

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**MEDIDA CAUTELAR E A EFETIVIDADE DO CONTROLE
ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

ANDRÉ DE ALBUQUERQUE GARCIA

RECIFE/2007.

ANDRÉ DE ALBUQUERQUE GARCIA

**MEDIDA CAUTELAR E A EFETIVIDADE DO CONTROLE
ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos.

RECIFE/2007

G216m

Garcia, André de Albuquerque

Medida cautelar e a efetividade do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil / André de Albuquerque Garcia ; orientador Gustavo Ferreira Santos, 2007.

177 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Mestrado em Direito, 2007.

1. Controle de constitucionalidade - Brasil. 2. Direito constitucional. 3. Tutela jurisdicional. I. Título.

CDU 342(81)

“Uma verdade há que me não assusta, porque é universal e de universal consenso: não há escritor sem erros.”

Rui Barbosa

ANDRÉ DE ALBUQUERQUE GARCIA

**MEDIDA CAUTELAR E A EFETIVIDADE DO CONTROLE ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

Dissertação aprovada como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco, por uma comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos – UNICAP – Orientador

Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha – UNICAP

Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa – UFPE

RESUMO

O trabalho versa sobre a disciplina relativa à tutela de urgência no controle concentrado de constitucionalidade, especialmente em seus desdobramentos de natureza processual, seu tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial. Enfoca inicialmente a jurisdição constitucional brasileira, contexto no qual se insere o controle concentrado de constitucionalidade e visa a analisar a natureza jurídica e os efeitos decorrentes da concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional no bojo dos procedimentos. Estudo baseado em dados doutrinários e jurisprudenciais circunscrito às ações concentradas em que se afigura possível o emprego de medidas liminares, a saber, a ação direta de inconstitucionalidade genérica, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Palavras-chave: jurisdição constitucional; tutela de urgência; controle concentrado de constitucionalidade.

ABSTRACT

The work approaches the issues related to urgency injunctions on the constitutional judicial review, specially those related to its process, as well as to its doctrine, precedents and legal treatment. Initially, it focuses on the brazilian constitutional jurisdiction, framework on which the constitutional judicial review is inserted, and it intends to analyze the juridical nature and effects caused by anticipation of effects of jurisdictional injunctions on legal proceeding. Study supported on juridical doctrine and precedents related to lawsuits on which seems feasible the employ of urgency injunctions, such as the generic direct action of unconstitutionality and the claim of violation of fundamental rule of law.

Key-words: constitutional judicial review; urgency injunction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO _____	8
CAPÍTULO I	
JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL _____	12
1.1. Jurisdição constitucional: concepções conceituais _____	14
1.2. Jurisdição constitucional e legitimidade democrática _____	20
1.3. A jurisdição constitucional como legítima garantidora do processo democrático e dos princípios e valores constitucionais: a virtude está no equilíbrio _____	34
CAPÍTULO II	
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL _____	48
2.1. Defesa da Constituição por via incidental: o caso concreto e o incidente de inconstitucionalidade _____	52
2.1.1. Exercício do controle difuso e inexigibilidade do título executivo _____	57
2.1.2. Objetivação do controle difuso e concentração de competências _____	60
2.1.2.1. Súmula vinculante _____	63
2.1.2.2. Recurso extraordinário e repercussão geral _____	68
2.1.3. Efeitos do controle difuso _____	74
2.2. Do controle principal _____	76
2.2.1. Ação direta de inconstitucionalidade _____	79
2.2.1.1. Processo objetivo _____	81
2.2.1.2. Aspectos procedimentais _____	87
2.2.2. Ação declaratória de constitucionalidade _____	90
2.2.2.1. Competência e legitimidade ativa _____	91
2.2.2.2. Objeto _____	93
2.2.2.3. Procedimento _____	99
2.2.3. Argüição de descumprimento de preceito fundamental _____	102
2.2.3.1. Legitimação _____	105
2.2.3.2. Subsidiariedade _____	106
2.2.3.3. Argüição incidental _____	110
CAPÍTULO III	
NATUREZA DO ÓRGÃO RESPONSÁVEL PELO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL _____	116
3.1. Modelo teórico proposto _____	121
3.2. Supremo Tribunal Federal: organização atual e proposta de nova morfologia _____	123
CAPÍTULO IV	
DA MEDIDA CAUTELAR NAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE _____	131

4.1. Medida cautelar nas ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade do modelo brasileiro_____	136
4.2. Medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental_____	140
4.3. Natureza jurídica das cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade_____	143
4.4. Requisitos para a concessão da medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade_____	148
4.5. Efeitos da decisão cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade_____	152
4.5.1.Eficácia vinculativa_____	153
4.5.1.1. Reclamação constitucional_____	156
4.5.2. Eficácia erga omnes_____	160
4.5.3.Eficácia repristinatória?_____	162
CONSIDERAÇÕES FINAIS_____	168
FONTES CONSULTADAS_____	171

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o objetivo de apresentar questões relevantes relacionadas à medida cautelar no controle abstrato de constitucionalidade, importante instrumento de realização da moderna jurisdição constitucional brasileira. Serão também investigados a natureza jurídica e os efeitos da concessão da medida, seu tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial.

Inseridas no contexto da jurisdição constitucional brasileira, as ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade serão apresentadas como procedimentos especiais de natureza objetiva que demandam a necessária adaptação de institutos do processo civil tradicional.

Todo estudo parte da premissa de que o processo constitucional representa uma modalidade de estudo distinta do processo civil tradicional, o que certamente resultará na apresentação de institutos típicos do processo civil tradicional, aplicados ao procedimento com uma roupagem adequada e compatível com o processo constitucional.

Destaque-se que o estudo estará circunscrito às ações concentradas em que se afigura possível o emprego de medidas cautelares, a saber: a ação direta de inconstitucionalidade genérica, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Como ponto de partida será efetuada uma análise do conceito e da legitimidade da jurisdição constitucional circunscrita ao modelo brasileiro.

A inclusão da jurisdição constitucional como parte integrante do estudo que se pretende fazer justifica-se pela necessidade de contextualização do objeto de estudo.

Optamos, como forma de apresentação do tema, iniciarmos o estudo a partir de uma perspectiva geral para chegarmos à particularidade da problemática proposta. Daí a inserção de questões relativas à jurisdição constitucional.

Assim sendo, a proposta é centrada inicialmente na investigação do conceito e da unidade conceitual da jurisdição como manifestação do poder soberano do Estado e

sua necessária adaptação à lógica própria da jurisdição constitucional, desaguando, portanto, na constatação da necessidade de um corte conceitual, dadas as suas características singulares.

É certo que, diante da unidade conceitual e orgânica do exercício da jurisdição no modelo brasileiro, somente se pode falar em jurisdição constitucional considerando-se a especificidade do objeto a ser concretizado através de seu exercício.

No que respeita ao objeto da jurisdição constitucional, será rejeitada sua redução apenas ao controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Nossa proposta, na hipótese, coaduna-se com a visão de muitos doutrinadores brasileiros e estrangeiros que entendem a jurisdição constitucional como uma função estatal relacionada com a aplicação, garantia e concretização dos valores, princípios e regras dispostos na Constituição.

No particular, a jurisdição constitucional brasileira encontra-se em visível processo de amadurecimento, tanto sob o ponto de vista jurisprudencial quanto doutrinário.

O momento histórico em que vivemos, marcado pela tentativa de convivência harmônica entre o rigor positivista e o retorno de valores e princípios com traços jusnaturalistas, vem fortemente influenciando os métodos de interpretação e aplicação da Constituição, como também a postura do intérprete diante da interação entre a norma e a complexa realidade que o cerca.

Diante dessa nova hermenêutica constitucional, o desenvolvimento da jurisdição constitucional deve estar comprometido necessariamente com o cumprimento dos fins, das diretrizes e dos objetivos estabelecidos, em nosso pacto vivencial, pelo Constituinte Originário.

A nossa posição, neste trabalho, propugna pela rejeição de posturas desvinculadas do compromisso com a concretização dos valores consagrados na Constituição e defende uma atuação jurisdicional pautada pelo necessário equilíbrio entre o espaço destinado às instâncias democráticas e a jurisdição constitucional.

Busca também o trabalho tecer breves considerações sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Nesse aspecto, entendemos perfeitamente possível a necessidade de justificativa democrática, sem que isso signifique renúncia ou

descompromisso com o projeto constitucional definido, ou ainda desprestígio do papel reservado ao juiz constitucional.

Na esteira do pensamento de ROBERT ALEXY, em verdade, a jurisdição constitucional e a instância democrática são formas de representação popular. São poderes constituídos com atribuições complementares.

A democracia constitui uma instância representativa de natureza política; enquanto a jurisdição constitucional, uma instância argumentativa e reflexiva das deliberações democráticas.¹

Enfim, não são conceitos excludentes, mas sim pontos de partida para que sejam atingidos os fins do projeto constitucional previsto em nosso pacto vivencial.

A proposta defendida, como foi afirmado anteriormente, é no sentido de conceber uma atuação do juiz constitucional voltada para a proteção dos valores, princípios e direitos fundamentais consagrados em nosso sistema constitucional por obra do Poder Constituinte Originário.

A seguir será realizada uma breve análise crítica do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no modelo brasileiro e apresentada uma proposta de alteração estrutural de nossa Corte Suprema, de modo a enquadrá-la definitivamente na condição de Tribunal Constitucional.

Após a apresentação da jurisdição constitucional e de seus desdobramentos, analisaremos o modelo de jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade brasileiro, que é caracterizado pela convivência entre o modelo norte-americano e o modelo continental europeu.

Inicia-se a exposição com breves comentários acerca do controle de constitucionalidade no Brasil, destacando-se a convivência dos métodos difuso e concentrado, característica marcante do exercício da jurisdição constitucional em nosso país.

Será feita uma breve abordagem sobre as ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, especificamente dos procedimentos que admitem a efetivação de medidas cautelares.

¹ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Trad. Luís Afonso Heck. RDA 217, p.66.

No que respeita ao estudo da medida cautelar, inicialmente será procedida uma investigação sobre suas reais características e sua natureza.

O tema em relevo versa sobre a possibilidade de, no exercício da jurisdição concentrada de controle de constitucionalidade, concessão de medida cautelar que resulte na suspensão provisória da eficácia de uma lei ou um ato normativo ou a suspensão de feitos nas instâncias ordinárias e a conseqüente repercussão nos casos concretos julgados no exercício da jurisdição cível convencional, tarefa atribuída ao Poder Judiciário.

Será procedida também uma tentativa de estudo tendo por objeto específico os efeitos decorrentes da decisão cautelar na via abstrata, em que as noções de efeitos repristinatórios, eficácia *ex nunc*, força vinculante e eficácia *erga omnes* das decisões liminares proferidas no bojo de ações diretas de inconstitucionalidade, da ação declaratória e da argüição de descumprimento de preceito fundamental serão analisadas.

Esta dissertação é resultado de pesquisas doutrinárias e análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois parece ser fundamental aliar o estudo da legislação à abordagem doutrinária e ao exame da jurisprudência.

Portanto, o método consiste na análise da legislação em vigor, com referências históricas, acompanhado da demonstração do entendimento que vem sendo manifestado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no período posterior à vigência das leis de regência da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

O objetivo principal a ser atingido, partindo-se de uma abordagem sobre a jurisdição constitucional brasileira, é de examinar, na doutrina, a problemática da tutela de urgência na perspectiva de sistematização do tratamento dado no âmbito do controle concentrado.

Dessa forma, o objetivo geral da pesquisa será obtido através da descrição – partindo-se da doutrina específica em cotejo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – da jurisdição constitucional brasileira e de um importante instrumento de realização, que é a medida cautelar, sua natureza jurídica e os efeitos decorrentes da concessão da tutela de urgência no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

CAPÍTULO I

JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

A jurisdição, tal como conceituada segundo a doutrina processualista tradicional, é comumente definida como função constitucional através da qual o Estado substitui a vontade das partes litigantes para subsumir a norma abstrata prevista no ordenamento jurídico ao caso concreto com ânimo de definitividade.²

Em um modelo como o brasileiro, no qual a Constituição garante a inafastabilidade do exercício da jurisdição e, ao mesmo tempo, protege a decisão judicial frente à possibilidade de retroação dos efeitos da legislação, a jurisdição constitui espécie de função tipicamente estatal voltada para assegurar a estabilização e pacificação das relações conflituosas que sejam juridicamente relevantes.

É certo que o exercício dessa função estatal não se resume à declaração do direito a ser aplicado ao conflito de interesses deduzido em juízo, uma vez que pode estar voltada para a realização do direito previamente determinado para reger o caso concreto ou ainda para a declaração de direitos, mesmo diante da inexistência de eventuais pretensões individuais.

O exercício da jurisdição, portanto, sem descurar de sua natureza declaratória, pois é através da jurisdição que o Estado aplica e declara a vontade do direito objetivo, também pode vir acrescentada pela satisfação do direito declarado ou se limitar a assegurar a utilidade de outra relação jurídica de natureza processual.

Não entendemos a lide como elemento essencial ao conceito de jurisdição³, em outras palavras, o conflito de interesses qualificado por uma resistência à pretensão

² Como a última palavra no que respeita à aplicação e interpretação da Constituição cabe ao juiz constitucional, esta característica assume contornos relevantes e contundentes, uma vez que a decisão da justiça constitucional não está sujeita ao crivo ou à revisão de outras instâncias de Poder, inclusive aquelas unguidas pelo voto dos eleitores.

³ No mesmo sentido: DIDIER JR, Fredie. *Direito Processual Civil*. Salvador: Edições Jus Podium, 2005, Vol. I, p. 76 e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2002, Vol. I, p. 67.

convertido em litígio, na lição de FRANCESCO CARNELUTTI⁴, apesar de importante, apenas orbita em torno do universo jurisdicional, mas não integra o seu conceito.

Trata-se de uma conclusão importante, porém insuficiente para enquadrar sem receios a jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade como uma autêntica espécie de jurisdição, muito embora apresente peculiaridades que a tornam diferenciada, especialmente no caso do controle abstrato de constitucionalidade.

Por certo restaria muito difícil entender como um típico exercício da jurisdição o processamento de um feito que não se caracteriza pela existência de interesses subjetivos deduzidos, voltado para tutela da ordem jurídica abstratamente considerada, constituindo o que a doutrina costuma classificar como um processo de natureza objetiva.

A despeito de entendermos que a lide não integra o conceito de jurisdição, em nossa percepção a jurisdição constitucional representa uma modalidade distinta, que não se adapta aos conceitos acima relatados e que, portanto, deve ser estudada à luz de princípios e conceitos peculiares.

É precisamente o que ocorre no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, modalidade de exercício de jurisdição constitucional caracterizada pela inexistência de partes no sentido material, uma vez que não há uma relação processual formada nos moldes típicos do direito de ação tradicionalmente consagrado em nosso sistema processual.⁵

Além do tratamento especial dado à legitimação ativa, para mencionar mais alguns, relacionamos o procedimento especial previsto para as ações concentradas, que apresenta características próprias, a começar pelo direito tutelado, que em última instância pode ser classificado como direito difuso, e ainda o tratamento dado à eficácia subjetiva decorrente da formação da autoridade da coisa julgada.

⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, Franca: Lemos e Cruz Livraria e Editora, 2004, Vol. I, p.93.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 116. Didaticamente o ilustre Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro nos ajuda a esclarecer a natureza objetiva da ação direta de inconstitucionalidade, típica ação que integra o arsenal de ações constitucionais do controle concentrado brasileiro: “Trata-se, no entanto, de verdadeira ação, no sentido de que os legitimados ativos provocam, direta e efetivamente, o exercício da jurisdição constitucional. Mas certamente não se cuida do típico direito de ação, consagrado na Constituição (art. 5º, XXXV) e disciplinado pelas leis processuais. Não há pretensões individuais nem tutela de direitos subjetivos no controle de constitucionalidade por via principal. O processo tem natureza objetiva, e só sob o aspecto formal é possível referir-se à existência de partes”.

A jurisdição conceitualmente pode ser compreendida ao mesmo tempo como poder, função e atividade estatal⁶, ou seja, a jurisdição autoriza o Estado a impor suas decisões em caráter coercitivo, por meio dos órgãos judiciais, por atos praticados pelos árbitros estatais, sempre através do processo.

É nesse sentido que concebemos a jurisdição constitucional, a saber, atividade especial que apresenta características que não se confundem com aquelas identificadas na jurisdição ordinária e que possui um espaço de atuação próprio e complementar que não se confunde com o que é destinado às instâncias da democracia representativa.

1.1. Jurisdição constitucional: concepções conceituais

O tópico que se inicia pressupõe o exercício da jurisdição constitucional como verdadeira guardiã dos procedimentos deliberados pelo Estado Democrático e passa pela proteção dos valores, princípios e regras catalogados no texto da Constituição.

De início, procuraremos deixar clara nossa despreocupação com rótulos ou classificações que, em nossa concepção, na maioria das vezes, apenas contribuem para limitação de possibilidades e escolhas.

De fato nossas posições terão como referência construções doutrinárias de autores nacionais e estrangeiros cujas concepções identificam-se com correntes comumente denominadas de substancialistas e procedimentalistas.

As referidas correntes de pensamento versam, em breves palavras, sobre concepções aparentemente díspares acerca da relação tormentosa entre a democracia e o constitucionalismo, representado neste trabalho pela jurisdição constitucional.

Portanto, fixaremos nosso entendimento sobre as características que diferenciam a democracia substancial do procedimentalismo da democracia representativa.

Para os procedimentalistas o exercício da jurisdição deve limitar-se à proteção do procedimento democrático. A concepção procedimentalista atribui à jurisdição um papel assecuratório de respeito aos procedimentos construídos pelas instâncias de deliberação democrática (due process of law).

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini e ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de.

A concepção de democracia para esta corrente de pensamento, baseada na soberania popular, é aparentemente incompatível com uma atuação jurisdicional que vá além da proteção do próprio sistema democrático e do direito de participação do povo em igualdade de condições.

Nesse sentido, afirma ROGÉRIO GESTA LEAL:

“Tal preocupação tem sentido de ser, eis que nossa democracia representativa efetivamente está baseada na idéia de participação político-social por veículos institucionais e não-institucionais, devendo eles demarcar o que se pretende em termos de sociedade e país. Daqui resulta que o Poder Judiciário (ou qualquer outro Poder Estatal) não tem o condão de *make public choices*, mas pode e deve assegurar aquelas escolhas públicas já tomadas por estes veículos, notadamente as insertas no Texto Político, demarcadoras dos objetivos e finalidades da República Federativa.”⁷

Assim, com base nessa corrente, a vontade da maioria, representada pelas instituições e pelas formas de participação democráticas, detém o privilégio das escolhas e prioridades delineadas na Constituição.

Todas as decisões políticas fundamentais, a partir do pacto vivencial simbolizado pela Constituição, bem como a definição de políticas públicas, devem ser tomadas exclusivamente por agentes públicos eleitos pelo voto popular.

Nesse sentido, os espaços próprios atribuídos à jurisdição e à democracia estão claramente definidos, cabendo à jurisdição a garantia das condições necessárias para lisura formal e material do processo legislativo democrático.

A saber, as constituições devem estabelecer as formas e os procedimentos decisórios do Estado, cabendo a decisão propriamente dita às instâncias típicas da democracia representativa. A legitimação da jurisdição constitucional reside na promoção da tutela dos procedimentos definidos pelo Estado Democrático: o que importa é o processo (o resultado é a consequência do procedimento).

