionalidade estadual. Com a Emenda n. 03/93, incorporou-se ao sistema constitucional a ação declaratória da constitucionalidade.

² Em 2006, foram distribuídas 192 ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo. Em 2007, 158 e no corrente ano já constam 63 ações diretas distribuídas (Informação disponível no Relatório de atividades do Supremo Tribunal Federal-biênio 2006/2008. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 26.08.2008).

³ Não só ocorreu o incremento da fiscalização abstrata, mas também se observa uma “abstrativização” do controle concreto. Em decisões recentes, o Supremo aplicou a técnica da modulação de efeitos (natural do controle abstrato) em sede de controle incidental (RE-AgR 516.296, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10-4-2007); conferiu efeitos gerais à decisão proferida no Mandado de injunção n. 670 (MI nº 670, rel. Min. Gilmar Mendes, 25-10-2007,

força normativa das disposições constitucionais, o que acarretou maior atuação da jurisdição constitucional⁴.

Mas se, por um lado e em um primeiro momento, a tônica do constitucionalismo brasileiro foi a efetividade das normas constitucionais, aprendida essa lição, chega-se ao momento de pontuar as tensões que o crescimento da atividade judicial encerra com os postulados democráticos⁵.

Não se trata de defender uma postura deferente da jurisdição constitucional em todos os momentos, mas sim considerar que a sua atuação pode ser problemática em um ambiente marcado pelo compromisso democrático, sendo esse o pano de fundo da presente abordagem.

1. Primeiros apontamentos

Informativo STF/485), instrumento que desencadeia uma fiscalização incidental da constitucionalidade. Inclusive, há uma tendência de reduzir o papel do Senado Federal (artigo 52, X, da CF) no controle concreto da constitucionalidade. Na Reclamação n. 4.335, discute-se afronta à decisão proferida pelo STF no HC n. 82.959, no qual se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90. Na decisão, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes assentou que se alterou de forma radical a concepção sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a égide da EC 16/65 e a CF 67/69. Assim, entendeu necessária a reinterpretação dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Para o Ministro, a suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82.959/SP. A questão não foi decidida ainda pelo STF, aguardando-se voto do Ministro Ricardo Lewandowski. O Ministro Eros Grau acompanhou o relator, julgando procedente a reclamação. Já o então Ministro Sepúlveda Pertence votou pela improcedência, porém concedendo *habeas corpus* de ofício. O Ministro Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas manifestou-se a favor da concessão *ex officio* do *habeas corpus* (Rcl 4.335, rel. Min. Gilmar Mendes, 19-04-2007, Informativo STF/463).

⁴ A doutrina brasileira da efetividade valeu-se de uma pedagogia constitucional para assentar no âmbito acadêmico e jurisprudencial que as disposições constitucionais têm normatividade e podem ser aplicadas de forma imediata, embora, devido à natureza principiológica de alguns dispositivos, admita-se a ponderação e a restrição do âmbito de proteção no caso concreto. Sobre o tema: BARROSO, 2005, p. 61-77; CLÈVE, 2001, p. 49-60; SOUZA NETO, 2006, p. 1-18.

⁵ Um dos principais debates no direito constitucional contemporâneo envolve a tensão entre democracia e constitucionalismo, que se manifesta de modo significativo quando os juízes e tribunais exercem a jurisdição constitucional. Trata-se de discussão que pode ser enfrentada com base em argumentos intertemporais, na linha desenvolvida por Jon Elster (2002, p. 115; ELSTER, 1999, p. 41); procedimentalistas, conforme faz Jürgen Habermas (HABERMAS, 1997), entre outros; ou substancialistas como John Rawls (RAWLS, 2000, p. 262-264, 281-290). Devido à complexidade do tema, faz-se aqui apenas o registro do debate, observando que nenhuma discussão séria sobre a fiscalização da constitucionalidade pode ignorar a tensão imanente e constitutiva do Estado Democrático de Direito.

O constituinte de 1988 foi feliz nas inovações que trouxe à fiscalização de constitucionalidade, atendendo ao espírito de uma Constituição democrática, igualitária e pluralista. A partir da Carta de 1934, e até a de 1946, havia um modelo difuso-incidental de constitucionalidade das leis, fortemente influenciado pelo constitucionalismo norte-americano.

A ação direta interventiva, prevista já na Constituição de 1934, inaugurou um controle direto, porém tendo em vista a análise de um caso concreto no qual se alegava a violação de princípios constitucionais sensíveis (organização federativa e republicana). Assim, além de ser um controle concentrado/concreto, a parametricidade da ação interventiva era restrita⁶.

A Emenda Constitucional nº 16/65 trouxe o embrião da ação direta de inconstitucionalidade – a *representação de inconstitucionalidade* – podendo ser aforada apenas pelo Procurador-Geral da República perante o STF, para impugnar ato normativo federal ou estadual que ofendesse a Constituição (incluindo seus princípios implícitos). Houve, portanto, significativa ampliação do âmbito material de controle. O que se incorporou no ordenamento foi um mecanismo de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. A Constituição de 1988 transformou a antiga representação de inconstitucionalidade na *ação direta de inconstitucionalidade*, além de manter o controle difuso incidental.

O elástico do âmbito material da ADI veio acompanhado da ampliação do rol de legitimados ativos. Apesar de serem pontos positivos, é verdade que o incremento do controle abstrato principal pode significar a compressão do controle difuso incidental. A Constituição de 1988, ao trazer, ao lado da ADI, a ADPF, e a criação da ADC, por meio da Emenda Constitucional n.º 3, continua essa tendência. O processo de concentração avança ainda mais com a Emenda Constitucional n.º 45, que institui a súmula vinculante e traz nova normatividade para o Recurso Extraordinário (a repercussão geral). Tais inovações demonstram a verticalização dos órgãos jurisdicionais no exercício

⁶ Peculiaridade da ação direta interventiva é a natureza da decisão proferida pelo STF, que não nulifica o ato impugnado, mas se limita a declarar a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Portanto, há muito tempo o sistema brasileiro conhece essa técnica de decisão. Sobre o tema: BARROSO, 2004, p. 251; CLÈVE, 2000, p. 125; MENDES, 2007, p. 370.

da jurisdição constitucional, caracterizando o sistema brasileiro pela tendencial *concentração*. Enquanto se comprime o controle difuso incidental, amplia-se o controle abstrato principal.