Teoria Geral do Processo. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p.139.

⁷ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juíz na Democracia Contemporânea. Uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 41-42.

Depreende-se da análise dos fundamentos procedimentalistas que a jurisdição perde legitimidade democrática na medida em que sua atuação extrapolar os limites de guarda dos procedimentos criados pelo legislador.

Enfim, a preocupação centra-se na construção e proteção de procedimentos justos, para que seja viável a tomada de decisões pelo Estado democrático.

Apesar da variedade de concepções, pode-se dizer que a concepção substancialista defende que se deve assegurar um mínimo de preceitos fundamentais em face até de eventuais maiorias legislativas.

A concepção substantiva atribui à jurisdição a legitimidade para promover a afirmação de valores substantivos dispostos na Carta Constitucional, não se limitando apenas à proteção de procedimentos definidos pelas instâncias democráticas.

Estabelecidas as diferenças básicas entre as correntes de pensamento acima mencionadas, passaremos a analisar o papel da jurisdição constitucional a partir de tais conceitos.

Como dito, a jurisdição expressa exercício de poder por parte do Estado. Trata-se de função estatal atribuída, no modelo brasileiro, com exclusividade, ao Poder Judiciário.⁸

Também é característica brasileira o caráter uno e indivisível da jurisdição. Não importa, destarte, a natureza do conflito deduzido em juízo.⁹

No entanto, a jurisdição constitucional em verdade constitui uma espécie de manifestação da jurisdição estatal que possui objeto e procedimento diferenciados, os quais decorrem da especificidade e singularidade que possui a Constituição.¹⁰

É certo que não há consenso quanto ao objeto da jurisdição constitucional, e considera ANDRÉ RAMOS TAVARES que a expressão abarca os meios de proteção da Constituição “sob todos os seus aspectos, desde que operada por um tribunal (exercício de

⁸ Mesmo diante de situações admitidas pelo ordenamento jurídico em que se afigura possível a renúncia à arbitragem estatal, entendemos que o princípio da inafastabilidade da jurisdição não abre espaço para outra conclusão.

⁹ Ensinam CÂNDIDO DINAMARCO, ADA PELLEGRINI e ANTÔNIO CARLOS CINTRA, *op. Cit.*, p.150: “A jurisdição, como expressão do poder estatal soberano, a rigor não comporta divisões, pois falar em diversas jurisdições num mesmo Estado significaria afirmar a existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido; a jurisdição é, em si mesma, tão uma e indivisível quanto o próprio poder soberano. A doutrina, porém, fazendo embora tais ressalvas, costuma falar em *espécies de jurisdição*, como se esta comportasse classificação em categorias.”

¹⁰ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *op.cit.*, p.57.

jurisdição) como função exclusiva (eliminando desse conceito tribunais que desempenhem a jurisdição comum concomitantemente).¹¹”

Destaca ainda que parte da doutrina não diferencia de forma adequada a jurisdição constitucional do que se costuma identificar como justiça constitucional e chega a propor que este último termo sirva para identificação da atividade desempenhada pelos tribunais constitucionais.

Facilmente podem-se encontrar na doutrina diversas conotações do que se entende por jurisdição constitucional. Muitos autores empregam o termo como sinônimo de controle de constitucionalidade. Em outro sentido, é considerado como objeto da jurisdição constitucional também o estudo do catálogo de remédios constitucionais voltados para a proteção dos direitos fundamentais. Como se vê, pode o objeto de estudo da jurisdição constituir-se como bastante amplo.

Na linha de maior amplitude do objeto, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO enuncia o que denomina de domínio próprio da justiça constitucional:

“A pontualização dos momentos relevantes na gênese da justiça constitucional permite agora, em forma de síntese, individualizar os seus domínios típicos, ressaltando-se sempre, como é natural, as particularidades de cada ordenamento jurídico-constitucional:

(1) *Litígios constitucionais (Verfassungstreitigkeiten)*, isto é, litígios entre órgãos supremos do Estado (ou outros entes com direitos e deveres constitucionais);

(2) *Litígios* emergentes da separação vertical (territorial) de órgãos constitucionais (ex.: federação e estados federados, Estados e regiões);

(3) *Controlo da constitucionalidade* das leis e, eventualmente, de outros actos normativos (Normenkontrolle);

(4) *Protecção autónoma de direitos fundamentais (Verfassungsbeschwerde)*;

(5) *Controlo da regularidade de formação dos órgãos constitucionais* (contencioso eleitoral) e de outras formas importantes de expressão política (referendos, consultas populares, formação de partidos);

(6) *Intervenção nos processos de averiguação e apuramento da responsabilidade constitucional* e, de um modo geral, a defesa da constituição contra crimes de responsabilidade (*Verfassungsschutzverfahren*).”¹²

¹¹ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 151.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6a ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 962.

Também considerando uma maior amplitude do objeto da jurisdição constitucional e, ao mesmo tempo, indicando o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos como um dos mais relevantes domínios da jurisdição constitucional, WALBER DE MOURA AGRA ensina:

“De forma esquemática, podemos dizer que a jurisdição constitucional compreende as seguintes atividades: a) a proteção e garantia de concretização dos direitos fundamentais; b) controle de constitucionalidade das normas e atos normativos; c) controle e fiscalização do sistema eleitoral, englobando os institutos da democracia participativa, como o plebiscito e o referendo, com o escopo de velar pela lisura das eleições; d) funcionamento como instância judiciária, para assegurar o equilíbrio federativo, solucionando os litígios entre os componentes do Estado; e) demarcação dos limites de incidência de competências dos entes federativos; f) controle dos poderes públicos para que possam atuar com eficiência e atender ao bem comum da sociedade.”¹³

A concepção ampla defendida atribui à jurisdição uma função instrumental relevante que seria voltada à efetivação das finalidades do Estado Democrático Social de Direito, afastando assim a visão reducionista daqueles que associam a jurisdição constitucional ao controle de constitucionalidade.

No nosso entender não restam dúvidas de que o conceito de jurisdição constitucional não pode ser reduzido ao estudo do controle de constitucionalidade. Este é apenas um dos domínios típicos, na feliz expressão de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, do objeto da jurisdição constitucional que engloba também: a) a tutela constitucional das liberdades; b) a jurisdição constitucional da federação e das técnicas de repartição de competências; c) contencioso eleitoral; d) e quaisquer outras possibilidades de interpretação, aplicação e concretização das normas constitucionais.

Da avaliação dos domínios próprios da jurisdição constitucional o papel do juiz constitucional, notadamente na concepção proposta por HANS KELSEN, deve corresponder ao que seria identificado como uma espécie de *legislador negativo*, ou seja,

¹³ AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.20.

fiscal da compatibilidade vertical dos atos legislativos, garantindo a supremacia formal da Constituição e, mediamente, protegendo todo o seu conteúdo.

A definição do objeto foi estabelecida no estágio inicial de desenvolvimento da jurisdição constitucional que era voltada para a garantia da supremacia da Constituição, limitando a atuação do juiz constitucional ao padrão clássico de constitucionalismo, isto é, a visualizá-lo como técnica de limitação de poder.

Porém, a proposta kelseniana, a despeito do rigor formal próprio do positivismo jurídico, trazia como corolário, por trás de todo o formalismo, mediamente, a defesa de todo o conteúdo disposto nas constituições.

Assim, ao propor a defesa intransigente da forma, HANS KELSEN lograva também a proteção do conteúdo.

É certo que o constitucionalismo moderno ultrapassou suas bases garantísticas e passou a ser concebido como um ideário complexo de metas, programas, princípios, valores e novos direitos consagrados nos textos das constituições contemporâneas.

E essa heterogeneidade típica das sociedades pluralistas, como a nossa, informa e amplia o objeto da jurisdição constitucional, cujo exercício cabe à judicatura ordinária ou a tribunais com competência especial.

A doutrina constitucionalista identifica com precisão a amplitude do objeto e da abertura própria dos conteúdos das constituições modernas, cujas normas formalmente constitucionais possuem, em sua maioria, estrutura diferenciada em relação às normas jurídicas em geral, pois funcionam como veículo para normatização de princípios, metas, e programas para a sociedade.

Caracteriza-se a Constituição pela especificidade de seu conteúdo e densidade valorativa de suas normas mais acentuada, se comparada às normas jurídicas em geral.

Como foi afirmado antes, em uma ordem constitucional marcada pela complexidade e abertura, cujo Diploma Constitucional abriga valores, princípios e regras dotados de normatividade, são amplas as possibilidades do intérprete que passa a desempenhar evidente papel decisivo.

Diante dessa liberdade de conformação que caracteriza a moderna hermenêutica constitucional, como é possível compatibilizar a jurisdição constitucional com o espaço próprio destinado aos órgãos de deliberação democrática, especialmente quanto à possibilidade de declaração de nulidade das leis e dos atos normativos? Eis um questionamento que permeia o tema em análise e que está diretamente relacionado à necessidade de delimitação de espaços próprios definidos previamente pela Constituição.

Como se sabe, o Estado de Direito tem como marco inicial o constitucionalismo, enquanto o estado democrático está centrado no princípio majoritário.

A juridicização do poder, promovida pela Constituição, implica necessariamente a determinação de limites formais e materiais aceitos originalmente na definição dos conteúdos das Constituições.

Resta saber como estabelecer o ponto de equilíbrio entre a preservação dos procedimentos e conteúdos materiais mínimos e a soberania da vontade popular.

1.2. Jurisdição constitucional e legitimidade democrática

O questionamento acerca da questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional resulta em grande parte da tensão gerada pela intervenção do estado de direito no regime democrático, como ocorre de forma mais evidente no âmbito do controle de constitucionalidade, reconhecidamente o mais contundente mecanismo de intervenção da autoridade judicial (estado de direito) – particularmente através da jurisdição constitucional – na esfera política (estado democrático).

Observa LUÍS PRIETO SANCHÍS:

“Si la democracia constituye un modelo valioso de convivência no es simplemente porque proporciona una regla para resolver las disputas políticas, sino porque propicia mejor que otros sistemas el desarrollo de autonomía individual, del diálogo, de la igualdad de derechos y de la participación de todos en los asuntos comunes; que és justamente lo que históricamente pretendieron impulsar las Constituciones. Esto no significa, sin embargo, que su convivência resulte pacífica; al contrario, a veces de la impresión de que “a la soberanía popular le va mal el Estado de Derecho”. Y es que, como no podría ser de otra forma, entre el criterio democrático, según el cual las decisiones colectivas han de adoptarse por mayoría, y el criterio constitucional, que excluye determinadas cuestiones de esa

esfera colectiva y que condiciona como y, a veces también, qué puede o debe decidirse por mayoría, se advierte una lógica tensión.”¹⁴

Numa tentativa de resumir as questões relacionadas ao que se pode denominar de “dilema contramajoritário”, expressão que serve para identificar a tensão acima mencionada, são comuns os seguintes questionamentos: a) como conciliar com o regime democrático de governo o fato de que agentes públicos não eleitos possam interferir nas deliberações desse regime? Se forem possíveis (legítimas) tais intervenções, quais seriam as possibilidades e os limites?

Obviamente, todos os questionamentos partem do pressuposto de que o regime democrático tem como fundamento a soberania popular, portanto, a organização de estados democráticos, seus procedimentos e políticas públicas devem levar sempre em consideração a vontade da maioria.

Para isso, cada estado elege as formas adequadas para viabilizar a participação popular no processo decisório, a maioria deles o faz através de mecanismos representativos, mesclando-os, como no caso do Brasil, com instrumentos que permitem a participação direta do eleitorado, *e.g.*, plebiscito, referendun e iniciativa popular de leis.

Portanto, a soberania popular é o princípio balizador do regime democrático, cuja premissa básica é o condicionamento do exercício do poder político a uma justificação que deve surgir do povo, por meio de mecanismos de participação escolhidos, nas democracias representativas, pelo legislador.

Essa justificação do exercício do poder político é destacada por ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE:

“El principio de la soberanía del pueblo se apoya en dos ideas: la de que el poder que ejerce el dominio político – el dominio de hombres sobre hombres – no es algo que esté simplemente dado o que haya de suponerse, sino que es algo que necesita ser deducido mediante una justificación (legitimación), y la de que esta

¹⁴ PRIETO SACHÍS, Luis. Constitución y democracia. In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, pp.137-138.

legitimación solo puede partir del pueblo mismo y no de cualquier instancia ajena a este.”¹⁵

Diante dessa concepção, a democracia como forma de governo fundada na soberania popular é um princípio de organização pelo qual ao povo é atribuída a titularidade e o exercício do poder do Estado.

Portanto, todo e qualquer exercício de poder deve submeter-se a esse postulado, a saber, a influência decisiva e efetiva da vontade popular, o qual remete à necessidade de legitimação democrática em suas diferentes formas de manifestação.

A legitimação pode configurar-se de formas distintas, segundo o autor é possível falar-se de legitimação democrática funcional e institucional, de legitimação democrática orgânico-pessoal e, finalmente, de uma legitimação democrática material ou de conteúdo.

A legitimação democrática no sentido funcional revela-se através do reconhecimento recíproco dos poderes constituídos dos limites e das possibilidades de exercício de suas funções constitucionalmente estabelecidas.¹⁶

A legitimação orgânico-pessoal, o processo de designação dos titulares de cargos públicos deve ocorrer por deliberação direta do povo ou, indiretamente, por meio de órgão representativo da vontade popular.

Essa forma de legitimação admite a possibilidade de coexistência de membros de órgãos colegiados cuja investidura não tenha passado pelo crivo democrático, desde que a maioria de sua composição tenha se originado da escolha popular.

Já a justificação democrática material configura-se por meio da legislação, produto da deliberação parlamentar cujos membros são eleitos diretamente pelo povo ou por meio de outras formas em que se permite o exercício de determinadas responsabilidades, desde que submetidas a mecanismos de controle.¹⁷

¹⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madri: Trotta, pp. 47-63.

¹⁶ No particular, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI concebe o sentido funcional sob o aspecto finalístico, ou seja, de acordo com a contribuição da instituição para preservação do regime democrático: “uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o Judiciário”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Poder Judiciário, crises, acertos e desacordos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.53.

¹⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *op. cit.* pp. 56-63.

A lição acima destacada é bastante esclarecedora para a busca pela justificação do exercício da jurisdição constitucional em sociedades democráticas como a nossa.

Como subsídio que serve perfeitamente para ilustrar a delimitação dos campos próprios de atuação das instâncias de poder nos intensos debates que antecederam a promulgação da Constituição dos Estados Unidos de 1787, uma das questões centrais discutidas versava sobre a possibilidade de declaração de nulidade dos atos do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. Em um dos artigos escritos por ALEXANDER HAMILTON encontramos a justificativa proposta pelo gênio norte-americano:

“Se se imaginar que os congressistas devem ser os juízes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepujar a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação.”¹⁸

Em verdade, a crítica democrática da jurisdição constitucional relacionada com a sua natureza contramajoritária ajuda-nos, por outro lado, na busca por respostas aos questionamentos que vão desaguar em justificativas plausíveis em favor da legitimidade inicialmente questionada.

Essa discussão ocorre em todos os países do mundo ocidental, com maior ou menor intensidade, a depender do tipo de modelo e também do momento histórico.

Nos Estados Unidos, por exemplo, tais questionamentos costumam ganhar força na medida em que a Suprema Corte apresenta uma composição mais progressista, como ocorreu nos anos de 1953 a 1969, em que a presidência coube ao lendário *Chief Justice* Earl Warren.¹⁹

¹⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003, p.471.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*, p.53.

No modelo norte-americano, a origem de tudo está no célebre caso *Marbury v. Madison*, *leading case* que inaugurou a jurisdição constitucional norte-americana e que revelou bastidores bastante conturbados que influenciaram decisivamente seu resultado.²⁰

No entanto, a decisão de Marshall teve o mérito de estabelecer o marco inicial dos limites constitucionais fixados pelo juiz constitucional aos atos do poder político, ainda que tais atos tenham resultado da manifestação de vontade dos representantes do povo.

Já no velho continente as relações conturbadas entre a democracia e o constitucionalismo tiveram um novo e estimulante embate com a célebre polêmica entre HANS KELSEN e CARL SCHMITT.

No início do século passado, CARL SCHMITT apresentava seus argumentos para contestação da doutrina kelseniana que defendia uma justiça constitucional exercida concentradamente por um tribunal distinto da justiça ordinária ao qual competia a tarefa de fiscalização em abstrato das leis e dos atos normativos. Para ele, a jurisdição constitucional kelseniana atribui aos juízes que atuam no tribunal constitucional proposto um papel que deve ser reservado aos órgãos de representação política, pois não caberia aos juízes a possibilidade de invalidação das deliberações fruto de um processo majoritário.

²⁰ MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 95 ss. Interessante a informação trazida pelo professor paulista ao comentar a origem do controle de constitucionalidade no sistema norte-americano: “A Suprema Corte exerce o controle difuso de constitucionalidade tanto em relação às leis ou atos normativos estaduais ou municipais.

A idéia de supremacia jurisdicional por meio do controle de constitucionalidade foi firmada no célebre caso *Marbury v. Madison*, em histórica decisão da Suprema Corte americana, relatada por seu *Chief Justice* John Marshall.

Marbury havia sido nomeado em 1801, nos termos da lei, para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia, pelo então Presidente da República John Adams, do Partido Federalista, que se encontrava nos últimos dias de seu mandato.

Ocorre, porém, que não houve tempo hábil para que fosse dada a posse ao já nomeado *Marbury*, antes que assumisse a Presidência da República o republicano Thomas Jefferson. Este, ao assumir, determinou que seu Secretário de Estado, Madison, negasse posse a *Marbury*, que por sua vez, em virtude dessa ilegalidade, requereu à Suprema Corte um *mandamus*, para que o Secretário de Estado Madison fosse obrigado a dar-lhe posse.” Ao final o Juiz Marshall, analisando a compatibilidade da Lei Judiciária de 1789, que permitia a expedição de mandados para sanar ilegalidades do Poder Executivo, entendeu pela sua inconstitucionalidade, declarando-se incompetente para julgar o pedido de *Marbury*.” A inestimável contribuição do Juiz Marshall, porém, foi antecedida de um cenário de fortes pressões e até ameaças de impeachment dirigidas ao *Chief Justice* noticiadas pela imprensa da época. Embora hábil politicamente para determinar as premissas básicas aplicadas até hoje pelo *judicial review*, a decisão de Marshall, sob o ponto de vista técnico, deixou a desejar. Inverteu o *chief justice* norte americano a ordem da fundamentação do julgado, apreciando a questão de fundo antes de declinar a incompetência da Suprema Corte para julgamento da causa.

Segundo seu entendimento, seria um verdadeiro golpe contra a concepção de democracia por ele proposta.

Em célebre escrito²¹, atribuía ao Presidente do Reich o papel de guardião da Constituição. É sempre bom lembrar que a posição de CARL SCHMITT quanto ao órgão responsável pela jurisdição constitucional guarda estreita relação de coerência com sua concepção de Constituição.

Seguindo a linha decisionista, a Constituição não se limita a um mero repositório de normas formalmente estatuído, congrega também um conjunto de decisões políticas fundamentais estruturadoras da sociedade política.

Diante da sua concepção política do vocábulo Constituição, passamos a compreender a relutância do mestre alemão em aceitar como atribuição dos tribunais ou de um tribunal específico, como o tribunal constitucional, o exercício da jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade, a saber, o papel de guardião da Carta Política de determinado Estado.

A questão da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional é tema central dos questionamentos de SCHMITT na aludida obra.

Por sua vez, o positivismo kelseniano defendia exatamente o contrário. Em resposta a CARL SCHMITT, o mestre de Viena apresenta como órgão indispensável para a democracia moderna o tribunal constitucional, o qual concentraria as ações voltadas para manutenção da supremacia constitucional.²²

OSCAR VILHENA VIEIRA resume a questão:

“A idéia kelseniana de uma justiça constitucional capaz de revogar atos do parlamento foi fortemente contestada por Carl Schmitt, ainda nos anos de 1920. Para o autor, o sistema de justiça constitucional é incompatível com o regime democrático, onde [sic] as decisões políticas devem ficar no âmbito do legislativo ou executivo, no caso de um regime presidencialista. Aos juízes é incumbido julgar ‘sobre a base da lei’ e não julgar a própria lei; seria entregar à ‘aristocracia de toga’ todo o poder político. Para Carl Schmitt somente o supremo chefe da nação, escolhido plebiscitariamente, teria legitimidade para exercer a função de controlar a constitucionalidade das leis.”²³

²¹ SCHMITT, Carl. *O Guardiã da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

²² KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 55.

No entanto, a experiência na Alemanha demonstrou mais tarde a necessidade de mecanismos de controle da legitimidade dos atos legislativos e executivos, ainda que não unguídos diretamente pela vontade popular.

É que após a derrocada da república de Weimar, durante o regime nazista, diversas leis, incluindo diplomas legais vergonhosamente segregacionistas, foram promulgadas, por delegação do Parlamento, pelo então Chanceler ADOLF HITLER, a despeito de se tratarem de verdadeiros atentados à dignidade humana.²⁴

O pós-guerra de 1945 pode ser definido como o marco inicial da jurisdição constitucional tal como hoje a concebemos, a partir daí, tanto nos Estados Unidos quanto no continente europeu, surge de fato a moderna jurisdição constitucional, que, através do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, possibilita a censura à atuação legislativa, especialmente diante de situações em que maiorias eventuais possam atuar em detrimento das formalidades e dos conteúdos mínimos delineados no texto constitucional.

Ainda que se possa dizer que a experiência norte-americana seja mais antiga, pois desde Marshall a Suprema Corte dos Estados Unidos fincou as bases do *judicial review*, ainda assim, mesmo no modelo estadunidense, somente no século XX o controle de constitucionalidade passou a ser uma realidade incontestável da experiência judicial.

Ensina CLÁUDIO ARI MELLO:

“Vale dizer, a despeito da natureza supostamente antidemocrática ou contramajoritária da jurisdição constitucional, ela se converteu

²⁴ Em 23 de março de 1933, Hitler conseguiu do Parlamento Alemão autorização para legislar sobre diversos assuntos de interesse do regime que se iniciava. A seguir, destacamos alguns exemplos de leis editadas entre os anos de 1933 e 1939: a) lei de proteção do sangue e honra ariana, proibindo os casamentos entre judeus e arianos; decreto obrigando os judeus a utilizarem como símbolo de identificação a “estrela de Davi” costurada na roupa, bem como restringindo sua liberdade de locomoção; c) decreto determinando a liquidação de agências imobiliárias de corretagem pertencentes a judeus, transferindo-as aos não-judeus; d) decreto autorizando autoridades locais a barrarem judeus nas ruas em determinados dias (feriados nazistas); e) criação dos guetos, locais de confinamento e de restrição de locomoção de judeus; f) lei nacional proibindo o trabalho em órgãos públicos de testemunhas de Jeová; g) lei de prevenção de progênie com doenças hereditárias, com base nessa lei, os nazistas esterilizaram e depois assassinaram centenas de milhares de deficientes físicos e mentais. Cf. <http://jus2.com.br/doutrina/texto.asp?id=6875>.

em um elemento fundamental das democracias constitucionais modernas.”²⁵

No entanto, a legitimidade das intervenções da justiça constitucional na instância democrática somente pode ser compreendida em um contexto em que se considere que ambas as instâncias foram constituídas pelo mesmo poder e que possuem espaços próprios de atuação definidos por este.

Tanto as instituições democráticas, quanto a justiça constitucional são instâncias de representação popular constituídas, criaturas diretas da soberania popular consubstanciada através da vontade do Constituinte Originário.

Portanto, nos países que possuem constituições promulgadas, a jurisdição constitucional é fruto da decisão da instância máxima de deliberação democrática, o que revela a origem comum que compartilha com as demais instâncias típicas da democracia representativa.

É certo que a democracia representativa falhou. Falhou no sentido de não ser suficiente para a transformação da Constituição em realidade. A falha também é evidenciada diante da conclusão incontestável de que os representantes do povo não representam efetivamente a vontade da coletividade, especialmente em sociedades plurais como a nossa, nas quais os parlamentares são eleitos, em sua maioria, com vinculações a interesses de grupos de pressão organizados e que não necessariamente refletem os interesses da maioria.

Como lembra ALEXANDRE DE MORAES:

“A lei enquanto obra do legislador e expressão da vontade soberana do povo, que consiste em tradição do século XIX, tornou-se mera ficção, pois seja em virtude da flagrante crise da Democracia representativa, seja pelo fortalecimento do poder político dos grupos de pressão, a lei não necessariamente representa o povo e, por muitas vezes, desrespeita princípios e direitos fundamentais básicos, com a finalidade de favorecimento de alguns poucos, mas poderosos, grupos de pressão.”²⁶

²⁵ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 20.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p.64.

Mas essa desconfiança, generalizada nas sociedades democráticas, não pode resultar na transferência total e irrestrita da resolução de todos os conflitos do estado democrático para o Poder Judiciário ou qualquer outra instância de poder que não tenha sido escolhida pelo Constituinte para tal finalidade.

JEREMY WALDRON manifesta assim sua preocupação com o tema:

“Em outras palavras, tenho certeza de que a má reputação da legislação na teoria jurídica e política está intimamente relacionada com o entusiasmo (especialmente o entusiasmo da elite) por essa mudança. As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questão de direitos e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos seres humanos que uma sociedade enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.”²⁷

Por outro lado, o que hoje nós entendemos como democracia não pode ser reduzida ao aspecto majoritário, uma vez que a história nos deu vários exemplos de maiorias despóticas.²⁸

Democracia pressupõe a proteção de direitos e da dignidade de minorias. E essa democracia baseada na busca da efetivação dos valores, princípios e regras constitucionais encontra na jurisdição constitucional uma parceira indispensável para sua preservação.²⁹

²⁷ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.5.

²⁸ Como ensinam BURDEAU, HAMON e TROPER sobre a concepção ampla de democracia: “Segundo a concepção ampla, admite-se que a democracia representativa é uma forma de democracia, mas ela não se reduz ao único poder da maioria, que seria somente o poder da força. Ela consiste também nas garantias da minoria, que não deve ser oprimida pela maioria e que deve dispor das liberdades que lhe permitem almejar tornar-se, um dia, maioria. O controle de constitucionalidade é assim o instrumento da proteção da minoria. (BURDEAU, Georges. HAMON, Francis. TROPER, Michel. *Direito Constitucional*. 27. ed. Barueri: Manole, 2005, p.60).”

²⁹ Cf. STF – Pleno- ADI 3619/SP, rel. min. Eros Grau, julgamento 01.8.06, *DJ 20.4.07*. Nesse sentido trecho da decisão do Tribunal que garante: “A Constituição do Brasil assegura a um terço dos membros da Câmara dos Deputados e a um terço dos membros do Senado Federal a criação da comissão parlamentar de inquérito,

Existindo, como de fato existe no modelo brasileiro, um claro mandato constitucional definido no rol de competências do Poder Judiciário, especialmente do seu órgão de cúpula, a questão da legitimidade democrática muda de foco em direção à necessidade de vigilância e cumprimento dos limites traçados pela Constituição.

Portanto, como se verifica, a discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional insere-se em um contexto complexo e conturbado, pois, em que pese a definição do papel de guardião da Constituição atribuído ao Poder Judiciário (seja de forma concentrada ou de forma difusa), a interpretação e aplicação de normas com as especificidades das normas constitucionais (abertura e supremacia) não autoriza o julgador a substituir ou alterar a vontade do Poder Constituinte Originário.

Uma das respostas aos questionamentos acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional certamente encontra guarida na própria normatividade da Constituição que encontra no Poder Judiciário, especificamente no caso brasileiro, seu fiel guardião e intérprete.³⁰

Definitivamente, a intervenção da jurisdição constitucional frente ao legislador cumpre o papel que lhe é conferido pela Constituição. Como ensina ALEXY:

“El mero hecho de que um Tribunal Constitucional cuando, por razones iusfundamentales, constata violaciones de los deberes y de la competencia del legislador, interviene necesariamente en el ámbito de la legislación, no basta para fundamentar la objeción de un desplazamiento inconstitucional de la competencia del legislador al Tribunal. Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención

deixando, porém, ao próprio parlamento seu destino. A garantia assegurada a um terço dos membros da Câmara ou Senado estende-se aos membros das assembleias legislativas estaduais – garantia das minorias.” É o que o Supremo Tribunal Federal denomina de “participação ativa, no Congresso Nacional, dos grupos minoritários”. STF- Pleno- MS 24831/DF, rel. min. Celso de Mello, julgamento 22.6.05, *DJ 4.8.06*, P.231: “O Estatuto constitucional das minorias parlamentares: a participação ativa, no congresso nacional, dos grupos minoritários, a quem assiste o direito de fiscalizar o exercício do poder. A prerrogativa institucional de investigar, deferida pelo Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos, não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional e que, por efeito de sua intencional recusa em indicar membros para determinada comissão de inquérito parlamentar (ainda que fundada em razões de estrita conveniência político-partidária), culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo.”

³⁰ No particular, a necessária lembrança do papel a ser desempenhado pelo juiz constitucional na tarefa de concretização das normas constitucionais, uma vez que, como demonstrado anteriormente, a concretização da norma depende da participação efetiva do aplicador do direito.

de Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no solo está permitido sino también ordenado por la Constitución.”³¹

Nesse contexto assume a jurisdição constitucional um papel relevantíssimo ao interpretar e aplicar a Constituição, pois atua em um processo de conformação e revelação da vontade do Constituinte Originário.

No particular, é preciosa a lição de ROBERT ALEXY, que, na esteira do que defendemos, propõe como solução para o problema da alegada falta de legitimidade que tanto o parlamento quanto o tribunal constitucional são representantes do povo. Para fundamentar seu raciocínio, o autor ressalta que ambas são formas diferenciadas de representação, a primeira, no caso do poder legislativo, constitui a representação política do cidadão, enquanto que a segunda, o tribunal constitucional, a representação argumentativa.³²

Segundo defende ROBERT ALEXY essa representação argumentativa é a justificativa que faltava para a reaproximação definitiva da jurisdição constitucional com a democracia.

A sua proposta identifica na jurisdição constitucional uma representatividade da vontade popular em um domínio diferenciado da exercida pelo poder legislativo. O que ele chama de “representação argumentativa” atribui à jurisdição constitucional o papel de instância reflexiva do processo político, minimizando os problemas decorrentes de processos políticos distanciados dos valores e direitos fundamentais dispostos na Constituição.³³

Segundo o autor, o conceito do que deve ser considerado como democrático não pode resumir-se ao critério eletivo, mas deve necessariamente ser pautado por um

³¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1993, p. 527.

³² Com outro sentido mas defendendo que o constitucionalismo e a democracia se complementam: “La existencia de una “tension” irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno dos mitos centrales del pensamiento político moderno. Al ponerlo en entredicho, no intento negar hechos bien conocidos; antes bien, al dudar de una suposición ampliamente compartida, es decir, al atender a la sugerencia (en cierto sentido obvia) de que constitucionalismo y democracia se apoyan mutuamente, espero aclarar algunas dimensiones descuidadas de la teoría democrática y constitucional.” HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, p.219. In: ELSTER, Jon (org.) *Constitucionalismo y Democracia*. Trad. Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica.

critério complementar que, é o argumentativo, isso quer dizer que a representatividade baseada no critério eletivo é a marca da democracia, mas não é a única.

Segundo o autor:

“Agora, é possível esboçar uma imagem da democracia, que contém nada mais que um procedimento de decisão centrada nos conceitos de eleição e de regra de maioria. Isso seria um modelo puramente decisionista de democracia. Um conceito adequado de democracia, contudo, não se deve apoiar somente no conceito de decisão. Ele precisa também abarcar o de argumento. O abarcamento da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio de tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos.”³⁴

Das afirmações do autor associadas à afirmação de que a legitimidade da jurisdição constitucional decorre diretamente da Constituição, conclui-se que a ausência de representatividade eletiva não compromete a legitimidade democrática.

Ademais, em toda democracia há a necessidade de mecanismos e instituições incumbidos do controle dos excessos cometidos pretensamente em nome do Estado Democrático. Essas instituições não necessariamente precisam ser compostas por membros eleitos.

Importa muito mais significativamente para a democracia que tais instituições atuem em cumprimento ao mandato constitucional outorgado na defesa da própria Constituição.

Como foi afirmado antes, não se deve esquecer que tal atribuição decorre da vontade do Poder Constituinte Originário. Não estamos, portanto, diante de um caso de usurpação de competências ou atribuições. Pelo contrário, o sistema constitucional brasileiro atribuiu claramente o papel de fiscal da supremacia constitucional à jurisdição

³³ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Trad. Luís Afonso Heck. RDA 217, p.66.

³⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.163.

constitucional, cujo exercício, na nossa realidade, é dividido entre os órgãos que integram a jurisdição ordinária e o Supremo Tribunal Federal.

No entanto, não se pode simplificar a justificativa da legitimidade da jurisdição constitucional com concepções puramente voluntaristas, baseadas no argumento da força e da vontade do Poder Constituinte Originário.

Além das explicações com viés positivista, é certo que, para a perfeita compreensão da complementariedade existente entre a democracia e o constitucionalismo, devemos nos socorrer de fundamentos éticos.

Como dissemos antes, não seria apenas a simples vontade do Poder Constituinte justificativa suficiente para legitimar as intervenções dos tribunais nas deliberações da democracia representativa; a este elemento some-se a necessidade de preservação de direitos morais escolhidos como cláusulas irremovíveis de um projeto constitucional duradouro e que encontrarão nos tribunais os órgãos responsáveis por sua preservação.³⁵

Portanto, o fundamento para proteção dos direitos e valores constitucionais encontra respaldo tanto em argumentos positivistas (decisão do Poder Constituinte Originário em imunizá-los dos processos de decisão da coletividade), quanto em justificativas de fundo ético (valores que preexistem ao próprio Estado e que estão indissociavelmente ligados à dignidade e à condição da pessoa humana).³⁶

É preciso compreender, especialmente aqueles que querem atribuir à jurisdição constitucional o tímido papel de guardião dos procedimentos democráticos, que o

³⁵ Em parte, concordamos com DWORKIN quando propõe uma leitura moral da Constituição norte-americana, especialmente para artigos que apresentam uma linguagem aberta, como ocorre, por exemplo, com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Por outro lado, a proposta de uma leitura constitucional pautada pela busca de uma concepção mais ampla possível, compatível com o “espírito” constitucional, pode resultar em interpretações contaminadas pelo excesso de concepções puramente pessoais, potencializadas pela plasticidade e abertura de grande parte do texto de uma Carta como a brasileira. Nesse sentido, TRIBE, Laurence. DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 16, afirmam: “A partir do momento em que se adota uma perspectiva tão aberta quanto a de DWORKIN, a linha entre o que se pensa que a Constituição diz e aquilo que se gostaria que ela dissesse torna-se tão tênue que é extraordinariamente difícil mantê-la. Como manter essa linha considerando a ambigüidade do texto da Constituição, a plasticidade de seus termos, o aspecto indeterminado de sua história, e a capacidade que a linguagem da Constituição tem para fazer com que um enorme barulho possa soar como argumento para simplesmente nada?”. O trecho revela uma óbvia preocupação dos autores norte-americanos com a denominada leitura moral proposta por DWORKIN, especialmente, a meu ver, pela falta de clareza do que seria exatamente essa abordagem baseada na interpretação à luz de princípios constitucionais perenes.

³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26.

campo de atuação do juiz constitucional brasileiro foi definido por ocasião da promulgação da Carta de 1988. Nossa Constituição não é um mero repositório de esquemas ou procedimentos neutros cuja definição do conteúdo, especialmente dos valores e princípios fundamentais, caberia às instâncias democráticas. Temos em nossa lei fundamental a catalogação de direitos e garantias fundamentais, de princípios fundamentais e dela extraímos os valores que devem reger nossa sociedade. Eis o conteúdo.

Ademais, no próprio catálogo constitucional de direitos fundamentais há um dispositivo em especial que estabelece claramente o que foi reservado à jurisdição, a saber, a tarefa de proteger o cidadão brasileiro em caso de lesão ou ameaça aos direitos catalogados. E mais, não há qualquer possibilidade de que sejam criados impedimentos, óbices, ou condicionamentos, até mesmo pelos órgãos de representação popular, para que seja efetivado o acesso à jurisdição.

Por tudo isso e considerando a proposta de equilíbrio e complementariedade lançada neste trabalho, a jurisdição constitucional brasileira deve preservar, é verdade, os espaços legitimamente atribuídos aos órgãos de representação do estado democrático.

A premissa, portanto, a ser considerada é a de que a relação entre a jurisdição constitucional e a instância democrática baseia-se na idéia de colaboração e complementariedade de funções³⁷, cujos campos de atuação foram traçados no texto constitucional e, considerando-se o caso brasileiro, que os papéis confiados a ambas pelo Poder Constituinte Originário desaguam ao fim na busca da implantação de uma verdadeira democracia social, pois tem por escopo a redução das desigualdades através de ativa participação do Poder Público com a implementação de políticas públicas compensatórias e inclusivas.

Os limites que estabelecem a fronteira entre a jurisdição constitucional e os órgãos de representação popular são definidos pelas constituições com padrões diferenciados e adaptados para cada realidade. Portanto, o que pode ser aplicado à realidade norte-americana pode não servir à realidade de países periféricos, como ocorre no Brasil.

Em suma, em uma democracia incipiente como a nossa, soa estranho falar-se em defesa e proteção de procedimentos democráticos quando ainda não os temos. Por outro lado, é preciso ter cuidado e uma preocupação constante na vigilância da atuação da justiça

³⁷ Cf. MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p.67.

constitucional com vistas a se evitar que os juízes assumam, em nome da pretensa defesa de direitos fundamentais, o papel de formuladores de políticas públicas.

É preciso definir adequadamente quais são os limites e as possibilidades dessa convivência. A virtude está no equilíbrio.

1.3. A jurisdição constitucional como legítima garantidora do processo democrático e dos princípios e valores constitucionais: a virtude está no equilíbrio

Como visto anteriormente, é da jurisdição constitucional o papel de promover a proteção da Constituição, ou seja, garantir a supra-legalidade e a aplicabilidade das normas constitucionais.

Consequentemente, através do exercício da jurisdição constitucional, evidencia-se quase que uma subversão da tradicional teoria da separação dos poderes, uma vez que a jurisprudência assume um papel cada vez mais relevante como fonte do direito.