2. Natureza, finalidade e procedimento

A ADI configura verdadeira *ação*. Envolve inauguração de processo *objetivo*, por prestar-se à defesa da ordem constitucional objetiva, sem a existência de *lide*, *controvérsia subjetiva* e *partes* (entendidas no sentido *material*⁷) que lhe componham o fundo. Daí ser instrumento de verificação da validade de norma *em tese* ou *em abstrato*⁸. Por ser processo especial, constitucional, admite, com cautela, a recepção de normas da legislação processual subjetiva⁹.

O *parâmetro* para a fiscalização abstrata é amplo, compreendendo toda a Constituição, independentemente das normas apontadas pelo requerente¹⁰. Isso porque o STF vincula-se, apenas, ao *pedido* declaratório da ADI, e não à *causa de pedir*¹¹. Afinal, a Constituição há de ser interpretada em seu todo, sistematicamente, e não *em tiras*¹².

Nesse ponto, observe-se que a jurisprudência do Supremo incorreu em pequena flexibilização, ao estender a declaração de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados na ADI, quando a decisão implicar no esvaziamento da lei em tese. É a inconstitucionalidade *por arrastamento*¹³, que não configura, registre-se, espécie de inconstitucionalidade *conseqüente*¹⁴,

⁷ “Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. Não identificação de réus ou de partes contrárias. Os eventuais requerentes atuam no interesse da preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio.” (ADI 2.982-ED, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 22-9-2006)

⁸ ADI 1.552-MC, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ, 7-3-2002.

⁹ Exemplos de não recepção das regras processuais comuns: ADI 2.130-AgR, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 14-12-2001, AI 646.265 e AI 639.017.

¹⁰ AI 413.210-AgR-ED-ED, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, 10-12-2004.

¹¹ CLÈVE, 2000, p. 154-155.

¹² A expressão é de GRAU, 2007.

¹³ ADI 2.982-ED, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22-9-2006. Também: ADI 1.144. Situação diversa é a hipótese de *inconstitucionalidade reflexa*, quando, realmente, o parâmetro de controle é legal, e não constitucional, no que se afasta, pois, a competência do Supremo. Cf. ADI 2.535-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 21-11-2003.

¹⁴ Consoante José Manuel Moreira Cardoso da Costa, ao afirmar que “se o Tribunal concluir pela inconstitucionalidade de uma dessas normas, nem por isso pode declarar a inconstitucionalidade por identidade de razão, ou sequer a inconstitucionalidade *conseqüente*,

tampouco ampliação do pedido, mas, simplesmente, resultado que decorre do próprio conteúdo veiculado pela norma atacada.

Passados onze anos da promulgação da Constituição, o processo e julgamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade receberam regulamentação (ora específica, ora compartilhada¹⁵), com a Lei nº 9.868/99. No que toca à ação direta, temos na referida lei a previsão de um procedimento abreviado, em virtude da natureza objetiva da ação: apresenta-se petição inicial, fundamentada, sob pena de inépcia¹⁶ (art. 3º); em seguida, são prestadas as informações pelos órgãos ou autoridades requeridos (art. 6º), quando, então, poderão ser ouvidos outros órgãos ou entidades, em virtude da relevância da matéria (art. 7º, § 2º); na seqüência, são ouvidos o AGU e o PGR (art. 8º), podendo, ainda, ser designada, pelo relator, audiência pública para a oitiva de expertos na matéria discutida (art. 9º, §1º). Depois disso, havendo medida cautelar, esta será decidida pela maioria absoluta dos membros da Corte (art. 10), ou, em caso de relevância da matéria e especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, o processo poderá ser diretamente submetido a julgamento (art. 12). Tocante à decisão de mérito, o *quorum* qualificado para instalação da sessão (art. 22), bem como a maioria qualificada exigida para a decisão (art. 23), refletem a importância que assume a decisão definitiva sobre a adequação do ato normativo à Constituição. Será, afinal, uma decisão irrecorrível (art. 26)¹⁷,

de outras normas do mesmo diploma que o requerente não haja nomeado” (COSTA, 1992, p. 47).

¹⁵ No ponto, é interessante observar que, em sua origem, a *representação interventiva* poderia ser entendida como *ação de caráter ambivalente*, porque eficaz tanto como ação direta de inconstitucionalidade, quanto como ação declaratória de constitucionalidade. É o que o Supremo Tribunal Federal deu a entender quando julgou procedentes embargos infringentes opostos pelo próprio Procurador-Geral da República, contra decisão procedente sobre representação de inconstitucionalidade por ele movida (MENDES, 2007, p. 183). Todavia, embora definidas, na Constituição, como ações distintas, em recentes julgados o STF tem manifestado o antigo entendimento, admitindo ADI e a ADC enquanto ações iguais, porém, “com sinal trocado”, por *i*) guardarem objeto semelhante, que é a decisão definitiva sobre a conformidade do ato normativo em relação à Constituição da República; e *ii*) surtirem o mesmo efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e da administração pública direta e indireta. RE 431.715-AgR, Rcl 2.256 e Rcl 1.880-AgR.

¹⁶ Na ADI 1.775 (rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18-5-2001), a petição inicial foi considerada inepta por ter sido indicada genérica e abstratamente a ofensa da lei à Constituição, restando ausentes os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, com suas especificações.

¹⁷ Salvo a possibilidade de interposição de embargos de declaração, opostos, somente, em face de decisão colegiada do Tribunal, consoante art. 337 do Regimento Interno do STF.

irrescindível (art. 26)¹⁸, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 28, parágrafo único), podendo, nada obstante, ter seus efeitos manipulados quando presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (art. 27).

3. Legitimidade processual ativa e passiva

A maior alteração da ADI, em relação à antiga representação de inconstitucionalidade, é a ampliação do leque dos legitimados para sua propositura¹⁹. Trata-se de novo estatuto voltado à garantia dos direitos das minorias. Não se chegou, contudo, a configurar a ADI como *actio popularis*. O controle difuso, em alguma medida, supre essa lacuna²⁰.

A ampliação do rol de legitimados à arguição abstrata de inconstitucionalidade, somada ao que se chamou de *inflação legislativa*²¹, acarretou um aumento significativo do volume de demandas. Assim, o Tribunal foi levado a criar mecanismos para restringir o número de ações diretas²². Um exemplo é o requisito da *pertinência temática*²³, exigido, inicialmente, apenas das entidades de classe de âmbito nacional²⁴, sendo estendido, em seguida, às

¹⁸ O Supremo já teve oportunidade de manifestar-se sobre a constitucionalidade do art. 26 da Lei n.º 9.868/99, quando, então, afastou a alegação de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, decorrente, em tese, da vedação à propositura de ação rescisória sobre decisão no âmbito da ação direta. ADI 2.154 e ADI 2.258, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14-2-2007, Informativo 456.

¹⁹ No regime anterior, como visto, apenas o Procurador Geral da República tinha legitimidade para desencadear a fiscalização abstrata, mas o artigo 103 da Constituição trouxe um rol muito maior de legitimados, o que a doutrina identifica como uma democratização do controle abstrato, não obstante a não-atribuição de legitimidade a qualquer cidadão. A respeito do tema: CLEVE, 2000, p. 88-90; FERRARI, 2004, p. 97-103; MENDES, 2007, p. 86-87.

²⁰ A admissibilidade da ADI não está condicionada à inviabilidade do controle difuso (ADI 3.205). Já o debate constitucional em sede de controle difuso, em princípio, é obstado em razão de decisão já proferida em sede de ação direta, salvo a discussão de questões eminentemente singulares, relacionadas ao caso concreto em exame.

²¹ Uma breve comparação quanto ao número de ações de inconstitucionalidade ajuizadas antes e depois da Constituição de 1988, bem como notas acerca da inflação legislativa podem ser consultados em nosso *A Fiscalização Abstrata...*, p. 161-162.

²² O que deve ser visto com certa cautela, sob pena de serem criadas restrições não autorizadas pela Constituição, incompatíveis não apenas com o sistema normativo, mas, também, com o caráter democrático que deve permear a jurisdição.

²³ Que nada mais é do que a congruência temática entre as finalidades estatutárias ou os interesses da unidade federativa, e o conteúdo da norma impugnada. Cf. ADI 2.618-AgR-AgR, ADI 2.656, ADI 2.747 e ADI 3.059-MC.

²⁴ Exceção à interpretação restritiva conferida pelo STF é a mudança de entendimento com relação à ilegitimidade ativa das entidades de classe de segundo grau, também chamadas *associações de associações*. Com efeito, entendia o Supremo que tais entidades não representavam, diretamente, interesses de seus associados enquanto pessoas físicas, e sim

confederações sindicais²⁵, aos partidos políticos²⁶, Governadores de Estado ou do Distrito Federal²⁷ e Mesa de Assembléia Legislativa do Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal. A partir disso, é possível distinguir os *legitimados especiais* – de quem o Supremo tem exigido a comprovação do requisito da pertinência temática como condição de admissibilidade da ação – dos *legitimados universais* (o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da OAB). Este é, portanto, o conjunto dos legitimados ativos.

Os legitimados passivos da ADI são os órgãos legislativos ou autoridades responsáveis pela edição do ato impugnado, sem olvidar que, uma vez que se trata de processo objetivo, a demanda não se volta *contra* alguém, e sim se dirige contra ato normativo ilegítimo do ponto de vista constitucional.

Questão que merece atenção diz respeito à participação obrigatória do Advogado Geral da União na defesa do ato impugnado. Embora o STF já tenha pacificado o entendimento de que a defesa do ato impugnado, pelo AGU, é compulsória²⁸, é importante salientar, como já dissemos em outra oportunidade²⁹, a posição difícil do Advogado Geral da União, ao vincular-se à propositura da ADI, na qualidade de assessor jurídico da Presidência, e ao vincular-se à defesa do ato por ela impugnado, na qualidade de curador especial da norma. Reitera-se a desnecessidade de curador especial em processo objetivo. Ademais, as informações prestadas pelos legitimados passivos asseguram não só o contraditório, mas ampla cognição da matéria.

das pessoas jurídicas associadas. O posicionamento foi revisto, admitindo-se a legitimidade ativa dessas entidades. Cf. ADI 3.153-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 9-9-2005; ADI 2.797 e ADI 2.860, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 19-12-2006.

²⁵ Ressalte-se que os sindicatos e federações não possuem legitimidade para suscitar o controle concentrado de constitucionalidade. Cf. ADI 1.599-MC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 18-5-2001.

²⁶ Mesmo que tenham perdido sua representação no Congresso Nacional após a propositura da ADI. É o que tem entendido o STF, revendo posicionamento anterior: Cf. ADI 3.867, rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, DJE, 29-2-2008.

²⁷ O STF já se manifestou pela necessidade da pertinência temática em ADI proposta pelo Governador do Distrito Federal, tal como entende em relação aos Governadores de Estados, consoante se extrai do voto do Min. Eros Grau, relator da ADI 3.312.

²⁸ Cf. ADI 1.350, ADI 72-QO, ADI 1.434-MC, ADI 1.254-AgR e ADI 242. Exceto, contudo, quando a Corte já tenha firmado posicionamento sobre a tese a ser defendida, quando, então, o Advogado Geral é dispensado da defesa: ADI 1.616.

²⁹ Consoante CLÈVE, 2000, p. 180-181.

4. Participação dos amici curiae

As decisões da Corte podem apresentar menor legitimidade caso a discussão restrinja-se aos argumentos do legitimado ativo, do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União e do órgão que produziu o ato normativo. Questões relevantes podem não ser suscitadas pelos partícipes do processo. Por essa razão, apesar de o *caput* do art. 7º da Lei nº 9.868/99 vedar a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade³⁰ (pois se trata de processo de natureza objetiva), o seu § 2º consagra³¹, excepcionalmente, a intervenção de quaisquer órgãos e entidades no processo³². Para tanto, devem ser atendidos, conforme apreciação do relator, os requisitos (i) da relevância da matéria discutida (pertinência com os interesses protegidos por aquele que pretende ingressar no feito) e (ii) da representatividade do postulante³³. A idéia é de que todos são intérpretes da Constituição³⁴.

A participação dos interessados – os *amici curiae*, *amicus curiae*, no singular (instituto originário do direito anglo-saxão) – qualifica-se como fator de legitimação das decisões da Suprema Corte, aperfeiçoando o sistema de controle abstrato da constitucionalidade ao favorecer sua democratização. A participação enriquece o processo com elementos de informação e a experiência que o *amicus curiae* pode transmitir à Corte. Considerando que do controle abstrato de constitucionalidade decorrem implicações políticas,

³⁰ Desde a Emenda Regimental nº 02, de 1985, editada pelo STF, não mais foi admitida a presença de assistente na via direta de controle de constitucionalidade.