É verdade que não chega a ser configurada como pólo irradiador de normas, no entanto, o legislador passa a conviver com uma concorrência singular que, por vezes, pode substituí-lo, inovando originalmente na ordem jurídica, ainda que de maneira não intencional e, por óbvio, informal.

No entanto, é preciso esclarecer que o papel atribuído à jurisprudência como fonte do direito no modelo de *common law* é substancialmente distinto do valor que lhe é atribuído pelos modelos de orientação romano-germânica.

Em que pesem as recentes alterações constitucionais e legislativas adotadas no Brasil, algumas delas inspiradas na experiência norte-americana, como é o caso da súmula vinculante, o certo é que a lei será sempre a principal fonte do direito e não mera fonte complementar, *errata e adenda* das regras do direito costumeiro.³⁸

No entanto, não há como negar que cabe ao juiz constitucional o papel de último intérprete da Constituição, que cria um modelo caracterizado pela retroalimentação jurisprudencial que, de certa forma, complementa a importância do direito legislado como fonte primária do Direito.

³⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 499.

O quadro é potencialmente agravado pela incapacidade do direito legislado de apresentar prontas respostas às demandas da sociedade, e pela possibilidade de imunização das decisões tomadas pelo intérprete definitivo, não estando sujeitas, portanto, a qualquer forma ou procedimento de controle ou revisão.

Nesse contexto o ativismo judicial, isto é, as intervenções do Poder Judiciário na valoração das ações típicas dos demais poderes, é, de certa forma, potencializado pela verdadeira crise por que passa o direito legislado, uma das nefastas conseqüências da pós-modernidade.

O Estado, fragilizado pela superação do conceito tradicional de soberania, pela falência do direito legislado como fonte eficiente de ordenação da vida em sociedade, cedeu espaço para a chamada *lex mercatoria* que o impulsiona a um papel secundário no processo decisório, devendo ceder seu espaço para instituições privadas pretensamente mais eficientes, às quais caberia a fiscalização e regulação de setores da economia tradicionalmente geridos e regulados pelo Poder Público.

A lei tal como concebida originalmente, como mandamento dotado de abstração e generalidade, não é mais suficiente para atender aos inúmeros interesses de uma sociedade cada vez mais plural e complexa.

A insuficiência do modelo normativo tradicional fulminou de forma mortal os vetustos e densos códigos, que perdem espaço para microssistemas jurídicos mais adaptados às vicissitudes da sociedade contemporânea.

Diante da lentidão da resposta legal às demandas da sociedade pós-moderna, cria-se um descompasso entre a normatização e a velocidade dos fatos, o que impõe ao julgador, quando chamado a aplicar o direito aos conflitos de interesses deduzidos, a utilizar-se de parâmetros principiológicos e valorativos, muitas vezes não fixados expressamente nos diversos diplomas legais. Assim, propicia-se, dada a fluidez dos parâmetros empregados, um alto grau de discricionariedade na atuação jurisdicional, que deve encontrar nesses próprios princípios e valores sua limitação.

É conhecida a afirmação de que a norma será construída em função do problema. Portanto, o processo de formação da norma para decidibilidade dos conflitos é muito mais complexo de que um simples raciocínio silogístico.³⁹

Há inúmeras situações em que o julgador pode, diante de um único texto normativo, extrair mais de um sentido para a norma. Ademais, é sabido que, para definição da regra a ser aplicada ao caso concreto, o julgador pode deparar-se com conceitos jurídicos indeterminados, termos vagos, imprecisos, o que abre a oportunidade ao intérprete para escolhas não expressamente reguladas na norma.

O Direito não se confunde nem se resume aos códigos. Não cabe mais dentro dos limites impostos pelo positivismo jurídico. Como ensina FRIEDRICH MÜLLER:

“A norma jurídica não está já contida no código legal. Este contém apenas as formas preliminares, os textos das normas. Estes, por sua vez, se diferenciam sistematicamente da norma jurídica, a ser primeiramente produzida, é trazida para fora em cada processo individual de decisão jurídica. [sic] Além disso, o âmbito da norma pertence constitutivamente a ela. A ‘norma jurídica’ se transforma assim em conceito complexo, composto por programa da norma e âmbito da norma. E atividade concretizante não é mais sinônimo de tornar mais concreta uma norma jurídica genérica que já estaria contida no código legal; ao contrário, significa, a partir de uma ótica e reflexão realistas, construção da norma jurídica no caso individual a ser decidido, sendo que os elementos do trabalho textual se tornam crescentemente ‘mais concretos’ de uma fase a outra.”⁴⁰

A constatação óbvia é de que o direito legislado fica ultrapassado - quando a norma não acompanha a velocidade dos fatos - com mais facilidade. Se a lei fica mais velha, a solução dos conflitos será encontrada nos princípios e valores consagrados no sistema constitucional, cuja aplicação aos casos concretos cabe ao julgador.

³⁹ Na introdução à edição portuguesa da obra-prima de CLAUS-WILHELM CANARIS (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. XXXI), o mestre português A. MENEZES CORDEIRO, ao referir-se ao Direito como um modo de resolver casos concretos, complementa: “O abandono das grandes construções jusfilosóficas deu lugar a um ecletismo redutor: perante os diversos problemas, todas as correntes do pensamento são, em princípio, chamadas a depor”.

⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Neumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 128-129.

Em suma, gera-se a possibilidade de auto-reprodução do Poder Judiciário sem parâmetros normativos, o que eleva à condição de principal fonte (extra-oficial) do direito a jurisprudência e possibilita a produção de decisões judiciais como resultado cada vez mais dependente do voluntarismo judicial.

Essa nova realidade, que comumente costuma-se denominar de pós-positivismo, não passa ao largo da atividade de interpretação e aplicação da Constituição.

Já foi por nós afirmado que, dada a natureza singular das normas que integram os textos constitucionais, com conteúdo valorativo acentuado e servindo de abrigo para conceitos jurídicos indeterminados, evidencia-se uma ampla liberdade de conformação.⁴¹

Abandonada a hermenêutica tradicional positivista, insuficiente para a exegese constitucional, em benefício da busca da concretização constitucional, a jurisdição constitucional dá um novo sentido ao constitucionalismo clássico, tido como uma técnica de contenção do poder, que passa, sob a luz do exercício da jurisdição, a delimitar e informar o espaço próprio do regime democrático, ao impor valores e princípios consagrados pelo Constituinte.

A moderna hermenêutica constitucional, herdeira das tradições do constitucionalismo europeu do pós-guerra, traça como perfil da atividade interpretativa uma função voltada para o reconhecimento da força normativa dos valores, dos princípios e das regras contidos na Constituição, elementos informadores, condicionantes e limitadores da exegese constitucional.

O constitucionalismo contemporâneo atribuiu à jurisdição constitucional a tarefa de proteger tais valores, princípios e regras previstos na Constituição.

Esses elementos acima referidos delimitarão as fronteiras de atuação do juiz constitucional que, orientado por tais vetores, de forma objetiva e racional, buscará promover o bem comum e um mínimo de dignidade para todos os cidadãos.

Não deve ser olvidado que a interpretação constitui uma atividade tipicamente jurídica e como tal deve ser executada.

⁴¹ V. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 219, em que se lê: “os conceitos utilizados pela constituição são muitas vezes conceitos de valor (exs.: dignidade da pessoa humana, independência nacional, dignidade social), isto é, conceitos com ‘abertura de valoração’ e que, por isso mesmo, têm de ser preenchidos, em grande medida, pelos órgãos ou agentes de concretização de normas;”.

LUIS ROBERTO BARROSO relata:

“A interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica, e não política. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum. Mas somente pode agir dentro dos limites e das possibilidades abertas pelo ordenamento. Contra o direito o juiz não deve decidir jamais. Em caso de conflito entre o direito e a política, o juiz está vinculado ao direito.”⁴²

O alto grau de discricionariedade identificado especialmente no exercício da jurisdição constitucional, como dito antes, impõe a determinação de limites objetivos que possibilitem a auto-contenção judicial sem prejuízo da atuação judicial na defesa e realização dos valores sociais dispostos na Constituição.⁴³

Evidentemente todas as construções teóricas voltadas para definição de critérios hermenêuticos, especialmente no que tange às constituições, conviveram e convivem com um relativo *déficit* entre a literalidade do texto e sua aplicação na prática, uma vez que, ainda que se busque a objetividade possível, o espaço reservado à discricionariedade judicial ainda persiste.

Nesse sentido, em sociedades como a brasileira, na qual a demanda pela concretização de direitos sociais básicos ainda está na ordem do dia, a tendência natural do exercício da jurisdição é de invadir espaço que, em princípio, estaria reservado para as instâncias democráticas.

Diante do que foi colocado neste trabalho até aqui, é necessário, por outro lado, também esclarecer que em momento algum foi proposta a substituição do gestor público pelo juiz constitucional. Pelo contrário.

Ao poder público cabe o papel de protagonista no processo de concretização dos direitos fundamentais e de executor das políticas públicas e à jurisdição constitucional a

⁴² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112.

⁴³ FISS, Owen. *Um novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.36.

defesa intransigente do catálogo de direitos fundamentais frente, inclusive, a manobras efetivadas por maiorias eventuais atuantes nas instâncias de deliberação democrática.

Há um domínio próprio das instâncias democráticas que não pode ser desconsiderado pelo judiciário, especialmente em um ambiente constitucional como o brasileiro, cuja Constituição optou deliberadamente pela prevalência das instâncias democráticas – política e administrativa – no papel de realizadora das políticas públicas.⁴⁴ Daí a necessidade de objetivação desse processo.

Infere-se do modelo brasileiro que a proposta é conduzida no sentido de que o juiz constitucional, como guardião da Constituição, assegure o ambiente e as condições propícias para a atuação dos órgãos de deliberação democrática. Por outro lado, o compromisso com a preferência dada às instâncias democráticas não significa que o juiz constitucional deve a elas uma deferência acrítica e submissa.

De fato, como fiscal e guardião da Constituição, constatada a incapacidade injustificada dos órgãos de deliberação democrática na tarefa de concretização do projeto constitucional, terá a jurisdição constitucional tarefa de instar o gestor público ao atendimento das metas, dos programas e dos direitos catalogados pelo Constituinte, mas sem a pretensão de substituí-lo.⁴⁵

Como já foi colocado, a atuação do juiz constitucional deve ser equilibrada e deve estar pautada pelos valores e princípios constitucionais, elementos que informam o exercício da jurisdição constitucional, ao mesmo tempo em que a limitam.

A doutrina identifica, na difícil tarefa de concretização dos mandamentos constitucionais, alguns elementos que devem auxiliar o intérprete e aplicador da norma na obtenção do resultado possível e ao mesmo tempo compatível com o programa constitucional.

⁴⁴ Sobre a complementariedade que deve reger a relação entre a jurisdição constitucional e as instâncias de deliberação democrática, acentuando inclusive o caráter subsidiário da atuação jurisdicional, escreve OSCAR VILHENA VIEIRA: “A atribuição de poderes positivos ao poder judiciário, para suprir essas omissões, provoca dificuldades tanto técnicas, como de justificação do seu poder, frente a uma teoria democrática. Isso porque não estão os juizes treinados para a função de *decision makers*, nem legitimados majoritariamente para isso. O que não significa que não haja uma legitimação constitucional subsidiária, ou seja, decorrente da omissão dos poderes políticos.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37).

⁴⁵ Como exemplos da atuação do juiz constitucional nas instâncias ordinárias no Brasil, podemos lembrar: decisões que determinam a dispensa de medicamentos excepcionais; o ressarcimento de despesas médicas decorrentes de internações na rede hospitalar privada; a fiscalização judicial do cumprimento da vinculação constitucional de despesas de saúde e educação nos orçamentos públicos.

É certo que não há fórmulas mágicas que possam servir de modelo para a solução de todas as controvérsias que envolvem a questão, no entanto, não podemos deixar de considerar que os modelos propostos ajudam no processo de compreensão da problemática.⁴⁶

Dentre tais modelos, PETER HÄRBELE reporta-se ao que denomina de “reserva da consistência” como elemento determinante para o resultado do processo de interpretação da constituição, a saber:

“Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (Zwischenträger). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (Vorbehalt der Bewährung), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais”.⁴⁷

Como se depreende da lição do mestre alemão, a “reserva da consistência” constitui um elemento circunscrito ao âmbito normativo que revela a importância que assume a fundamentação das decisões, que não deve basear-se em valorações pessoais do intérprete, mas sim resultar da apresentação de alternativas racionais retiradas do próprio sistema.

No contexto da atividade interpretativa, a fundamentação da decisão do juiz constitucional, como visto acima, assume relevante função limitadora, no sentido de que busca “evitar a prática de arbítrio pelo julgador e viabilizar o controle da racionalidade e da legitimidade do processo”.⁴⁸

Ainda no que se refere aos limites objetivamente fixados pelo ordenamento jurídico e ao manejo dos princípios por parte do intérprete da Constituição, ensina ROBERT ALEXY que a aplicação dos princípios deve ocorrer necessariamente dentro de limites reais e jurídicos, portanto, mesmo considerando-se os princípios como *mandatos de*

⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p.527.

⁴⁷ HÄRBELE, Peter. *op. cit.*, p. 42.

⁴⁸ BILHALVA, Jaqueline Michels. *A Aplicabilidade e a Concretização das Normas Constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 128.

otimização do sistema jurídico, instrumentos relevantes para concretização de direitos e garantias fundamentais. Exige-se do intérprete um compromisso efetivo com a eficácia, sem descurar, no entanto, da máxima objetividade possível.

Ao analisar a distinção entre as regras e os princípios, o autor alemão doutrina:

“Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.”⁴⁹

Por sua vez, CRISTINA QUEIROZ reporta-se à questão do intervencionismo judicial e assevera a necessidade de ponderação em função do que ela denomina de “reserva do possível”, a saber:

“... quando existe um direito, este mostra-se sempre como justificável. Sucede que, por vezes, no caso dos direitos de natureza econômica e social, estes necessitam ainda de uma configuração jurídica particular a levar a cabo pelo legislador. A reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade (BverfGE 33, 303, 333; 43, 291, 314) não tem como consequência a sua ineficácia jurídica. Essa cláusula expressa unicamente a necessidade de sua ponderação. Konrad Hesse fala, a esse propósito, de uma ‘obrigação positiva’ de ‘fazer tudo para a realização dos direitos fundamentais, ainda que quando não exista a esse respeito nenhum direito subjectivo por parte dos cidadãos.’”⁵⁰

Diante da lição acima esposada, depreende-se que, no que respeita ao resultado da atuação da jurisdição constitucional, a garantia dos direitos fundamentais, salutar e mediatamente beneficiada pela garantia da Constituição, deve ser efetivada levando-se em consideração circunstâncias fáticas, especialmente no contexto dos direitos

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

⁵⁰ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação e Poder Judicial- sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 65.

sociais, cuja natureza apresenta inquestionável dimensão econômica ao exigir do Poder Público, na tarefa de concretização, a realização de prestações materiais.⁵¹

Na concretização de direitos fundamentais, especialmente os direitos de cunho prestacional, outros fatores devem ser considerados, especialmente o custo e a razoabilidade da prestação reivindicada. Não estamos afirmando que tais fatores são impedimentos à eficácia dos direitos sociais, porém, diante das limitações de recursos públicos previstos no orçamento aprovado pelo Poder Legislativo, a definição de prioridades e a decisão de realização de gastos são atribuições próprias das instâncias de governo.

Dentro dos limites de nosso trabalho, podemos afirmar que há uma inevitável limitação, especialmente sobre os direitos a prestações materiais por força de sua dimensão econômica.

Portanto, a definição de prioridades e a implementação de medidas voltadas para concretização de tais direitos dependerá, em primeiro momento, insofismavelmente, da combinação da ação do legislador e do administrador.

No entanto, tudo o que foi anteriormente mencionado acerca das limitações fáticas decorrentes da denominada reserva do possível deve conviver com o respeito à dignidade da pessoa humana e com a necessária proteção incondicional a direitos sociais fundamentais. Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário velar pela proteção de tais direitos, a fim de evitar-se o seu perecimento.

O compromisso com a realidade representa um balizador no sentido de que deve o juiz constitucional, ao intervir, procurar, em um juízo de ponderação, determinar uma providência que seja factível, razoável, sob pena de suas decisões seguirem o mesmo destino da norma que pretende aplicar, a saber, a ineficácia.

Portanto, o resultado da interpretação constitucional deve também considerar a possibilidade efetiva de concretização do direito, sob pena de a decisão não vir acompanhada da viabilidade do seu cumprimento, sem olvidar da necessária proteção à dignidade humana.⁵²

⁵¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 286.

⁵² BILHALVA, Jacqueline Michels. *op. cit.*, p. 141: “Daí por que, além do elemento textual, as interpretações normativas devem também levar em conta se para a fruição do direito existem meios materiais imediatamente

Evidencia-se, destarte, a necessidade de promoção do equilíbrio entre a atuação do juiz constitucional e a auto-contenção judicial (*judicial self-restraint*).

Nesse sentido, a síntese de CLÁUDIO ARI MELLO:

“No entanto, como a Constituição Federal é também uma constituição republicana, que tem na democracia deliberativa um dos seus valores fundantes, o exercício da jurisdição constitucional deve corresponder a uma forma de ativismo judicial *moderado* adequada à *virtude do equilíbrio*, que caracteriza o constitucionalismo democrático moderno. Deve ser um ativismo judicial no sentido de que se exige do Poder Judiciário uma postura ativa, exigente e até intransigente na defesa dos limites e na imposição de diretrizes constitucionais aos poderes públicos, mas deve ser um ativismo judicial moderado no sentido de que não pode ser indiferente em relação ao princípio republicano, segundo o qual as deliberações democráticas dos membros da comunidade possuem um alto grau de legitimidade política e moral e um valor epistêmico que justificam a preferência relativa dos órgãos de direção política na definição do conteúdo, da extensão e da eficácia dos direitos fundamentais.”⁵³

Deve o juiz constitucional exercer seu mister com a devida prudência, com base nos parâmetros traçados pelo Constituinte Originário e em argumentos sinceros e racionais, de modo que sua atuação não extrapole os limites da tênue fronteira entre a jurisdição e a discricionariedade própria dos órgãos de direção política.

Definitivamente, a definição de políticas públicas através do juiz constitucional não é boa para a democracia. Por outro lado, quando a democracia falha, cabe aos tribunais o dever de fazer valer a vontade do povo disposta na Constituição, até mesmo em confronto com maiorias parlamentares episódicas.

Afirmamos que, diante do arsenal substancial da Constituição, deve o juiz constitucional assumir uma postura mais ativa, provocativa, supridora de eventuais omissões, mas sempre pautado pelo compromisso com a realidade que o cerca.

Os próprios valores e princípios constitucionais são verdadeiras molduras que delimitam o universo de atuação do exegeta e, de certa forma, minimizam o

disponíveis, havendo recursos destinados para tal fim, que, no âmbito de prestações estatais, podem ser viabilizados por meio de orçamento público ou de outras vias, como compensações ambientais.”

“subjetivismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas”⁵⁴ de eventuais intérpretes descompromissados, lembrando a síntese de LUIS ROBERTO BARROSO.

A preocupação com a construção de um discurso racional, objetivo, que não compactue com excessiva discricionariedade por parte dos juízes, levou LAURENCE TRIBE e MICHAEL DORF a afirmarem:

“Certamente um olhar para a história vai nos proteger de usar a Constituição como se fosse uma bola de cristal com a qual podemos ver qualquer coisa que queremos. Não importa quão útil possa ser a história – apesar de ser difícil ignorá-la – por si só não serve para domesticar e amarrar o texto. A história não consegue eliminar sozinha a possibilidade de serem formulados argumentos teóricos fora do texto da Constituição, com o intuito de chegar a conclusões aproximadas e almejadas.”⁵⁵

A Constituição não pode ser aquilo que queremos que ela seja, um espelho que reflita nossos anseios, vontades, sentimentos pessoais de justiça. Dela deve-se extrair o que o sistema por ela representado tem para oferecer, ainda que não seja inteiramente de nosso agrado.

Isso não impede que haja uma certa flexibilidade interpretativa, o que, em constituições como a nossa, plásticas por natureza, é perfeitamente admissível. Mas, flexibilidade não se confunde com arbítrio.

Em situações, por exemplo, como o controle da execução orçamentária, especificamente na hipótese das despesas constitucionais vinculadas para aplicação nas políticas públicas de saúde e educação, deve a justiça constitucional promover a fiscalização da observância dos pisos constitucionais, com a possibilidade de que sejam proferidas decisões no sentido de exigir do Poder Público o cumprimento dos dispositivos constitucionais pertinentes.

⁵³ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 297.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 160.

⁵⁵ TRIBE, Laurence e DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 17-18.

Como o Constituinte brasileiro optou por estabelecer um percentual mínimo de gastos em políticas públicas de educação e saúde, não deixou margem a dúvidas quanto aos parâmetros mínimos a serem observados obrigatoriamente pelo gestor público. Diante de tais elementos, objetivamente traçados, a atuação do juiz constitucional deve-se dar no sentido de preservação da regra constitucionalmente estabelecida.

O que consideramos defeso à jurisdição constitucional *e.g.* seria o avanço sobre a disponibilidade orçamentária para além dos limites mínimos fixados na Constituição.

É defeso ainda que o judiciário substitua o gestor público na definição de prioridades ou na execução do orçamento previamente aprovado pelo Poder Legislativo.

E no caso da inexistência desses limites? A resposta encontra respaldo, em nossa proposta, na busca do equilíbrio entre a atuação da justiça constitucional e a preservação dos espaços democráticos. Entendemos que nesses casos não há como fugir da análise casuística das questões levadas à decisão do julgador.

Casuística, porque circunscrita a um determinado caso concreto, cuja decisão deve buscar a ponderação e compatibilização dos interesses, valores, princípios e regras constitucionais e legais em vigor, todos protegidos, mediatamente, pela justiça constitucional.

Como se depreende dos argumentos esposados, a limitação à atuação do juiz constitucional também decorre de um processo de auto-contenção objetiva⁵⁶, ou seja, a fixação dos limites às intervenções também cabe ao próprio juiz constitucional, como de fato ocorre, ao menos no âmbito dos tribunais constitucionais ou em cortes constitucionais cujas decisões não estão sujeitas a outra instância revisora.⁵⁷

⁵⁶ O termo sugere que existem parâmetros normativos e valorativos extraídos do próprio ordenamento jurídico que servem como limitadores e balizadores das decisões judiciais. Estamos com ALEXY quando afirma: “O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua criação deve ser fundamentada em uma *argumentação racional*. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da *razão prática* e as concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade.” ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Cláudia Toledo. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 53/54.

⁵⁷ MELLO, Cláudio Ari. *op. cit.*, pp. 288/289. Sinteticamente o autor expõe seu posicionamento quanto ao equilíbrio que deve nortear o ativismo judicial voltado para a defesa dos direitos fundamentais e os limites que devem ser observados pelo próprio juiz constitucional no exercício de seu mister. Vejamos: “Portanto, a doutrina da *judicial self-restraint* não pode ser uma teoria da evitação do exercício da jurisdição constitucional. A auto-restrição judicial só pode fazer sentido em uma concepção constitucional em que os tribunais estão liberados para exercer um ativismo judicial na proteção de direitos fundamentais. No entanto,

Com prudência, inteligência, compromisso público, e, principalmente, com fundamento nos valores e princípios objetivamente definidos na Carta Constitucional, o ativismo judicial moderado certamente consolidará seu papel como uma das mais relevantes contribuições da moderna jurisdição constitucional para a proteção dos direitos fundamentais.

Compete ao juiz constitucional uma fiscalização rigorosa quanto ao cumprimento do projeto de sociedade forjado pelo Poder Constituinte Originário, o qual, indubitavelmente, escolheu como modelo o que comumente é conhecido por Estado Democrático e Social de Direito.

Nesse sentido, lembra FRIEDRICH MÜLLER que normatividade concreta da Constituição, situação em que a norma jurídica constitucional passa de fato a influir na realidade, somente é possível diante da atuação de um operador jurídico engajado com o Estado de Direito e a democracia. Segundo ele, a normatividade não é uma qualidade intrínseca do texto normativo, mas sim o resultado que decorre de um processo de comprometimento com o projeto constitucional delineado.⁵⁸

Tal operação não constitui tarefa fácil, imune a riscos, omissões e eventuais exageros.

Porém, não há outro sentido para a jurisdição constitucional que não seja, em cooperação com os outros poderes, a promoção do projeto de país moldado nos trabalhos realizados pela Assembléia Nacional Constituinte.

Essa atuação de caráter contramajoritário caracteriza a jurisdição constitucional da atualidade que busca a efetivação da democracia substancial, assegurando, de forma mediata e reflexa, as condições necessárias para o adimplemento por parte do Estado Democrático e Social de Direito das demandas sociais típicas da sociedade pós-moderna.

como esse ativismo não pode converter o Poder Judiciário em um poder constituinte permanente e, assim, sufocar o princípio republicano e a concretização política dos conteúdos constitucionais, é preciso estabelecer limites à atuação jurisdicional. Mas esses limites devem ser estabelecidos pelo próprio órgão judicial encarregado de interpretar e aplicar a Constituição. Vale dizer, a restrição ao exercício da jurisdição constitucional fundamentada no respeito e no fortalecimento da democracia deliberativa deve ser sempre e apenas uma auto-restrição do Poder Judiciário.”

⁵⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Neumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 125.

No entanto, esse mister, conforme já mencionado, deve ser exercido dentro de limites objetivos, sendo defeso, portanto, ao juiz constitucional a invasão dos espaços e dos programas próprios dos agentes políticos.⁵⁹

Em suma, em um sistema que consagra uma jurisdição constitucional difusa, o exercício dessa competência por parte do magistrado ordinário exige uma conscientização do espaço próprio reservado à jurisdição, a saber, guardião dos procedimentos fixados pelas instâncias democráticas, desde que tais procedimentos sejam compatíveis com o sistema constitucional em vigor, e, conseqüentemente, com as regras, os princípios, os direitos e as garantias fundamentais.

Como visto, o exercício da jurisdição constitucional, como de resto, deve ocorrer no âmbito da jurisdição ordinária; e é legítimo na medida em que as decisões judiciais sejam produzidas com base em fundamentos sólidos, racionais e objetivos. Nesse aspecto, a argumentação jurídica como forma de justificação da decisão judicial funciona com o claro propósito de minimizar eventuais voluntarismos judiciais subjetivos e, como não poderia deixar de ser, como um relevante instrumental de legitimação democrática do exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário.

Ultrapassadas, dentro das limitações deste trabalho, as questões relativas à jurisdição constitucional, entendemos necessária uma breve digressão sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, o modelo adotado e, notadamente, as ações diretas, incluindo nesse rol a argüição de descumprimento de preceito fundamental, cujos procedimentos abrem espaço para a concessão de medidas cautelares.

⁵⁹ Lembra Gustavo Binenbojm, (*op. cit.* p. 75), ao referir-se à obra de Dworkin, que: “Seu esforço será o de defender um ativismo judicial construtivo, pautado por argumentos racionais e controláveis, que não descambe para uma versão autoritária de *governo de juízes*.”

CAPÍTULO II

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A Constituição tal como hoje é concebida assume o papel de instrumento fundamental na organização desse ser que se convencionou chamar de Estado, definindo a forma de estruturação de seus elementos constitutivos, a forma de exercício do Poder Político e os direitos e as garantias fundamentais. Nesse último aspecto, a Carta Constitucional revela importante papel no estabelecimento de limites ao Poder do Estado, impedindo a ingerência descabida e desproporcional no indivíduo, criando o que se chama de esfera jurídica de proteção individual do cidadão.

O conceito de Constituição, como não poderia deixar de ser, sofreu transformações de acordo com a concepção de direito dominante, nascendo sob forte influência jusnaturalista, passando pelo edifício kelseniano e desaguando nos dias atuais em que se vislumbra uma reaproximação do direito à moral, e, portanto, o retorno à valorização dos conteúdos próprios das constituições, sem prejuízo, no entanto, da preservação da superioridade hierárquica herdada do positivismo.

Pode-se dizer que a opinião predominante na atualidade abarca a idéia de que não há espaço para sobrevivência de leis ou atos normativos que contestem ou desafiem a supra-legalidade constitucional. Tal entendimento, obviamente, demanda das sociedades politicamente organizadas a necessária sistematização de mecanismos de defesa e manutenção da supremacia constitucional.

A supremacia constitucional impõe a todos a visão de que a força normativa da Constituição deve prevalecer não só sobre todas as leis que integram o ordenamento, como também sobre os atos individuais e coletivos.

Diante do *status* assumido pela Constituição no Estado moderno, especialmente no que respeita às funções de natureza garantística e prestacional dos direitos albergados pela Carta Constitucional, revela-se sobremaneira importante a existência de um sistema cujo desiderato seja voltado à proteção e à manutenção da Carta Constitucional.

Em última instância, proteger o pacto vivencial da sociedade consubstanciado na Carta Constitucional significa o primeiro passo voltado para

viabilização da efetividade dos valores, dos direitos, e das garantias inseridos em suas disposições normativas.

É exatamente esse o desiderato do que comumente se denomina de jurisdição constitucional, que, em verdade, oferece os instrumentos para que seja possível o respeito à efetividade da Constituição em todos os sentidos, seja através da defesa da supremacia constitucional, seja por meio de ações constitucionais que visam a garantir o acesso à justiça constitucional remediando lesões ou ameaças a direitos fundamentais catalogados na lei fundamental.

A idéia de controle de constitucionalidade está intimamente ligada aos conceitos de rigidez e supremacia da lei fundamental. Não se pode conceber uma Constituição rígida que não seja beneficiada por mecanismos ou instrumentos voltados para assegurar um mínimo de mutabilidade relativa.⁶⁰

Ocupa a Constituição a mais elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico, e como tal passa a ser o fundamento de validade de todas as normas, os atos e os comportamentos.

Sem descurar da discussão acerca da prescindibilidade das constituições nacionais e da evidente dificuldade de se determinar um conceito uniforme do vocábulo constituição, o certo é que ainda hoje a supremacia e a supra-legalidade da lei fundamental somente terão sentido se acaso o ordenamento contemplar a possibilidade de expurgo de leis, atos normativos e comportamentos que a contrariem.

A manutenção da supremacia constitucional também é justificada diante da necessidade de proteção da vontade do Poder Constituinte Originário, de modo que o estatuto de convivência básico proposto e formalizado originariamente seja protegido de qualquer tentativa de repactuação fraudulenta.

Como é comum se afirmar, a inconstitucionalidade designa um conceito relacional através do qual se estabelece uma comparação entre a lei fundamental e a norma, ato administrativo ou comportamento incompatíveis com suas disposições⁶¹. Nunca é

⁶⁰ De fato, como ensina OSWALDO PALU: “o princípio constitucional constitui o alicerce em que se assenta o moderno Direito Público. Normas constitucionais põem-se acima das demais normas jurídicas (hierarquia) e essa preeminência é que vai constituir superioridade da Constituição.” PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 22.

⁶¹ Entre outros, MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Editora Forense, Rio de Janeiro: 2002, p.473: “Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se

demais lembrar que a incompatibilidade também pode ocorrer diante de uma omissão, ou seja, quando se deixa de cumprir o mandamento constitucional preceptivo.

Partindo do pressuposto de que há um sistema normativo escalonado no qual a validade das normas está condicionada à compatibilidade com as normas de superior hierarquia, e considerando a posição assumida pela Constituição no referido sistema, a inconstitucionalidade corresponde à aplicação de uma sanção às normas que apresentam vícios relacionados ao conteúdo, ao procedimento de formação, ou, até mesmo, para violações decorrentes da omissão regulamentadora.

Como afirma ANDRÉ RAMOS TAVARES:

“Conclui-se, pois, que a inconstitucionalidade é um fenômeno atrelado à estrutura hierárquica do sistema jurídico, verificada na relação entre a Lei Maior e as demais leis existentes dentro de um sistema, na medida em que estas não se curvem aos padrões previamente estabelecidos por aquela, violando-os, seja no seu aspecto formal, seja no material. Essa violação surte efeitos, que também são regulados pelo sistema. É na inconstitucionalidade como sanção que se analisarão essas violações, quando tal não ocorra espontaneamente.”⁶²

A sanção prevista no modelo brasileiro é a nulidade de pleno direito.⁶³ Conseqüentemente, a decisão que identifica a incompatibilidade entre a Constituição e a lei ou o ato normativo possui natureza declaratória, tendo em vista que revela um vício originário.⁶⁴

Em síntese, lei inconstitucional é lei desprovida de fundamento de validade. É lei nula de pleno direito. Conseqüentemente, com a nulidade apontada, a decisão que faz

estabelece entre uma coisa - a Constituição - e outra coisa - um comportamento - que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base. Assim, declaradas, são conceitos que parecem surgir por dedução imediata. De modo que pré-sugerido, resultam do confronto de uma norma ou de acto com a Constituição, correspondem a atributos que tal comportamento recebe em face da cada norma constitucional.”

⁶² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 170.

⁶³ No particular merece registro a nossa posição no sentido de que a nulidade de pleno direito aqui mencionada não prescinde do reconhecimento judicial, ainda que dispense a provocação das partes interessadas ou do Ministério Público. Ademais, reconhecemos compatível a nulidade de pleno direito no direito público mediante a necessária ponderação de princípios constitucionais, operação que, mediante a avaliação do peso específico de cada princípio envolvido poderá, *e.g.*, fazer prevalecer a boa fé ou a segurança jurídica em detrimento da supremacia constitucional.

⁶⁴ Obviamente a aplicação do dogma da nulidade vem sendo relativizada a exemplo do que prevê o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, o que dá tratamento legal a tendência de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade revelada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

prevalecer a supremacia constitucional revela incontestável natureza declaratória, uma vez que apenas reconhece uma situação preexistente.⁶⁵

O conhecido dogma da nulidade da lei inconstitucional, porém, tem sido relativizado no tempo e no espaço, inclusive no Brasil, que positivou a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com a promulgação das leis nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 e nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

O ordenamento jurídico brasileiro, desde a primeira Constituição republicana, tem dado especial atenção à inclusão de instrumentos voltados à estabilização e manutenção da supremacia constitucional.

Com a Constituição de 1891, sob forte influência norte-americana, passamos a adotar um modelo que consagra a participação de todo o Poder Judiciário como principal artífice na tarefa de guardar a supremacia constitucional. Todos os órgãos judiciais, monocráticos ou colegiados, podem, em nome da supra-legalidade constitucional, afastar a aplicabilidade de leis ou atos normativos que estejam em descompasso com os mandamentos da Lei Fundamental.

O chamado sistema difuso de controle de constitucionalidade sobrevive até os dias de hoje convivendo, desde 1965, com a jurisdição concentrada inspirada no modelo inaugurado pela Constituição austríaca de outubro de 1920.

A evolução histórica do sistema de controle da constitucionalidade no Brasil, da via difusa para a concentrada, constituiu processo inevitável, dada a herança jurídica continental européia, que não consagrava a força vinculante dos precedentes jurisprudenciais⁶⁶, impondo ao legislador brasileiro uma solução eclética, de modo a

⁶⁵ “O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.” STF-Pleno, ADin 652-5/MA, rel. min. Celso de Mello, julgamento 2.4.92, DJ 2.4.93, p. 5615.

⁶⁶ Como analisaremos mais adiante, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, passou o modelo brasileiro a admitir a força vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta para as súmulas emitidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, desde que haja a aprovação de pelo menos oito Ministros (2/3). O instituto da súmula vinculante revela uma aproximação do modelo brasileiro em relação ao modelo da common law, especialmente o norte-americano, sem que se possa falar que passamos a adotar a *stare decisis*, uma vez que a obrigatoriedade de cumprimento beneficiará apenas a súmula em matéria constitucional após decisões reiteradas e depois de aprovada por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. No Brasil, portanto, não há que se falar em precedentes

permitir que os julgados em matéria constitucional passem a assumir eficácia oponível contra todos.

A solução acima referida incorporou definitivamente ao modelo brasileiro a lógica de que a jurisdição constitucional de fato não pode ser comparada pura e simplesmente ao exercício da jurisdição ordinária. Trata-se de uma jurisdição atípica e diferenciada. Analisaremos a seguir alguns de seus aspectos processuais mais relevantes, notadamente, o que constitui objeto deste trabalho, a tutela jurisdicional de urgência. Entretanto, antes de atingirmos nosso desiderato, algumas noções fundamentais devem ser abordadas. É o que faremos a partir de agora.

2.1. Defesa da Constituição por via incidental: o caso concreto e o incidente de inconstitucionalidade

Na via de exceção, o controle da constitucionalidade caracteriza-se pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido em juízo, assim, qualquer processo poderá ensejar o exercício do controle de constitucionalidade, ainda que seja um procedimento de jurisdição voluntária, ação civil pública ou, até mesmo, em sede de recurso especial.

Destarte, posto um litígio e argüida a inconstitucionalidade de forma incidental, a declaração de inconstitucionalidade não é o objeto principal da lide, e sim uma questão prejudicial que deverá ser resolvida para possibilitar a análise meritória.

A rigor o exercício do controle difuso implica o não conhecimento da lei ou ato normativo considerado inconstitucional, deixando, portanto, o magistrado de aplicar a norma na relação jurídica processual em exame.

Como se trata de questão prejudicial à análise meritória, não constituindo o objeto do processo, o reconhecimento da incompatibilidade vertical da norma não assume contornos de definitividade (coisa julgada), sendo, como bem assevera ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, “inadmissível a propositura de ação declaratória incidental para que a apreciação da prejudicial seja alcançada pelos limites objetivos da coisa julgada.”⁶⁷

judiciais isolados de nossa Corte Constitucional com eficácia vinculante para as demais instâncias do Poder Judiciário.

⁶⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, Vol I. 3.ed.Lumen Juris, p.36/38.

A característica principal, como dito, revela-se pela possibilidade de todo órgão do Poder Judiciário realizá-lo, de forma incidental, ou seja, ao apreciar uma questão prejudicial à análise meritória de um processo posto à sua apreciação, sendo, como relata o mestre RAUL MACHADO HORTA, atribuído aos magistrados o direito de interpretar a Constituição fazendo-a prevalecer sobre a lei.⁶⁸

Especial interesse desperta-nos a operacionalização do controle difuso nos órgãos judiciais colegiados, tendo em vista necessidade de observância de quorum especial para declaração de inconstitucionalidade, a legislação processual civil disciplina o que se convencionou chamar de *incidente de inconstitucionalidade*, denominado pela doutrina e jurisprudência norte-americanas de regra do *full bench*.