³¹ Utiliza-se o verbo “consagrar” pelo fato de o STF ter admitido a manifestação de interessados na ação direta mesmo antes da norma autorizadora. Cf ADI-AgR 748/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 18-11-1994, p. 31.392.

³² Discute-se a natureza jurídica da intervenção do *amicus curiae*. Gustavo BINENBOJM e Antonio do Passo CABRAL sustentam ser um terceiro especial; já Edgard BUENO FILHO entende se tratar de assistente qualificado. Sobre as diferenças entre a intervenção de terceiros típica e a intervenção do *amicus curiae*, cf. CABRAL, 2003, p. 119-123.

³³ “Art. 7º - Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 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.”

³⁴ O que permite uma leitura constitucional acorde às sociedades pluralistas e democráticas. Sobre o tema, consultar HÄBERLE, 1997.

sociais, econômicas, jurídicas e culturais, a abertura da discussão adquire grande significado³⁵.

Com o veto ao § 1º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, ficou indefinido o prazo para a manifestação dos órgãos e entidades. O STF entende que o pedido de admissão deve ser formulado no prazo de que dispõem as autoridades das quais emanou o ato impugnado para prestar informações. Todavia, é possível cogitar a admissão de *amicus curiae* fora desse prazo, considerando a relevância do caso ou a notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa³⁶. Há sempre o cuidado de impedir transtornos ao procedimento, o que pode ocorrer, por exemplo, quando o pedido de intervenção ocorre na véspera da sessão de julgamento³⁷ ou após terem sido prolatados votos³⁸. Uma vez admitido o ingresso no feito, o requerente terá o prazo de trinta dias para apresentar suas razões³⁹. Ressalte-se que os “amigos da corte” não têm legitimidade para recorrer de qualquer decisão proferida em processo de ação direta, com exceção daquela que indeferiu sua intervenção na causa⁴⁰.

³⁵ Sobre a importância da intervenção dos *amici curiae*, conferir o pronunciamento marcante do Min. Celso de Mello na ADI-MC nº 2.130/SC. Citem-se também: ADI 3.921, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ, 31-10-2007; ADI 3.819-ED, rel. Min. Eros Grau, DJ, 13-6-2007; ADI 3.620, rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 8-5-2007; ADI 3.494, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, de 8-3-2006; ADI 2.321-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 10-6-2005; ADI-MC nº 2130/SC, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 02-2-2001. Não se olvide, contudo, que, apesar de a participação dos *amici curiae* ser saudável para a democratização do controle abstrato de constitucionalidade, a sua participação não elide a dificuldade do Judiciário em lidar com temas técnicos ou específicos, nem supre totalmente o déficit de legitimidade de suas decisões.

³⁶ ADC 18, rel. Min. Menezes Direito, DJE, 2-5-2008; ADI 3.725, rel. Min. Menezes Direito, DJE, 7-8-2008. Tal entendimento se coaduna com o disposto no art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99: “Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

³⁷ ADI 4.001, rel. Min. Eros Grau, DJE 21-5-2008.

³⁸ ADI 1.923, rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, decisão proferida pela Min. Ellen Gracie no exercício da Presidência, DJ, 1º-8-2007

³⁹ A manifestação não se restringe à apresentação de razões por escrito. Em 26-11-2003, na ADI 2.777, rel. Min. Cezar Peluso, foi decidida questão de ordem a fim de permitir a sustentação oral na ação direta de inconstitucionalidade dos *amici curiae*. Em 30-3-2004, o STF, por meio da Emenda Regimental nº 15, acrescentou o § 3º ao art. 131 do Regimento Interno, no seguinte sentido: “Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento.”

⁴⁰ ADI 4.022, rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJE, 25-4-2008; ADI 2.591-ED, rel. Min. Eros Grau, DJ, 13-4-2007. Em sentido contrário: Gustavo BINENBOJM, sustentando-se nos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal

Por fim, saliente-se que a salutar permeabilidade aos fatos e a democratização do controle concentrado de constitucionalidade têm sido fortalecidas também pela possibilidade de realização de audiências públicas⁴¹ e pelo acolhimento de pareceres de peritos, nos termos do art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99.

5. Os atos impugnáveis por meio de ação direta genérica

Impugna-se por meio de ação direta de inconstitucionalidade *lei ou ato normativo federal ou estadual*. Excluem-se do campo da ação direta, portanto, os atos *municipais*⁴² e *distritais* editados no exercício de competência legislativa municipal⁴³.

Defende-se que todo ato com forma de lei (espécies do art. 59 da CF⁴⁴) pode desafiar o controle abstrato. Não obstante, o STF, de modo criticável⁴⁵,

defende ser "lícito ao *amicus curiae* interpor qualquer recurso cabível, de acordo com a legislação processual." BINENBOJM, 2005, p. 92.

⁴¹ A primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal foi instalada em 20 de abril de 2007, no curso da ADI n.º 3.510, em que se questionava a constitucionalidade de dispositivos da Lei n.º 11.105/05 (Lei de Biossegurança), que permitiam a pesquisa com células-tronco embrionárias. Na audiência houve amplo debate, com a participação de cientistas, estudiosos e personalidades autorizados no tema. O julgamento definitivo ocorreu em 29 de maio de 2008, quando, então, a maioria de seis ministros decidiu pela constitucionalidade das pesquisas. O julgamento é histórico não só por marcar a ampla participação da sociedade civil na formação do convencimento do Supremo, como, também, por ter permitido profunda discussão acerca da proteção constitucional da dignidade humana.

⁴² ADI 1.268-AgR, rel. Min. Carlos Velloso, DJ, de 20-10-1995. Os atos municipais poderão ter sua constitucionalidade questionada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

⁴³ ADI 1.268-AgR, rel. Min. Carlos Velloso, DJ, de 20-10-1995. Os atos municipais poderão ter sua constitucionalidade questionada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

⁴⁴ Súmula 642, STF: "Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal." Nesse caso, estar-se-á diante da ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido.

⁴⁵ A doutrina distingue lei formal e lei material. Se o ato normativo é genérico, não importa de onde provenha, então é identificado como lei material. Se contiver preceitos concretos, será lei meramente formal. Todavia, a Constituição brasileira não adota o conceito material de lei.