De origem pretoriana norte-americana, a regra do *full bench*, ao contrário do modelo brasileiro, não é prevista expressamente na Constituição dos Estados Unidos e nem em legislação específica. Em verdade, sua origem e aplicação decorrem do costume judicial de prudência com as deliberações do Poder Legislativo. Como afirma JOSÉ LEVI DO AMARAL JÚNIOR:

“Por outro lado, lembra COOLEY, a regra do *full bench* é uma regra de conveniência (rule of propriety), não uma obrigação constitucional. Com efeito, não há, nos Estados Unidos, qualquer dispositivo constitucional ou legal determinando – desde logo – a observância da regra do *full bench*. No entanto, em geral, as cortes a

⁶⁸ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp.134/141. Atribui o autor à jurisprudência norte-americana o papel de criadora da doutrina da supremacia constitucional, diante da inexistência de dispositivo expresso na Constituição. Acrescenta ainda: “Posteriormente, a jurisprudência e a doutrina precisaram as linhas, definiram os contornos fundamentais, estipularam as exigências para o exercício, perante os tribunais norte-americanos, desse extraordinário instrumento de defesa, ali chamado ora de *judicial review*, ora de *judicial control*.”

Fixando seu aspecto doutrinário *Willoughby* nos esclarece que se “presume válido todo o ato do Poder Legislativo. Só se lhe põe à prova a constitucionalidade quando aventado no Tribunal um caso particular. O Tribunal não vai jamais ao encontro de uma lei, nem antecipa juízo acerca de sua inconstitucionalidade”.

Cooley adverte que “nenhuma autoridade têm os Tribunais para decidir questões abstratas: é necessário que elas possam revestir o aspecto de verdadeiros litígios.”

Beard reconstitui o processo nos seus elementos centrais, lembrando que a Corte Federal só toma conhecimento da constitucionalidade de uma lei quando sua atenção é atraída por uma causa envolvendo os direitos dos reclamantes. Ao decidir sobre a validade de uma lei, a Corte não a anula oficialmente. Recusa-se, simplesmente, a aplicá-la no caso particular que dirime.”

Encontramos na lição preciosa do grande constitucionalista brasileiro os fundamentos do sistema difuso de controle da constitucionalidade, a saber, a difusão da atribuição a todos os juízes e tribunais, a caracterização da questão constitucional no âmbito processual, como incidente prejudicial à análise meritória, e a natureza subjetiva evidenciada com a necessidade da existência do conflito de interesses levado ao conhecimento do Poder Judiciário.

adotam e observam, regulamentando sua prática, no particular, discricionariamente. Ainda assim, a regra do *full bench* representa também importante instrumento de auto-restrição dos tribunais em respeito à opinião do Poder Legislativo.”

No Brasil a iniciativa para argüição do incidente cabe às partes do processo, incluindo os litisconsortes e o eventual assistente. O Ministério Público também tem legitimidade, tanto na condição de parte quanto na condição de *custos legis*. Quando o membro do Ministério Público formula a argüição, obviamente, não será necessária a audiência ministerial. Caso contrário, o pronunciamento do Ministério Público deve preceder ao julgamento do órgão fracionário.

Cabe também a argüição de ofício a qualquer juiz componente do colegiado, por se tratar de questão de direito.

O referido incidente dá ensejo à cisão funcional do julgamento, tendo em vista que, por imposição constitucional, os órgãos fracionários dos tribunais, diante de eventual argüição de inconstitucionalidade, deverão sustar o andamento do feito e remeter a questão para o pleno ou respectivo órgão especial, que deverão pronunciar-se pela maioria absoluta de seus membros.

Acolhida a argüição, por maioria simples dos membros do órgão fracionário, a cisão do julgamento é dispensável diante da existência de precedentes do plenário do Supremo Tribunal Federal ou do órgão do tribunal (órgão especial ou pleno, a depender de previsão regimental) com competência regimental para declaração de inconstitucionalidade.

No caso de relevância da argüição o processamento do incidente, segundo o regimento interno do respectivo tribunal, o órgão especial ou o pleno, analisará o mérito, declarando ou não a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Declarada a inconstitucionalidade, ocorrerá o que pode ser denominado de vinculação horizontal, a saber, o órgão fracionário, ao prosseguir o julgamento do feito, ficará vinculado à decisão do órgão especial ou do pleno.

Questão interessante a respeito do incidente é que o julgamento do pleno ou do órgão especial terá como objeto exclusivamente questão de direito (questão constitucional), portanto, a decisão recairá sobre a validade da lei em tese com repercussão no caso concreto e nos demais casos futuros a serem processados no mesmo tribunal. No

particular, a atuação do órgão judicial - Órgão Especial ou Tribunal Pleno - assemelha-se a um tribunal constitucional no exame de questão constitucional.

A constatação feita decorre da dispensa de remessa ao plenário ou órgão especial diante de existência de precedente idêntico dos mencionados órgãos internos. Por isso se cogita o que se denominou de “vinculação horizontal”, a saber, quando um precedente do próprio tribunal passa a vincular questão de direito a ser apreciada pelos demais órgãos fracionários.

A decisão proferida pelo órgão especial ou pelo pleno incorpora-se ao julgamento da causa a cargo do órgão fracionário, que deverá decidir a causa ou recurso, tendo como uma das premissas inafastáveis a declaração de inconstitucionalidade.

Oportuna é a lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“Já a argüição da inconstitucionalidade, como prejudicial, perante órgão *fracionário* diverso do “especial” previsto na Lei Maior, gera problema peculiar, do ponto de vista do procedimento. É que, justamente por força da norma inscrita do seu art. 97 – reprodução, aliás, do que já se continha em Constituições anteriores -, se ao órgão fracionário, na apreciação de recurso, ou de causa da respectiva competência originária, ou levada *ex vi legis* ao segundo grau de jurisdição, parecer fundada a argüição de inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do poder público, não lhe será lícito declarar por si mesmo, pura e simplesmente, sem qualquer formalidade, que a lei ou outro ato é inconstitucional, recusando-lhe em consequência aplicação à espécie. Determinar como se há de prosseguir no julgamento, para evitar ofensa à Carta da República, eis o problema a cuja solução dedicou o legislador processual de 1973 o presente capítulo.”⁶⁹

Em suma, a legislação processual civil⁷⁰ prevê, desde que não seja a hipótese legal de dispensa do procedimento, que, quando a inconstitucionalidade for alegada e acolhida pela maioria por um órgão fracionário de tribunal, ao constatar a relevância da argüição, deverá o Presidente da Sessão suspender o andamento do feito, lavrar o acórdão do julgamento e submeter a questão incidental levantada ao plenário ou órgão especial, que deverá decidir observando a maioria absoluta de seus membros.

⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. V. 10ª ed. São Paulo: Forense, 2002, p. 34.

É importante lembrar que o órgão fracionário poderá, pela sua maioria, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, não sendo necessária a remessa ao pleno ou ao órgão especial.

Lembra, mais uma vez, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“O órgão fracionário pode rejeitar a arguição por entendê-la *inadmissível* ou por entendê-la *improcedente*. É inadmissível, v.g., a arguição referente a ato que não seja do poder público; também é inadmissível a arguição *impertinente*, relativa a lei ou outro ato de que não dependa a decisão sobre o recurso ou causa. Em casos tais, é lícito ao próprio relator deixar de observar o disposto no art. 480; mas cumpre-lhe, ao fazer “a exposição da causa” na sessão de julgamento (art. 554), mencionar o ponto, porque a maioria dos membros do órgão fracionário pode ter entendimento diverso – caso em que obrigatoriamente se observará o procedimento previsto no Código, inclusive com abertura de vista ao Ministério Público, para pronunciar-se *antes* da deliberação. *Improcedente* será a arguição quando o órgão fracionário, pela maioria dos seus membros, não reconhecer a alegada incompatibilidade entre a lei ou o outro ato e a Constituição.”⁷¹

Por se tratar de matéria relacionada com a compatibilidade vertical de normas, a arguição sobre a inconstitucionalidade é imune à preclusão, restando sem importância que a questão seja suscitada apenas, por exemplo, na sustentação oral em sessão de julgamento.

Poderá a arguição ser efetuada *ex officio* pelo relator, pelo revisor, por quaisquer dos juízes componentes do órgão, pelo ministério público ou pelas partes do processo.

A irrisignação da parte sucumbente através do manejo de espécie recursal somente deverá ser efetivada após a decisão proferida pelo órgão fracionário, pois a decisão do órgão especial ou do pleno é irrecorrível, no entanto, para que seja viável a interposição de recurso extraordinário, é necessária a colação de cópia do acórdão da decisão proferida pelo órgão especial ou pelo pleno.

⁷⁰ Código de Processo Civil, arts. 480 e 481.

⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Op. cit.*, p. 41.

2.1.1. Exercício do controle difuso de constitucionalidade e inexigibilidade dos títulos executivos

Questão relevante que se insere como objeto de estudo da jurisdição constitucional difusa diz respeito à possibilidade de alegação de inexigibilidade do título executivo por ocasião do ajuizamento dos embargos à execução em face da Fazenda Pública, fundada em sentença ou diante da hipótese de execução de títulos executivos extrajudiciais.

A nova sistemática introduzida pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, modificou substancialmente a execução de títulos judiciais e extrajudiciais no processo civil brasileiro. Diante das alterações promovidas pelo legislador ordinário, a separação estanque entre o processo de conhecimento e o processo de execução deixa de existir.

Seguindo uma lógica mais racional e privilegiando o princípio da efetividade na prestação jurisdicional, a nova realidade limita o emprego dos embargos à execução – que corresponde à instauração de processo de conhecimento incidental e autônomo no bojo do processo executivo - e a conseqüente suspensividade do processo executivo, à execução movida em face da Fazenda Pública e à execução de títulos executivos extrajudiciais.

A nova execução de título judicial, denominada de Fase de Cumprimento da Sentença, passa a ser concebida como uma fase contínua e complementar à fase de definição do título executivo (fase cognitiva), limitando-se a defesa do executado à impugnação do título executivo, que não terá, em regra, efeito suspensivo, salvo se concedida a suspensividade pelo juízo competente para processar a execução.

Portanto, com a nova sistemática, tanto os embargos à execução, que, como dito anteriormente, somente serão cabíveis no caso de execução em face da Fazenda Pública e nas execuções de títulos executivos extrajudiciais, quanto a impugnação prevista no artigo 475-L, do Código de Processo Civil, admitem a alegação de inexigibilidade do título executivo fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

O parágrafo § 1º do artigo 475-L, do Código de Processo Civil, praticamente reproduz a redação do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, que prescreve o seguinte:

“Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.”

Depreende-se da dicção legal acima que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal⁷² acaba por relativizar (ainda mais) a tradicional imutabilidade da decisão judicial transitada em julgado, cuja eficácia ainda ficará condicionada ao exercício eventual e futuro da jurisdição constitucional por parte de nossa Corte Constitucional.

Com a redação dada aos dispositivos do Código de Processo Civil acima mencionados, o princípio da supremacia constitucional assume maior peso diante da proteção constitucional da coisa julgada prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88, que, a despeito de sua tradicional imutabilidade, na concepção do legislador, deve sucumbir em caso de conflito com a norma fundamental do ordenamento jurídico.

No nosso entendimento, a inexigibilidade do título executivo obtida pela aplicação do dispositivo em comento pode ser qualificada como uma espécie de medida inibitória na fase executória, a saber, a sentença continua intacta, uma vez que não foi objeto de rescisão, porém, torna-se inviável o prosseguimento regular da execução.

Em suma, embora formalmente existente, não há desconstituição do título judicial, a sentença judicial torna-se ineficaz.

No entanto, as conseqüências da inexigibilidade do título judicial decorrente da declaração de inconstitucionalidade ou de interpretação tida por incompatível com a

⁷² A referência é pertinente também para as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no exercício do controle difuso, desde que pelo plenário, uma vez que, como mencionado neste trabalho, as decisões proferidas pela nossa Corte Constitucional em sede de recursos extraordinários têm se constituído em paradigmas para aplicação futura do dispositivo para o julgamento de futuros recursos extraordinários semelhantes.

Constituição, ainda carecem de definições, se não quanto à sua possibilidade, pelo menos, no que respeita ao seu alcance.

Noticia JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido da fixação de critérios para aplicação do parágrafo único do artigo 741, do Código de Processo Civil, o qual, dentre outras considerações, afasta a incidência do artigo para sentenças transitadas em julgado em data anterior à declaração de inconstitucionalidade, ainda que para a declaração de inconstitucionalidade seja em regra atribuída eficácia temporal retroativa.⁷³

Certamente vão surgir novidades acerca da delimitação da incidência dos artigos em análise, que terão como ponto de partida inquestionável a seguinte exigência: que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Sem desconsiderar as discussões acerca da compatibilidade vertical das normas em comento, o certo é que somente será possível a alegação de inexigibilidade do título executivo diante de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

É evidente que a decisão proferida a título de tutela de urgência não corresponde a uma declaração de inconstitucionalidade, pois se sujeita à confirmação, que somente será consumada com a decisão de mérito.

Do contrário estaríamos admitindo a repercussão da tutela liminar sobre relações processuais já imunizadas pela autoridade da coisa julgada, o que não condiz com o postulado da estabilidade das relações jurídicas.

É interessante destacar que a eventual colisão principiológica entre a supremacia constitucional e a proteção da coisa julgada somente será configurada, em tese, com a definitividade da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, como cediço, o exercício da tutela de urgência é marcado pelo traço da provisoriedade, restando, destarte, até a definição de mérito, dúvidas quanto à violação da norma fundamental.

Em suma, tanto a eficácia vinculante quanto a repercussão geral da decisão liminar implicarão a antecipação dos efeitos práticos da decisão de mérito, o que resultará na obrigatoriedade geral da suspensão provisória da eficácia da norma impugnada, com

efeitos *ex nunc*, ou seja, de caráter constitutivo-negativo. E, finalmente, considerando a precariedade da decisão proferida em sede de cognição sumária, ainda que seja atribuída eficácia retroativa aos efeitos da liminar, não haverá qualquer repercussão sobre casos julgados, ainda que indiretamente, ou seja, não haverá qualquer repercussão processual em casos julgados no exercício da jurisdição ordinária.

No nosso entendimento, somente esta conclusão atende aos postulados básicos da justiça e segurança jurídica.

2.1.2. Objetivação do controle difuso e concentração de competências.⁷⁴

Com o incidente de inconstitucionalidade e a previsão de vinculação às decisões em matéria constitucional proferidas pelo plenário dos tribunais, ou, onde houver, pelos órgãos especiais, ou ainda pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, restou instituída a eficácia vinculante *intra muros*, através da qual as decisões originárias dos órgãos acima mencionados assumem relevância que transcende aos casos concretos que as originaram e que podem vincular todos os órgãos fracionários dos tribunais espalhados pelo país, na hipótese específica de precedentes em matéria constitucional julgados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional.

Este procedimento previsto no Código de Processo Civil, nos artigos 480 a 482, existe para compatibilizar as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelos tribunais com a exigência constitucional da observância da maioria dos membros da composição plena ou do respectivo órgão especial, prevista no artigo 97 da CRFB/88.

⁷³ GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. *Tutela Efetiva. Garantia constitucional de justiça eficiente*. Recife: Printer Gráfica e Editora, 2006, pp. 122-123.

⁷⁴ Apesar da atualidade levantada no item em comento, não devemos esquecer a competência prevista no artigo 52, X, da CRFB/88, que atribui ao Senado Federal a possibilidade de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. O referido dispositivo constitucional, que surgiu pela primeira vez na Constituição de 1934, teve por propósito inicial minimizar os efeitos deletérios decorrentes da adoção do *judicial review* em nosso país. Com ele buscou-se a ampliação da eficácia subjetiva dos julgados do Supremo Tribunal Federal, que passaria a atingir a todos indistintamente. Trata-se de mecanismo pouco utilizado até os dias de hoje. A possibilidade de expansão dos efeitos, com a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, depende de provocação do Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador Geral da República ou da aprovação de projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do próprio Senado Federal. A suspensão poderá atingir leis federais, estaduais, distritais ou municipais, declaradas inconstitucionais, em definitivo e incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal. A suspensão da execução pelo Senado Federal é feita

Trata-se do exercício da jurisdição constitucional difusa, porém, em abstrato, uma vez que a questão remetida para decisão do pleno ou do órgão especial é, única e exclusivamente, a compatibilidade de lei ou o ato normativo com a Constituição.

Essa decisão irá repercutir nos futuros julgados, pois o tribunal passará a adotar o mesmo entendimento em julgamentos posteriores. Eis um belo exemplo do que se pode chamar de “abstração ou objetivação” do controle difuso, notadamente, do recurso extraordinário, que passa a assumir um papel relevantíssimo no sentido da uniformização e vinculação do entendimento do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

É sabido que o recurso extraordinário constitui, juntamente com o recurso especial e o recurso de revista, espécie recursal excepcional através da qual se busca a tutela de direito objetivamente considerado.

Em outros termos, o recurso extraordinário, como também o recurso especial e o recurso de revista, ao contrário das demais espécies recursais ordinárias, não servem para rediscussão de matéria de fato, uma vez que o escopo do recurso extremo é a manutenção da supremacia constitucional pretensamente violada em eventuais relações jurídicas processuais julgadas pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, através do recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal realiza a análise da validade de normas impugnadas em face da Constituição Federal.

Eis um caráter marcadamente objetivo assumido pelo recurso extraordinário, característica que não passou despercebida pelo Supremo Tribunal Federal.

É que o recurso extraordinário processado pelo Supremo Tribunal Federal tem se transformado em típico instrumento objetivo de defesa da constitucionalidade, ou seja, o que seria uma espécie de controle difuso abstrato.⁷⁵ Tal situação ocorre, como visto antes, como resultado do incidente de inconstitucionalidade processado no âmbito da Suprema Corte brasileira, que, após o exame da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em sede de recurso extraordinário, diante da previsão legal de dispensa de remessa da questão constitucional para exame do pleno ou órgão especial, passa a vincular

através da publicação de resolução. A suspensão da exequibilidade da lei ou do ato normativo dar-se-á a partir da publicação da resolução do Senado Federal.

⁷⁵ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. In DIDIER, Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: Edições Podium, 2006, pp. 343-344.

as decisões sobre a compatibilidade de leis ou atos normativos dos órgãos fracionários dos tribunais do país, como também do próprio Supremo Tribunal Federal.

Além da vinculação dos posicionamentos do Supremo sobre os tribunais ordinários por força da dispensa da instauração dos incidentes na via difusa, a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal tem se inclinado no sentido de atribuir, ainda que de forma velada, ao recurso extraordinário a condição de instrumento típico do controle principal de constitucionalidade.⁷⁶

Em dadas situações, portanto, o recurso extraordinário assume um caráter indubitavelmente objetivo, obviamente sem perder seu caráter subjetivo, cujos precedentes têm sido considerados pelo Supremo Tribunal Federal como paradigmas para decisões futuras em nome da efetividade e da previsibilidade que devem informar a atuação do Poder Judiciário.

Evidentemente, como foi mencionado antes, a própria natureza do recurso extraordinário, recurso excepcional cujo objetivo é a proteção da ordem jurídica constitucional objetivamente considerada, justifica seu emprego para além dos reduzidos limites subjetivos discutidos em casos concretos.