⁴⁵ Quanto aos atos editados sob a forma de lei e que o STF tem rejeitado o controle por via direta alegando que o ato gera efeitos concretos, afirma Gilmar Ferreira MENDES: "Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle de abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da legislação ordinária" (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 1.061-

entende que atos editados sob a forma de lei mas não dotados de coeficiente mínimo de abstração ou generalidade (ou seja, lei de efeitos concretos) não são passíveis de questionamento por ADI⁴⁶. Apesar do entendimento, cabe apontar decisão recente em que o STF, ao analisar a constitucionalidade de dispositivo de lei orçamentária anual (tradicionalmente tida como lei de efeitos concretos⁴⁷), considerou que a norma impugnada possui caráter geral e abstrato suficientes para ser objeto do controle abstrato⁴⁸.

Ainda, apenas os atos do Poder Público, cujo processo legislativo tenha sido concluído⁴⁹, podem ser questionados por meio de ADI. Assim, *projetos de lei* não podem ser questionados por ação direta (não se exclui a hipótese de questionar a *proposta* de emenda constitucional que viole cláusula pétreas⁵⁰). Por outro lado, o STF admite que parlamentares impetrem mandado de segurança para coibir a aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional⁵¹.

Caso o ato questionado seja revogado no curso da ação direta, o feito será julgado prejudicado pela perda superveniente do objeto⁵². Em agosto de 2008, em pronunciamento ímpar, o STF entendeu que a *revogação da lei*

1.062). Também José Afonso da SILVA afirma que “O ‘abstrato’ refere-se ao processo de controle, e não ao objeto a ser controlado” (SILVA, 2005, p. 541).

⁴⁶ ADI-MC-QO 1.937/PI, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 31-8-2007, p. 29. Cf. também ADI-MC 2.333/AL, rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 06-5-2005, p. 6.

⁴⁷ ADI 4.041, rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, DJE, de 27-3-2008.

⁴⁸ ADI 3.949-MC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14-8-2008.

⁴⁹ ADI 466/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 10-5-1991, p. 5929. Não se exige que a norma esteja em vigor. Ainda sobre o tema, cite-se a ADI 3.367/DF, em que foi acatado o controle de emenda constitucional publicada apenas no curso da ação direta, antes da prolação da sentença. “Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença” (ADI 3.367/DF, rel. Min. Cezar Peluso, DJ, 17-3-2006, p. 4.).

⁵⁰ Tendo em conta que o art. 60, § 4.º, da Lei Fundamental, dispõe que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” qualquer uma das cláusulas pétreas, parece legítimo admitir-se que aí residiria a única hipótese de fiscalização jurisdicional abstrata preventiva entre nós. Se a proposta não pode ser objeto de deliberação, a impugnação seria legítima mesmo antes da deliberação, promulgação ou publicação da Emenda Constitucional. O STF, entretanto, preferiu, nessa matéria, manter mais uma restrição à utilização da ação direta de inconstitucionalidade. Embora seu posicionamento seja pela impossibilidade de controle abstrato preventivo da constitucionalidade (ADI 466/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 10-5-1991, p. 5.929), cabe sustentar que a deliberação de propostas tendentes a abolir as “cláusulas pétreas”, pelo risco evidente de quebra da “identidade” da Lei Fundamental, é de tal gravidade, dando margem, no caso de aprovação, a situações políticas de tal ordem, que a fiscalização preventiva parece justificada (além de autorizada pelo texto constitucional quando interpretado de modo ajustado).

⁵¹ MS 2.4642/DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 18-6-2004, p. 45.

⁵² ADI 3.778/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ, 18-4-2008. ADI 1.442/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 29-4-05, p. 7.

impugnada, quando já em pauta a ação direta, não subtrai à Corte a competência para examinar a constitucionalidade da norma até então vigente e suas conseqüências⁵³.

Em relação às espécies normativas que podem ser objeto de ADI, diga-se já ser pacífico que as *emendas à Constituição* (inclusive decorrentes da revisão constitucional) sujeitam-se à fiscalização abstrata da constitucionalidade⁵⁴, tendo como parâmetro exclusivamente as cláusulas pétreas. Quanto às *leis delegadas*, a fiscalização pode incidir tanto sobre a lei delegante (resolução) quanto sobre a lei delegada propriamente dita.

O controle jurisdicional das *medidas provisórias*, no Brasil, pode ocorrer em três níveis: (i) quanto à presença dos pressupostos habilitadores (relevância e urgência); (ii) quanto à matéria tratada (se suporta regramento legislativo provisório ou não); (iii) quanto à constitucionalidade da matéria propriamente dita (se atende, não sob a ótica formal, mas substantiva, as normas e princípios adotados pelo Constituinte). Em relação à última dimensão da fiscalização, o Judiciário vem exercendo plenamente a sua atividade. Quanto às primeiras dimensões, o controle tem estado aquém do necessário. Vale referir que certo número de medidas provisórias veicula dispositivos concretos, tendo em vista a própria função assumida pelo Poder Executivo no Estado contemporâneo, o que excluiria a possibilidade de ADI, conforme entendimento do Supremo. No entanto, a recente decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes na ADI 4.048/DF, em sede de medida cautelar, possibilitou o controle, suspendendo temporariamente a eficácia da MP nº 405/07, que abria créditos extraordinários.

Os atos próprios das Casas Legislativas, como os *decretos legislativos* e as *resoluções*, desde que veiculem atos normativos, estão sujeitos à fiscalização abstrata da constitucionalidade.⁵⁵

Os *tratados internacionais* regularmente incorporados ao direito interno assumem, na óptica do STF, o *status* de lei ordinária federal, podendo ter sua constitucionalidade discutida em ADI⁵⁶. Em relação aos tratados de direitos

⁵³ ADI 3.232/TO, 3983/TO e 3990/TO, rel. Min. Cezar Peluso, j. 14-8-2008.

⁵⁴ ADI 2.024/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 22-6-2007, p. 16.

⁵⁵ ADI-MC 3.929/DF, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, 11-10-2007, p. 38.

⁵⁶ O Congresso Nacional aprova o tratado mediante edição de decreto legislativo (art. 49, inc. I, da CF). “Esse modelo permite a propositura da ação direta para aferição da

humanos, assumindo forma de emenda constitucional, podem igualmente ser objeto de ADI. Ressalte-se, no entanto, que, sendo ato bilateral ou multilateral de direito internacional, a declaração de inconstitucionalidade não implicará a nulidade do tratado, do ponto de vista do direito internacional.

Embora *atos normativos estrangeiros* não possam ser objeto de fiscalização abstrata da constitucionalidade, sua aplicação pode ser recusada por ofender a ordem pública, em sede de controle concreto.

O STF não admite ação direta de inconstitucionalidade contra *regulamentos* ou quaisquer atos normativos que desbordam dos parâmetros da lei, pois são hipóteses de ilegalidade⁵⁷. Excetuam-se, porém, os *regulamentos autônomos*, quando invadem esfera reservada à lei⁵⁸. A posição da Corte desafia questionamento, pois o regulamento pode ofender a Constituição não apenas na hipótese de edição de normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo, o da separação dos poderes.

Quanto aos *regimentos dos tribunais*, podem ser objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade caso ofendam diretamente a Constituição⁵⁹.

Em relação às *súmulas vinculantes*, considerando seu caráter normativo⁶⁰, poderiam ser objeto de ADI. Entretanto, a ação direta é considerada via inadequada, tendo em vista a existência de específicos instrumentos para a revisão do ato do ordenamento jurídico – o cancelamento e a anulação, operados de ofício ou mediante pedido dos mesmos legitimados

constitucionalidade do decreto legislativo, possibilitando que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem jurídica interna ainda sejam obstadas. É dispensável, pois, qualquer esforço com vistas a conferir caráter preventivo ao controle abstrato de normas na hipótese. É possível, igualmente, utilizar-se da medida cautelar para retardar ou suspender a ratificação dos tratados até a decisão final" (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 1.065).

⁵⁷ ADI 2.714, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 27-2-2004. ADI 2.862, rel. Min. Cármen Lúcia, DJE, 9-5-2008. ADI-AgR 2792/MG, rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 12-3-2004, p. 36. ADI-AgR 2.426/PR, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 11-10-2001, p. 7.

⁵⁸ Na ADI 1.396-SC (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08-06-1998), o Supremo declarou a inconstitucionalidade de decreto estadual, por violação ao princípio da divisão funcional do poder, uma vez que a matéria por ele disciplinada reservava-se à atuação institucional do Poder Legislativo, nos termos do inc. XI do art. 37 da CF.

⁵⁹ ADI 2.970/DF, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, 12-5-2006, p. 4.

⁶⁰ "A súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada." (ADI 594, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 15-4-1994) O entendimento não pode ser aplicado à súmula vinculante, considerando que possui caráter normativo.

da ação direta⁶¹, entre outros. Ademais, haveria problema de legitimidade em o STF controlar a constitucionalidade de ato emanado pelo próprio tribunal.

Por sua vez, as *sentenças normativas* proferida pela Justiça do Trabalho não constituem objeto da fiscalização abstrata da constitucionalidade, desafiando apenas os recursos normalmente oferecidos.

Em relação aos *atos normativos anteriores à Constituição*, entende o STF que a hipótese é de revogação, e não de inconstitucionalidade, razão pela qual não cabe ADI⁶². Tais atos, contudo, podem ser questionados mediante o aforamento de ADPF, meio que supriu a criticável lacuna da ação direta em relação ao controle das normas pré-constitucionais⁶³.

6. A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos

Inicialmente, afirma-se a possibilidade de providência cautelar na ADI, com fulcro no art. 102, I, *p*, da CF, no art. 10 da Lei nº 9.868/99 e no art. 170, § 1º, do RISTF. Trata-se de medida excepcional, em face da presunção de constitucionalidade dos atos estatais.

Conforme o STF, somente aquele que instaura o processo de controle normativo abstrato dispõe de legitimidade para requerer a concessão de medida de cautelar⁶⁴. Para a concessão da medida, devem ser satisfeitos os requisitos que se expressam “(a) na plausibilidade jurídica da tese exposta

⁶¹ CF/88: “Art. 103-A. § 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.” A lei nº 11.417/06, que regulamenta o instituto da súmula vinculante, em seu artigo 3º enumera os legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante. Além daqueles já legitimados para propor ADI, são partes legítimas também o Defensor Público-Geral da União e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Ademais, o § 1º do referido art. 3º possibilita a Município propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

⁶² O controle de constitucionalidade de atos normativos anteriores à Constituição foi debatido já na ADI 2, em que restou assentado que a questão é de direito intertemporal, resolvendo-se pela revogação. O entendimento permanece na Corte. Cf. ADI 888, rel. Min. Eros Grau, DJ, 10-6-2005.

⁶³ Na ADPF 130/DF, em 21-2-2008, foi concedida medida cautelar a fim de determinar que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que verse sobre dispositivos da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa). CF. ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, DJE, 26-2-2008.

⁶⁴ ADInQO 807-2, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 11-6-1993.

(*fumus boni juris*),⁶⁵ (b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*),⁶⁶ (c) na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e (d) na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão”.⁶⁷

A competência para a concessão de medida cautelar é do Plenário (voto da maioria absoluta). Todavia, em casos urgentes – e sempre *ad referendum* desse órgão do tribunal –, o presidente ou o relator podem conceder a medida⁶⁸. A apreciação do pedido de cautelar será (salvo excepcional urgência⁶⁹) antecedida da audiência (i) dos órgãos ou autoridades dos quais emanou o ato normativo impugnado e, (ii) caso indispensável, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

A decisão que concede a medida cautelar tem validade *erga omnes*⁷⁰ e efeitos, via de regra, *ex nunc*⁷¹ e repristinatórios, salvo expressa manifestação em contrário⁷². Ainda, é dotada de efeito vinculante⁷³, considerando que

⁶⁵ Plausibilidade: demonstração da “forte suspeita de inconstitucionalidade” do ato impugnado (ADI-MC 1.465/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU, 19-12-1996).

⁶⁶ Nos casos em que já decorreu grande período de tempo entre a edição da norma impugnada e a instauração da verificação abstrata de constitucionalidade, o Supremo entende que o requisito do *periculum in mora* pode ser substituído pelo da conveniência na concessão da liminar. ADI 1.857-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ, de 23-10-1998.