Com essas observações é possível, portanto, afirmar que há algum tempo está em curso um evidente processo de verticalização concentrada no Supremo Tribunal Federal iniciado com mais vigor a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Essa ampliação das possibilidades de proteção da Constituição, todas elas concentradas no Supremo Tribunal Federal, revela-se, *e.g.*, com a ampliação da legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade e depois da ação declaratória de constitucionalidade, o advento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e todas as suas possibilidades, sem olvidar, como sugere o presente trabalho, que as principais ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade admitem em seus procedimentos específicos o exercício da tutela de urgência, permitindo ao Supremo

⁷⁶ Nesse sentido, aponta Fredie Didier, *cit.*, p. 346-347 uma série de precedentes do Supremo Tribunal Federal, os quais versam, dentre outras questões próprias do controle concentrado de constitucionalidade, *e.g.*, a) a possibilidade de manipulação da eficácia temporal da decisão proferida em recurso extraordinário; b) a possibilidade de julgamento do recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele que foi objeto de cognição do tribunal de origem; c) a possibilidade de dispensa do requisito do pré-questionamento do recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questão constitucional, adotado em julgamento de outro recurso extraordinário.

Tribunal Federal responder com celeridade às demandas constitucionais diretamente postas à sua apreciação.

FREDIE DIDIER e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA resumem as possibilidades de repercussão das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, que podem ser divididas em quatro espécies:

“Assim, as decisões do STF, em matéria de controle de constitucionalidade e interpretação da constituição, podem ser divididas em quatro espécies, de acordo com a sua força vinculante e a extensão subjetiva dos seus efeitos: a) proferida por uma turma, em controle difuso; b) proferidas pelo Pleno, em controle difuso, e ainda não consagradas em enunciado da súmula vinculante; c) posicionamentos já consagrados em súmula vinculante; d) decisões em controle concentrado de constitucionalidade.”⁷⁷

Como lembrado pelos jovens talentos do nordeste do Brasil, de todas as espécies, a de menor relevância é a decisão de órgão fracionário do STF, pois, no caso das demais, haverá sempre repercussão para além dos limites do caso concreto que as originou, à exceção das decisões em sede de controle concentrado, que, como visto, se originam de procedimento essencialmente abstrato, portanto, dissociado de questões de ordem subjetiva.

Esse processo de concentração de competências e poderes ampliou seus horizontes com a promulgação da Emenda Constitucional n° 45/04 e a previsão dos institutos da súmula vinculante, regulamentada pela Lei n° 11.417, de 19 de dezembro de 2006 e do novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a saber, a repercussão geral das questões constitucionais regulamentada pela Lei n° 11.418, de 19 de dezembro de 2006.

A mencionada reforma constitucional teve, dentre outros propósitos, a busca da efetividade processual, sem prejuízo da segurança jurídica, cujo equilíbrio constitui uma equação de difícil solução.

Os novos institutos, especialmente a súmula vinculante e o requisito da repercussão geral, representam alguns dos instrumentos adotados pelo constituinte reformador para tornar a prestação jurisdicional mais célere e, ao mesmo tempo, infensa a soluções desiguais.

⁷⁷ DIDIER, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação a decisões judiciais e processos nos tribunais*. Salvador: Editora Podium, 2007, p. 279.

2.1.2.1. Súmula vinculante

Muito mais do que um meio de concentração de poderes, o instituto da súmula vinculante representa uma tentativa salutar na busca pela segurança e igualdade na prestação do serviço jurisdicional.⁷⁸

É inspirada no modelo de vinculação de precedentes judiciais existente nos Estados Unidos da América, no qual as *stare decisis* representam a essência do sistema judicial daquele país, cuja harmonia depende intensamente da força vinculante atribuída aos julgados dos juízes e tribunais, e, em especial, dos precedentes julgados pela Suprema Corte.

É cediço que o sistema de *common law* atribui à jurisprudência o papel de principal fonte do direito, o que faz com que decisões proferidas por juízes e tribunais não somente sirvam para o deslinde de casos concretos, mas também como padrões a serem aplicados em futuros julgamentos.

Com o advento da súmula vinculante, o Brasil, país que organiza seu sistema judicial sob os conceitos e princípios do sistema romano-germânico, e, portanto, alça a lei ao status de principal fonte do direito, passou a admitir que decisões proferidas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, em matéria constitucional, passem a funcionar como precedentes de observância obrigatória para casos futuros.

O legislador, no entanto, tomou o cuidado de não importar acriticamente o novel instituto. Pelo contrário. O que se depreende da leitura da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006,⁷⁹ é que o modelo inaugurado no Brasil é substancialmente diferente do adotado nos Estados Unidos, preservando apenas o mais importante, que é a vinculação das decisões consolidadas pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta de todas as pessoas políticas que integram a federação brasileira.⁸⁰

⁷⁹ Lei que regulamentou o artigo 103-A da Constituição em vigor, cuja redação foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

⁸⁰ A Lei nº 11.417/06 regulamentou o artigo 103-A da Constituição da República e alterou a Lei nº 9.784/99.

Como se vê, ao contrário do modelo norte-americano, no Brasil a vinculação dos precedentes judiciais restringe-se às súmulas emitidas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

É importante destacar que prevê o diploma legal mencionado um mecanismo que afasta a possibilidade de auto-vinculação por tempo indeterminado, uma vez que pode ser procedida a revisão ou até mesmo o cancelamento das súmulas, de ofício ou mediante provocação dos legitimados indicados no artigo 3º. Com isso, a evolução do processo de interpretação da Constituição está garantida.

É o que prescreve o referido artigo:

“Art. 2º. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta lei.

§1º (*omissis*)

§2º (*omissis*)

§3º. A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.”

Diante da possibilidade de revisão ou cancelamento das súmulas, não subsiste o argumento de que poderia ocorrer um verdadeiro “engessamento” da jurisprudência constitucional.

E muito menos se justifica o entendimento de que poderia ocorrer uma restrição indevida do livre convencimento dos julgadores. Ora, é preciso lembrar, antes de tudo, que esse livre convencimento deve ser sempre fundamentado. Ademais, a justiça não pode ser um valor aprisionado por um único julgador. Faz-se necessário, portanto, que seja consolidada após razoável processo de maturação, que se aperfeiçoa com a edição de enunciados dos tribunais, cuja composição recebe, em regra, o benefício da experiência.

Como importante garantia de proteção dos jurisdicionados, não há liberdade absoluta no processo decisório.

Destaque-se ainda que é o Supremo Tribunal Federal o intérprete por excelência da Constituição Federal, intérprete último, autorizado pela Carta Constitucional para guardar, proteger e definir o significado e o alcance das normas constitucionais. Não existe intérprete mais autorizado e legitimado para tal mister.

O procedimento é aberto à participação de vários atores, incluindo a possibilidade de manifestação de terceiros, o que, aliado à competência constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, nos leva a concluir pela legitimidade e constitucionalidade do instituto.

A estrutura do procedimento de vinculação dos julgados em matéria constitucional adotado pelo Brasil é simétrica ao modelo de controle concentrado de constitucionalidade. Assim, há exigência de quorum de 8 (oito) membros do Supremo Tribunal Federal para que seja aprovada a súmula que deriva, necessariamente, da consolidação de reiteradas decisões em matéria constitucional.

Além do quorum idêntico ao exigido para modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, previsto no art. 27, da Lei nº 9.868/99, a Lei nº 11.417/06 instituiu dois procedimentos distintos para edição de súmulas vinculantes, o que guarda semelhança com as espécies de arguições de descumprimento de preceito fundamental previstas na Lei nº 9.882/99.

Um primeiro procedimento pode ser provocado pelo próprio tribunal ou pelos legitimados para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade e mais pelo Defensor Público Geral da União, os tribunais Superiores, os tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal, os tribunais regionais federais, os tribunais regionais do trabalho, os tribunais regionais eleitorais e os tribunais da justiça militar.

Todo o procedimento acima mencionado prevê a atuação do Procurador Geral da República, a intervenção do *amicus curiae* e, ainda, a possibilidade de modulação dos efeitos gerados pela súmula vinculante, nos mesmos moldes fixados pelas leis 9.868 e 9.882/99.

O artigo 4º da Lei nº 11.417/06 prevê:

“Art. 4º. A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) de seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir

que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.”

É evidente a inspiração da modulação dos efeitos vinculantes nos procedimentos da ação direta de inconstitucionalidade e da argüição de descumprimento de preceito fundamental, cuja lógica homenageia a segurança jurídica, notadamente no que respeita à previsibilidade das relações jurídicas em geral.

A segunda espécie de procedimento para edição de súmulas vinculantes possibilita aos municípios que, incidentalmente, ou seja, em processos em que sejam partes, possam propor a edição, a revisão ou o cancelamento de súmulas.

Assim prescreve o § 1º, do artigo 1º, da Lei nº 11.417/06:

“§ 1º . O município poderá propor, incidentalmente ao curso do processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.”

Portanto, pode-se afirmar, à semelhança do que ocorre com a argüição de descumprimento de preceito fundamental, que existe um procedimento principal e outro que pode ser denominado de incidental, pois ocorre no âmbito de relações jurídicas processuais que tenham como um dos protagonistas o município.

A garantia da observância obrigatória das súmulas, tendo em vista sua característica vinculante, é assegurada pelo manejo da reclamação constitucional, mecanismo previsto na Constituição em vigor cuja finalidade é a preservação da competência ou a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Toda a sistemática instituída visa precipuamente, com a redução do número de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, que a prestação jurisdicional seja mais célere e isonômica.⁸¹

⁸¹ No dia 30 de junho de 2007 foram editadas as três primeiras súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. A primeira versa sobre a proibição às correções relativas aos planos econômicos sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), já firmados mediante acordo com a Caixa Econômica Federal (CEF). A segunda súmula editada definiu como competência da União a legislação sobre sistemas de consórcios de sorteios, envolvendo bingos, loterias e quaisquer espécies de jogos. Por último, a terceira súmula estabeleceu a obrigatória observância da ampla defesa e do contraditório nos processos em curso no Tribunal de Contas da União, nos casos em que uma decisão possa resultar em anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado.

2.1.2.2. Recurso extraordinário e repercussão geral

O recurso extraordinário é a espécie recursal por natureza através da qual as questões constitucionais discutidas nos feitos que correm na jurisdição ordinária podem ser levadas para julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Segundo o artigo 102, III da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal, no exercício de competência de caráter recursal, processar e julgar o recurso extraordinário, no caso da decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

É cabível a interposição do apelo extremo quando foram esgotadas as possibilidades de recursos ordinários, em tese, cabíveis, nas causas decididas em única ou última instância de tribunais, das Turmas Recursais de Juizados Especiais Cíveis e, até mesmo, de decisões proferidas por juízos singulares, desde que seja a única instância existente.

Para que seja admitido o recurso extraordinário, além dos requisitos gerais de admissibilidade aplicáveis a todas as espécies recursais, exigem-se, para viabilidade do apelo extremo, requisitos específicos, sobre os quais dedicaremos as próximas linhas.

Sempre que, para apreciar a questão constitucional, o tribunal tenha que se valer do reexame de normas infraconstitucionais, não será cabível o manejo do recurso extraordinário, uma vez que a ofensa ao dispositivo constitucional deve ser frontal e não apenas indireta ou reflexa.

Um exemplo de ofensa reflexa muito comum no cotidiano forense refere-se a alegações de violações de princípios constitucionais como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa. A ofensa indireta configura-se, na maioria das situações, porque a pretensa violação a esses princípios não prescinde do reexame prévio de normas legais e até de normas administrativas, o que autorizaria a configurar o que se chama de ofensa reflexa ao texto da Constituição.

Assim o Supremo Tribunal Federal tem, reiteradas vezes, decidido que, se a controvérsia tiver que ser decidida à luz da legislação infraconstitucional, não será viável o recurso extraordinário.⁸²

Outro requisito de admissibilidade do recurso extraordinário é o pré-questionamento, ou seja, a necessidade de que a questão constitucional tenha sido previamente debatida na instância *a quo*.

Sobre a questão, o magistério de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA:

“Por *prequestionamento*, quer-se significar a exigência de que a decisão recorrida tenha ventilado a questão (federal ou constitucional) que será objeto de apreciação no recurso especial ou extraordinário. Em outros termos, não se admite que no recurso especial ou extraordinário se ventile questão inédita, a qual não tenha sido apreciada pelo órgão *a quo*.”⁸³

Sem dissentir dessa orientação, pontificam LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART:

“Também se exige, para interposição de ambos os recursos, a existência de *prequestionamento*. A fim de que seja cabível, seja o recurso especial, seja o recurso extraordinário é necessário que a questão legal ou constitucional já esteja presente nos autos, tendo sido decidida pelo tribunal (ou juízo, no caso de recurso extraordinário) *a quo*, ou ao menos debatida pelas partes e submetida ao crivo judicial anteriormente à interposição do recurso (Súmula 282 do STF e 211 do STJ).”⁸⁴

Sobre o debate da questão constitucional, o Supremo Tribunal Federal admite que o prequestionamento é um ônus atribuído à parte, portanto, a interposição de embargos declaratórios atende à exigência do aludido requisito de admissibilidade, ainda que a omissão não tenha sido expressamente suprida pelo tribunal *a quo*. O acolhimento

⁸² STF, 2ª Turma, AI-AgR 609995/DF, rel. min. Eros Grau, julgamento 22.5.07, DJ 15.6.2007. STF, 1ª Turma, AI-Agr 602469/PB, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento 22.5.07, DJ 8.6.07, p. 32. STF, 2ª Turma, AI-AgR 604770/GO, rel. min. Eros Grau, DJ 15.6.07.

⁸³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. II, 12.ed. Rio de Janeiro: 2006, p. 133.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 592

pelo Supremo do chamado pré-questionamento implícito foi sumulado pelo Tribunal (Súmula 356).⁸⁵

A Emenda Constitucional n° 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o §3º ao artigo 102, da CRFB/88, e assim estabeleceu mais um requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário:

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

A repercussão geral da questão constitucional é outro instrumento importante para definição do papel do Supremo Tribunal Federal como verdadeiro tribunal constitucional brasileiro.⁸⁶

Os principais pontos relativos ao disciplinamento do novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário foram fixados pela Lei n° 11.418, de 19 de dezembro de 2006, cabendo ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, como ocorre com a súmula vinculante, a complementação normativa dos institutos.⁸⁷

⁸⁵ Cf. RE 191454/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ. 6.8.1999, p. 824.

⁸⁶ Ratificando o entendimento no sentido da concentração de competências e poderes em torno do Supremo Tribunal Federal, o § 2º, da Lei n° 11.418/99 atribui ao STF a exclusividade do exame da existência ou não do requisito. Portanto, não cabe ao tribunal *a quo* inadmitir recurso extraordinário sob a alegação de que não foi atendido o requisito da repercussão geral.

⁸⁷ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que a exigência da repercussão geral de questões constitucionais às causas em geral, inclusive as causas criminais, somente ocorreria a partir de 3 de maio de 2007, data em que entrou em vigor a Emenda Regimental n° 21. Portanto, o Tribunal somente exigirá a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais a partir da data da alteração de seu Regimento Interno. A seguir, transcrição de trecho do Informativo n° 472 do STF: Repercussão Geral e Recurso Extraordinário em Matéria Criminal - 1

“O Tribunal resolveu questão de ordem suscitada em agravo de instrumento — interposto contra decisão que inadmitira recurso extraordinário, em matéria criminal — da seguinte forma: 1) que é de exigir-se a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas em qualquer recurso extraordinário, incluído o criminal; 2) que a verificação da existência de demonstração formal e fundamentada da repercussão geral das questões discutidas no recurso extraordinário pode fazer-se tanto na origem quanto no Supremo Tribunal Federal, cabendo exclusivamente a este Tribunal, no entanto, a decisão sobre a efetiva existência da repercussão geral; 3) que a exigência da demonstração formal e fundamentada no recurso extraordinário da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 3.5.2007, data da publicação da Emenda Regimental 21/2007, do RISTF.” Na espécie, a decisão agravada considerara que não fora atendido o art. 543-A do CPC, já que o agravante não dissera a relevância da interposição do recurso extraordinário para a repercussão geral, para ser apreciado pelo Supremo como preliminar de admissão do recurso, bem como que a suposta contrariedade ao texto constitucional, se existente, ocorreria de forma indireta.

É mister esclarecer que o que a lei prescreve para atendimento do requisito em tela, ou seja, a relevância da questão discutida sob o ponto de vista econômico, social, político ou jurídico, ainda assim, deixa a cargo do Supremo Tribunal Federal um considerável espaço de subjetividade a ser manejado no julgamento dos casos concretos, dada a abertura e indeterminabilidade relativa dos termos empregados.

Em verdade agiu acertadamente o legislador, prestigiando o Supremo Tribunal Federal, que passa a ter um poderoso instrumento de controle de sua demanda processual, impedindo, assim, que feitos de menor repercussão, que podem ser objeto de decisão judicial definitiva nas instâncias infraconstitucionais, abarrotam as prateleiras de nossa Corte Constitucional.

Foi privilegiada a segurança jurídica com a crescente importância dos mecanismos de uniformização de jurisprudência.

No entanto, ao menos no que respeita a recursos que sejam interpostos com o propósito de impugnar decisões judiciais contrárias às súmulas ou à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, entende-se que o requisito de repercussão geral foi atendido plenamente.

Sobre o importante detalhe acima, observam FREDIE DIDIER e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA:

Repercussão Geral e Recurso Extraordinário em Matéria Criminal - 2

Salientou-se, inicialmente, que os recursos criminais de um modo geral possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades que não afetam substancialmente a disciplina constitucional comum reservada a todos os recursos extraordinários e que, com o advento da EC 45/2004, que introduziu o § 3º do art. 102 da CF, a exigência da repercussão geral da questão constitucional passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário, cuja regulamentação se deu com a Lei 11.418/2006, que alterou o texto do CPC, acrescentando-lhe os artigos 543-A e 543-B. Entendeu-se que, não obstante essa alteração tenha se dado somente no CPC, a regulação se aplicaria plenamente ao recurso extraordinário criminal, tanto em razão de a repercussão geral ter passado a integrar a disciplina constitucional de todos os recursos extraordinários, como por ser inequívoca a finalidade da Lei 11.418/2006 de regulamentar o instituto nessa mesma extensão. Além disso, aduziu-se que não haveria óbice à incidência desse diploma legal de forma subsidiária ou por analogia, e citaram-se diversos precedentes do Tribunal reconhecendo a aplicação por analogia do CPC ao processo penal. Afirmou-se, também, não haver razão para se falar em imaneente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, tendo em conta estar em causa, normalmente, a liberdade de locomoção. Esclareceu-se que o recurso extraordinário visa à preservação da autoridade e da uniformidade da inteligência da CF, o que se reforçaria com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele debatidas, ou seja, as que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (CPC, art. 543-A, § 1º), e destacou-se, ademais, sempre ser possível recorrer-se ao *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII) como remédio à ameaça ou lesão à liberdade de locomoção, com a amplitude que o Tribunal lhe tem emprestado.