⁶⁷ RDA, índice analítico, p. 9. Também RTJ 101:928 e 102:480. Na ADI-MC 1770/DF (rel. Min. Moreira Alves, j. 14-5-1998), o Supremo entendeu pela “conveniência da suspensão cautelar da norma impugnada pelas repercussões sociais dela decorrentes”.

⁶⁸ ADI 3.929-MC-QO, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, 11-10-2007. ADI 3.376-MC, rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, DJ, 1º-2-2005. ADI 2.244, rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática proferida pelo Min. Carlos Velloso, DJ, 1º-8-2000. MS 25.024-MC, rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática proferida pelo Min. Nelson Jobim, DJ, de 23-8-2004.

Não parece ser compatível com o disposto no art. 97 da Constituição Federal a concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade por decisão monocrática. Assim como o ato normativo do Poder Público somente pode ser declarado inconstitucional com a manifestação da maioria absoluta dos membros do STF, a concessão da liminar, que implica a sustação dos efeitos prospectivos da normativa impugnada, deve seguir a mesma sistemática. Não parece ser razoável a concessão de liminar, por um único Ministro do STF, sustando os efeitos de lei aprovada por mais de quinhentos deputados, mais de oitenta senadores e sancionada pelo Presidente da República. É evidente que a possibilidade de concessão de liminares por um único Ministro pode dar lugar a abusos, bem como a atritos desnecessários entre os Poderes da República, quando não a crises de natureza política.

⁶⁹ ADI 3.578-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 24-2-2006.

⁷⁰ Rcl 2.256, voto do Min. Gilmar Mendes, DJ, 30-4-2004.

⁷¹ Lei nº 9.868/99 “Art. 11. § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.” Como exemplos de atribuição de efeitos *ex tunc* à medida cautelar, citem-se: Rcl 2.256-MC, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ, 22-4-2003. ADI 2.105-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 28-4-2000. ADI 2.661-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 23-8-2002.

⁷² Lei nº 9.868/99: “Art. 11. § 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.” Esse dispositivo teve sua constitucionalidade afirmada na ADI 2.154 e ADI 2.258, rel. Min. Sepúlveda

suspende a execução do ato normativo impugnado⁷⁴ e o julgamento de processo que envolva a aplicação da norma. A decisão que indefere o pedido não é dotada deste mesmo efeito⁷⁵, podendo ser reiterado o pedido em caso de novas circunstâncias que justifiquem a medida.

Quanto à decisão final de mérito, diga-se que os efeitos *erga omnes* são ínsitos à decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade⁷⁶, conforme expressa disposição constitucional (art. 102, §2º). Assim, prescinde-se da manifestação do Senado Federal para que a decisão opere efeitos gerais.

Além de efeitos gerais, a decisão produz efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública⁷⁷, questão pacificada com o advento da Lei n. 9868/99 e constitucionalizada pela Emenda n. 45/04⁷⁸. Assim, não obstante divergência anterior, pode-se valer da

Pertence, j. 14-2-2007, Informativo 456. Rcl 2.256-MC, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ, 22-4-2003.

⁷³ Rcl 2.256/RN, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 30-4-2004, p. 34. Rcl 935/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 17-10-2003, p. 14. Rcl 899/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ 20-9-2002, p. 90. No âmbito da ação declaratória de constitucionalidade, em entendimento aplicável à ADI: Rcl-AgR-AgR 4.903/SE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 147, 08-8-2008. O art. 21 da Lei nº 9.868/99 explicita o efeito vinculante da medida cautelar proferida em ADC. A doutrina é pacífica quanto à extensão deste efeito para a cautelar concedida em ADI.

⁷⁴ Rcl 2.653-MC, rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, j. 30-6-2004. Rcl 935, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 17-10-2003. No entender de Gilmar MENDES, “a medida cautelar deferida em processo de controle de normas opera não só no plano estrito da *eficácia*, mas também no plano da própria *vigência* da norma” (MENDES, 2006, p. 319).

⁷⁵ Rcl-AgR 3.424/SP, rel. Min. Carlos Britto, DJE 142, 1-8-2008. Rcl-MC 2585/MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 22-4-2004, p. 09.

⁷⁶ Os efeitos *erga omnes* já caracterizavam a representação de inconstitucionalidade, nos termos da Emenda n. 16/65.

⁷⁷ O STF já assentou que os efeitos vinculantes não alcançam o exercício da função legislativa, podendo-se editar ato de conteúdo idêntico ao declarado inconstitucional (Rcl 5.442-MC, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ, 6-9-2007). Todavia, sendo comuns os casos de normas idênticas em diferentes unidades da federação, tem-se que a declaração de inconstitucionalidade de uma dessas normas atingirá *de algum modo* as demais, principalmente se forem *questionadas judicialmente*. Nesse sentido, cite-se a ADI 1.662, em que o STF entendeu, com efeitos gerais e vinculantes, que a Instrução Normativa nº 11/97 do TST era inconstitucional. Aforada a Reclamação 1.987, o STF, considerando os fundamentos da decisão proferida na ADI, atribuiu efeito transcendente ao julgado, de modo a abarcar normas idênticas prolatadas posteriormente, como um ato produzido pelo TRT de São Paulo (Rcl 1.987/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 21-5-2004, p. 33). Situação semelhante ocorre na Reclamação 4.219/SP, pendente de julgamento, em que se sustenta que decisão da 11ª Vara da Fazenda Pública de SP desrespeitou o entendimento fixado na ADI 2.602 (inaplicabilidade de lei do Estado de Minas Gerais de idêntico conteúdo). Embora a admissão da transcendência dos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade ainda não seja pacífica na Corte, defende-se que a declaração produzirá algum efeito sobre atos de idêntico conteúdo.

⁷⁸ Inicialmente, previam-se expressamente os efeitos vinculantes apenas em relação à ADC. Com a Lei n. 9.868/99, consagrou-se no âmbito legislativo que os efeitos vinculantes referem-se também à ADI. Afinal, conforme dito anteriormente, a ação declaratória de constitucionalidade configura-se uma “ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado” e

reclamação constitucional para que se observe a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade⁷⁹.

Nesse ponto, uma das grandes polêmicas existentes é quanto aos efeitos retroativos da decisão. Por muito tempo, entendeu-se que a nulidade das normas inconstitucionais constitui princípio implícito no ordenamento brasileiro⁸⁰. Com base nessa premissa, justificam-se os efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade, pois algo nulo não teria o condão nem mesmo de revogar a legislação anterior. Contudo, com o advento da Lei n. 9.868/99, em especial do seu artigo 27, passou-se a questionar a natureza declaratória da decisão que reconhece a inconstitucionalidade.

De fato, o Supremo já temperado o dogma da nulidade da lei inconstitucional em alguns momentos⁸¹, mas a Lei n. 9.868/99 trouxe expressamente a possibilidade de modular os efeitos da decisão, oportunizando que, mediante o voto de dois terços dos membros, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, o Supremo restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decida por sua eficácia *ex nunc*, incidindo a partir do trânsito em julgado ou momento posterior (eficácia *pro futuro* da decisão)⁸².

não faz sentido o tratamento distinto (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 1.227). A Emenda n. 45/04 constitucionalizou o entendimento.

⁷⁹ Em um primeiro momento, o STF entendia que não era cabível a reclamação na hipótese de descumprimento de decisão tomada no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, devido à natureza eminentemente objetiva do processo (Rcl n. 354/AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 28-6-1991). Os pressupostos da reclamação eram dois: *i*) existência de uma relação processual em curso e *ii*) um ato que se coloque contra a competência do STF ou contrarie decisão desse proferida na mesma relação processual ou em relação processual que daquela seja dependente. Posteriormente, o STF abrandou tal interpretação, admitindo a reclamação desde que interposta pelos órgãos legitimados para instaurar o controle abstrato da constitucionalidade (Rcl n. 397/MC-QO/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 21-5-1992). No entanto, abrandou-se ainda mais o entendimento inicial, estabelecendo-se que qualquer particular pode propor reclamação desde que venha a ser atingido por decisão judicial contrária a entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal (AgRg na Rcl n. 2.143, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 6-6-2003). No mesmo sentido: Rcl 4.971-MC, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ, 18-4-2007.

⁸⁰ Cf. MENDES, 2007, p. 249; CLÈVE, 2000, p. 243; SARMENTO, 2001, p. 10.

⁸¹ Valendo-se da teoria da aparência, o STF deixou de invalidar os atos de funcionário público cuja nomeação se deu por lei declarada inconstitucional (STF, RE 78.533/SP, Rel. Ministro Firmino Paz, julgado em 13/11/1981, publicação DJ 26.02.1982); Outro exemplo é o Recurso Extraordinário n. 122.202/MG, no qual o STF entendeu que a retribuição declarada inconstitucional não deve ser devolvida no período de validade da lei declarada inconstitucional (STF, RE 122.202/MG, Rel. Ministro Francisco Rezek, julgado em 10.08.1993, publicação DJ 08.04.1994). Sobre o tema: CLÈVE, 2000, p. 251-252; SARMENTO, 2001, p. 21-22.

⁸² Critica-se a possibilidade de conferir eficácia *pro futuro* à decisão. Segundo Daniel Sarmento, é censurável a amplitude com que se admitiu essa eficácia, sem baliza temporal (SARMENTO, 2001, p. 33). Todavia, o STF se vale da técnica há tempos. Por exemplo, ao

Sustenta-se que a premissa da nulidade da lei inconstitucional não pode ser afastada pela consagração da modulação dos efeitos no direito brasileiro. Antes da autorização legislativa, o Supremo já admitia a mitigação dos efeitos retroativos, mas como exceção à regra que consagra a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade. E persiste como exceção, o que confirma a regra da nulidade da lei inconstitucional⁸³. Por fim, verifica-se que não se trata de uma prerrogativa da fiscalização abstrata. A modulação de efeitos é aplicável em sede de fiscalização incidental, conforme já decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal⁸⁴.

Considerações finais

Os vinte anos da democrática Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 autorizam reflexões que vão muito além das considerações aqui trazidas. Procurou-se mostrar, nessas breves linhas, que o instituto da ADI orienta-se ao fim elementar a que se destina o Estado Democrático de Direito: a realização dos direitos fundamentais.

A certeza de que o papel do Estado encontra-se vinculado, sob pena de deslegitimação do poder político, à satisfação dos direitos fundamentais substancia importante conquista. E tal fato tem exigido uma releitura do direito, das categorias jurídicas e, também, um outro modo de praticar as profissões jurídicas. Nesse sentido, com a Constituição de 1988, o Judiciário renovou-se de modo impressionante, estando fortemente comprometido com a Constituição. Se por um lado há uma explosão de litigiosidade, por outro, tem-se a emergência da descoberta, pelo cidadão, de que seus direitos podem ser reclamados junto ao Judiciário. Pouco a pouco, soluções vão sendo buscadas

considerar a regra do art. 68 do Código de Processo Penal uma norma constitucional com trânsito para inconstitucionalidade. Até que se implemente de forma condizente a estrutura das Defensorias Públicas no Brasil, é constitucional a previsão de legitimidade ativa do Ministério Público para a ação civil de reparação dos danos. Contudo, o dispositivo tornar-se-á inconstitucional por ocasião da estruturação completa das Defensorias (RE 147.776/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 19-6-2006).

⁸³ BINENBOJM, 2004, p. 198; SARMENTO, 2001, p. 29.

⁸⁴ No julgamento do Recurso Extraordinário n. 197.917/SP, o STF declarou inconstitucional a lei orgânica do Município de Mira Estrela que estabelecia número desproporcional de vereadores, mas conferiu efeitos *pro futuro* à decisão por razões de segurança jurídica (RE 197.917/SP, rel. Min. Maurício Correa, DJ 7-5-2004). A respeito do tema: MENDES, 2006, p. 294.

para que se atenda de modo satisfatório ao grande número de feitos aforados todos os anos.

O importante é realçar que o Judiciário vem se debruçando sobre a Constituição. Vem exercendo, particularmente o Supremo Tribunal Federal, o papel de guardião da Constituição. Se é certo que algumas decisões podem ser questionadas, talvez por denunciarem certo ativismo, não se pode negar o importante serviço prestado pelo STF nos últimos anos, inclusive por meio do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A doutrina brasileira da efetividade. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, jan./mar. 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 234, out./dez. 2003.

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

_____. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

ELSTER, Jon. Introducción. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999.

_____. *Ulises desatado: estudios sobre a racionalidad, precompromisso y restricciones*. Trad. Jordi Mundo. Barcelona: Gedisa, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAWLS, John. *O Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Ática, 2000.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coords). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.