“Há, porém, hipótese de presunção absoluta de repercussão geral: sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A, § 3º, CPC, acrescentado pela Lei Federal nº 11.418/2006). A presunção é plenamente justificável, pois reforça a força vinculativa das decisões do STF, não somente aquelas incluídas em enunciado de súmula vinculante (já protegidas de maneira enérgica pela permissão de utilização da reclamação constitucional – ver o capítulo sobre a reclamação, mais à frente), mas também aos enunciados de súmula não-vinculante (“súmula simples”) e à jurisprudência dominante não sumulada.”⁸⁸

No particular, obviamente, não há que se falar em discricionariedade ou liberdade de conformação do Supremo Tribunal Federal na análise do requisito.

A importância desse novo mecanismo reside principalmente na repercussão para casos futuros da não admissibilidade de recursos extraordinários pela não configuração do aludido requisito.

É o que prevê o artigo 543-A, § 5º:

“§ 5º. Negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

A vinculação dos futuros julgamentos autorizará os ministros relatores a procederem, em decisão monocrática, à rejeição dos recursos extraordinários semelhantes.

Inegavelmente a vinculação a casos concretos distintos, fazendo com que a decisão proferida em sede de um único feito sirva para impedir a admissibilidade de todos os recursos sobre matéria idêntica, de fato, escancara a transcendência e conseqüente objetivação do controle concreto de constitucionalidade.

AI 664567 QO/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 18.6.2007.

⁸⁸ DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. Salvador: Editora Podium, 2007.

Portanto, negada a admissibilidade pela não demonstração da repercussão geral, não serão conhecidos todos os recursos extraordinários que porventura versem sobre a mesma questão constitucional.

Assim, pela eficácia vinculante da decisão de rejeição, todos os recursos futuros sobre matéria idêntica serão rejeitados liminarmente pelos ministros-relatores.

Outro mecanismo que revela o acerto do legislador na tentativa de criar um mecanismo de contenção de causas dirigidas ao Supremo Tribunal Federal e, por força do efeito pedagógico e multiplicador, para os demais órgãos do Poder Judiciário, ocorre na hipótese de multiplicidade de recursos em matéria idêntica que estejam pendentes de julgamento nos tribunais. Neste caso, será selecionado um ou mais recursos para que sejam processados e encaminhados ao Supremo Tribunal Federal.

O resultado da análise do atendimento do requisito de repercussão geral condicionará a admissibilidade dos demais recursos sobrestados.

Para FREDIE DIDIER e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA:

“A Lei Federal n. 11.418/2006 instituiu um incidente de análise da repercussão geral *por amostragem*, semelhante ao que já existe para o julgamento do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal (art. 321, § 5º, RISTF).

Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto no art. 543-B, CPC. Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (§ 1º do art. 543-B, CPC).

(...)

Se negar a existência de repercussão geral, todos os demais, *que não subiram ao STF*, reputam-se não-conhecidos. Eis o *julgamento por amostragem*.⁸⁹

Com isso o Supremo Tribunal Federal passa a dispor de poderoso mecanismo de “filtragem” das causas a serem processadas, por meio do qual somente merecerão a atenção de nossa Suprema Corte aquelas cuja relevância jurídica, econômica, social ou política assim autorizarem.

⁸⁹ DIDIER, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.*, p. 272.

Todas as observações neste item expostas, vão ao encontro do modelo de tribunal constitucional brasileiro proposto neste trabalho, pois indicam um processo contínuo de concentração de competências e de valorização do Supremo Tribunal Federal, que deve ser a última e a principal palavra em matéria constitucional em nosso país.

2.1.3. Efeitos do controle difuso

Através do exercício do controle difuso de constitucionalidade, verifica-se que, em verdade, não se declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, cabendo ao juiz apenas deixar de aplicar a norma por se tratar de óbice incidental para a decisão de mérito de algum processo em julgamento.

No caso dos processos que tramitam em órgãos judiciais colegiados, já foi afirmado que, diante da regra da reserva de plenário e da conseqüente necessidade de disciplinamento do rito a ser observado nesses órgãos, o incidente de inconstitucionalidade, remete ao Órgão Especial ou ao próprio Pleno apenas a competência para decidir sobre a compatibilidade da lei ou do ato normativo impugnado com a Constituição.

Em outros termos, a fiscalização exercida pelo pleno ou pelo órgão especial recai sobre a lei em tese, cabendo ao órgão fracionário que processa o recurso ou a ação originária (turma ou câmara) prosseguir o julgamento do feito.

No entanto, o consenso reside no fato de que a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa vincula os sujeitos da relação jurídica processual em julgamento, deixando-se de aplicar a norma impugnada em função do reconhecimento de sua incompatibilidade com a Constituição Federal.⁹⁰

Inserida, em princípio, no contexto de um caso concreto, pode ocorrer uma extensão dos efeitos da declaração incidental com eficácia *erga omnes*, desde que o Supremo Tribunal Federal, ao processar e julgar um recurso extraordinário ou uma ação

⁹⁰ Elucidativo o trecho de voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, *in* RTJ 151/331-335: entre nós, como se adota o sistema misto de controle judiciário de inconstitucionalidade, se esta for declarada, no caso concreto, pelo Supremo Tribunal Federal, sua eficácia se limita às partes da lide, podendo o Senado Federal apenas suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição). Já, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por meio de ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia dessa decisão é *erga omnes* e ocorre, refletindo-se sobre o passado, com o trânsito em julgado do aresto desta Corte.

originária⁹¹, o Procurador-Geral da República ou ainda a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado provoquem a Câmara Alta Federal para editar uma resolução suspendendo, no todo ou em parte, a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.⁹²

Na via difusa, portanto, pode-se verificar a participação do Senado Federal (CRFB/88, art. 52, X) na retirada da eficácia da lei ou do ato normativo do ordenamento jurídico. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal, após decisão definitiva, observada a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CRFB/88), irá oficiar o Senado para que o mesmo retire a eficácia (por resolução), no todo ou em parte, de lei ou do ato normativo inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal adotam o claro entendimento de que o papel da Câmara Alta no controle difuso de constitucionalidade é desempenhado de forma discricionária, sendo, destarte, a competência para suspensão da eficácia da lei ou do ato normativo própria do Senado, que poderá, ou não, editar a resolução suspensiva.⁹³

A discricionariedade do Senado Federal na retirada da eficácia da lei ou do ato normativo resulta da preservação da separação dos Poderes em nosso sistema, tendo em vista o fato de que a providência em questão refere-se à competência exclusiva da nossa Câmara Alta.

⁹¹ A menção a ações originárias certamente exclui as ações de inconstitucionalidade que integram o sistema de defesa da Constituição pela via principal. Todas as demais ações incluídas no rol constitucional de competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, desde que no bojo do processo ocorra a provocação do incidente de inconstitucionalidade, somente terão seus efeitos ampliados através da intervenção do Senado Federal. Portanto, a participação do Senado Federal está circunscrita à jurisdição constitucional difusa.

⁹² Regimento Interno do Senado Federal, artigo 386.

⁹³ Alexandre de Moraes, *Op. Cit.* p.565, esclarece: “Ocorre que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Senado Federal entendem que esse não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecurível, foi declarada *in concreto* pelo Supremo Tribunal Federal; sendo, pois, ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política, de alcance normativo, no sentido referido por Paulo Brossard, de que “tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica.” Arremata o professor Moraes a concepção da discricionariedade da atuação do Senado Federal, ao estabelecer uma distinção nítida entre as competências fixadas pelo legislador constituinte, cabendo ao Supremo Tribunal a declaração de inconstitucionalidade; e ao Senado, a possibilidade de suspender, ou não, a eficácia da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional.

Os efeitos da decisão, para terceiros que não fizeram parte da relação jurídica processual, dar-se-ão somente após a publicação da resolução do Senado Federal, portanto, opera-se a eficácia temporal *ex nunc*, pois o provimento de nulidade se aplica apenas às partes da relação processual.

Justifica-se a eficácia prospectiva para preservação da segurança jurídica em favor daqueles que não tiveram a oportunidade para influenciar na formação do título judicial, cuja relação jurídica processual dizia respeito apenas às partes litigantes.

2.2. Do controle principal

A inovação incorporada pela Constituição de 1934, ao atribuir ao Senado Federal a competência de suspender a execução de ato jurídico declarado inconstitucional pela Suprema Corte Federal, não foi suficiente para solucionar os problemas relacionados com o dissídio jurisprudencial em matéria constitucional.

Herdeiro do modelo romano-germânico, o sistema brasileiro, diante da inexistência de precedentes com efeito vinculativo nos moldes das *stare decisis* norte-americanas, se ressentia de meios que possibilitassem a ampliação dos efeitos do julgado em matéria constitucional.

O referido dissídio jurisprudencial não é recomendável especialmente quando se trata da aplicação da lei fundamental. Havia a necessidade de se buscar solução voltada à uniformização do entendimento da Suprema Corte em matéria constitucional que tivesse o condão de vincular com repercussão geral os processos em curso nas instâncias ordinárias.

Em busca da segurança jurídica em matéria constitucional o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil voltou-se para a Europa continental, que se notabilizou pelo modelo de jurisdição constitucional concentrada em um tribunal responsável pela guarda da Constituição.

Originário da Constituição austríaca de outubro de 1920, o modelo é caracterizado pela concentração da jurisdição de controle de constitucionalidade em uma corte constitucional, único órgão de detém competência para anular os atos incompatíveis com a Constituição.

Nesse contexto, a corte constitucional é provocada para deliberar sobre a constitucionalidade por meio de ações diretamente propostas por órgãos ou pessoas com legitimidade atribuída pela própria Constituição. A ação direta é proposta para atacar a lei em tese, ou seja, sem qualquer dependência com uma relação jurídica processual em curso nas vias ordinárias.⁹⁴

Diferentemente do *judicial review* norte-americano, baseado no controle difuso e concreto, o controle concentrado é centrado na dimensão normativa, não havendo interesse subjetivo envolvido na demanda proposta.

É certo que o aperfeiçoamento do modelo de justiça constitucional européia abriu as portas para uma maior participação do jurisdicionado no processo com o advento do recurso constitucional alemão e do recurso de amparo espanhol, incidentes que permitem, em casos excepcionais, que o cidadão tenha acesso ao Tribunal Constitucional nos casos em que se configurar lesão a direito fundamental, desde que esgotadas todas as possibilidades de afastamento da lesão através das vias ordinárias.

De fato não há controle difuso na Europa,⁹⁵ devendo os tribunais ordinários, diante de processos em que haja eventual argüição sobre a constitucionalidade, encaminhar os processos ao Tribunal Constitucional que decidirá com eficácia oponível contra todos.

O certo é que, com algumas variações, o modelo austríaco espalhou-se por toda a Europa continental, alguns países da América Latina, da Ásia e do continente africano.⁹⁶

Destarte, o legislador constituinte, derivado através da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, inaugurou em nosso sistema constitucional o controle abstrato da constitucionalidade, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal o papel típico de

⁹⁴ A singularidade do controle concentrado de constitucionalidade reside, principalmente, na natureza objetiva da relação jurídica processual criada com a provocação da Suprema Corte, o que pode implicar sério óbice a ser ultrapassado, mormente quando se trata especificamente da *legitimatío ad causam*, a chamada pertinência subjetiva da ação.

Portanto, no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, o conceito tradicional de parte perde seu significado quando se cogita da natureza objetiva da relação jurídica processual instaurada, na qual há interesse difuso, público e social, e não, pura e simplesmente, interesse subjetivo.

Trata-se de um processo resultante de uma questão posta em tese, que tem por objetivo a retirada do sistema jurídico da lei ou do ato normativo incompatíveis com a Carta Constitucional, independentemente da existência de um contraditório entre partes ou de qualquer ofensa ou lesão a direito individual.

⁹⁵ Exceção do modelo português no qual se admite a jurisdição constitucional difusa como ocorre no Brasil.

⁹⁶ Cf. FAVOREAU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

uma corte constitucional européia, cumulado com competências próprias de uma corte suprema nos moldes do modelo norte-americano.

Com a previsão do exercício do controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal consolidou seu papel de guardião da Constituição Federal, passando a ser, além de órgão de cúpula do Poder Judiciário, um verdadeiro Tribunal Constitucional, ainda que inserido na estrutura orgânica de um dos Poderes do Estado.

Em nosso sistema de controle passaram a conviver complementarmente os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade.

Com a nova sistemática, o Supremo Tribunal Federal passou inicialmente a processar e julgar a representação de inconstitucionalidade ao ser provocado pelo Procurador-Geral da República, único detentor da legitimação constitucional para ajuizamento da ação direta.

A Carta de 1988 aperfeiçoou o sistema com a introdução da ação declaratória de constitucionalidade por meio da Emenda Constitucional n° 3, de 17 de março de 1993, a ampliação do rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, e, posteriormente, do rol de legitimados para ajuizamento da ação declaratória, através da Emenda Constitucional n° 45, de 8 de dezembro de 2004, todas voltadas para a preservação da supremacia constitucional. Além das ações diretas acima mencionadas, complementou o sistema a argüição de descumprimento de preceito fundamental, que, a despeito de inserir-se no rol de ações concentradas, apresenta inequívoca dimensão subjetiva, uma vez que seu objetivo é, em última análise, a proteção de direito subjetivo.

Pode-se afirmar, no entanto, que a ação direta de inconstitucionalidade genérica constitui o principal instrumento do arsenal do sistema de defesa da Constituição.

A partir da Carta de 1988 se constatou um aumento considerável do número de ações diretas ajuizadas no Supremo Tribunal Federal. Tal fato deve-se, principalmente, à ampliação do rol de legitimados e à crescente conscientização de que a Constituição não se confunde com uma mera carta de intenções do legislador constituinte.

Há um verdadeiro compromisso com a efetividade das normas constitucionais sem precedentes na história brasileira, com reflexos na produção doutrinária voltada para o estudo de novas possibilidades de interpretação da constituição, e também no

papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal, que passou a ditar o significado e o alcance das normas constitucionais aos demais tribunais e juízes espalhados por todos os rincões do país.

De fato é o legislador constituinte que escreve a Carta Constitucional, mas cabe ao Supremo Tribunal Federal interpretá-la e aplicá-la. Nesse contexto, as ações típicas de controle concentrado de constitucionalidade fazem parte desse processo de concentração de poder que deve voltar-se única e exclusivamente à salvaguarda dos valores e direitos fundamentais incorporados ao texto de nossa Constituição. Daí a relevância do tema. A seguir faremos breves considerações tendo por objeto as ações que integram o sistema concentrado de constitucionalidade, cujo procedimento admite a concessão de medidas cautelares, instrumentos relevantíssimos para realização da jurisdição constitucional brasileira.

2.2.1. Ação direta de inconstitucionalidade

Como abordado anteriormente, o controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos em face da Constituição Federal é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, e possui como finalidade a retirada do ordenamento jurídico de lei ou ato normativo incompatível com a Carta Federal, ou a declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual que venha sendo alvo de seguidas impugnações quanto à sua compatibilidade vertical, preservando, portanto, a supremacia constitucional em nosso ordenamento jurídico.

A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser confundida como mera consulta à Suprema Corte, pois o ajuizamento de ações diretas corresponde a verdadeira provocação do exercício da jurisdição constitucional a fim de que seja verificada a adequação, formal e material, de uma lei ou ato normativo à Constituição Federal.

Com o exercício da jurisdição constitucional concentrada, o Supremo Tribunal Federal procederá à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em tese, desvinculada da existência de uma controvérsia jurisdicional específica, e, ao final, poderá declarar ou não a invalidação da lei ou do ato normativo impugnado.

A ampla gama de legitimados e a celeridade desse modelo processual, pelo qual se pode, inclusive, suspender liminarmente a eficácia do ato normativo impugnado, transformou o controle concentrado no meio mais utilizado e mais eficaz para preservação da supra-legalidade constitucional.

A legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade⁹⁷ está prevista no artigo 103 da CRFB/88.⁹⁸

A legitimação constitucional implica capacidade postulatória especial para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da constituição de advogado, à exceção dos partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, que necessitam de patrocínio advocatício, como tem entendido o Supremo Tribunal Federal.⁹⁹

Conseqüentemente podem praticar quaisquer atos que, em princípio, somente poderiam ser exercidos, privativamente, por advogados inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

⁹⁷ Sobre a legitimidade processual ativa lembra Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999*): “Nada obsta a que as entidades com legitimidade processual possam requerer a apreciação da inconstitucionalidade não só por iniciativa própria, mas também precedendo de petição de cidadão ou grupos de cidadãos. Para efeitos processuais junto ao TC (Tribunal Constitucional Português) devem, porém, apresentar requerimento autônomo de solicitação, apreciação e declaração de inconstitucionalidade.” Com as devidas adaptações, a assertiva do mestre português aplica-se perfeitamente ao sistema brasileiro, sendo, portanto, possível que cidadãos provoquem os co-legitimados para o ajuizamento de ações de controle de constitucionalidade.

⁹⁸ Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I- o Presidente da República;
- II- a Mesa do Senado Federal;
- III- a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV- a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI- o Procurador-Geral da República;
- VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII- partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁹⁹ STF-Pleno-ADIMC n° 127/AL- Medida Cautelar. Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 04 dez. 1992, p.23057. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. GOVERNADOR DE ESTADO. CAPACIDADE POSTULATÓRIA RECONHECIDA. MEDIDA CAUTELAR. DEFERIMENTO PARCIAL.

O Governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e dos atos normativos federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória.

Ainda relativamente à legitimidade para o exercício do controle abstrato de constitucionalidade, não obstante a falta de previsão expressa na Constituição Federal, toda a construção jurisprudencial da Suprema Corte tem estabelecido a necessidade da configuração do nexos de causalidade entre o objeto da arguição e as atribuições institucionais do legitimado, o que passou a ser conhecido como “pertinência temática”.

Percebe-se nitidamente o firme propósito da Suprema Corte brasileira em reduzir o número excessivo de arguições diretas de inconstitucionalidade propostas pelas entidades ou órgãos dos quais se exige que o objeto da ação proposta guarde relação de pertinência com a atividade de representação do legitimado (Governadores de Estado, Mesa de Assembléia Legislativa e confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional).

No entanto, não são todos os co-legitimados que necessitam comprovar tal relação de pertinência, pois alguns deles (Presidente da República, Procurador Geral da República, Mesa do Senado, Mesa da Câmara e Conselho Federal da OAB) estão habilitados, segundo o próprio Supremo Tribunal, a provocar o exercício da jurisdição constitucional independentemente da necessidade de comprovação da pertinência temática, o que se denomina *legitimação ativa universal*.¹⁰⁰

2.2.1.1. Processo objetivo

É conhecida a assertiva de que integram a relação processual o juiz e as partes. O magistrado atua como representante do Estado que, ao assumir, em substituição aos particulares, o papel de árbitro na busca da pacificação dos conflitos, assumiu também a necessidade de manter-se equidistante em relação às partes, preservando a necessária imparcialidade, característica da jurisdição.

As partes - tanto o sujeito ativo, quanto o passivo inseridos na relação jurídica processual -, por sua vez, restaram submetidas ao poder jurisdicional do Estado, exercido como visto, através do juiz.

Modernamente tem sido afirmado que o conceito de parte é estritamente processual, sendo consideradas como tal todas aquelas pessoas que passam a integrar a

relação jurídica processual¹⁰¹, independentemente da titularidade da relação jurídica material.

Portanto, o que se evidencia é que a qualidade de parte revela-se abstraída de todas as circunstâncias extraprocessuais, fator, aliás, que evidencia a autonomia do direito processual em relação ao direito material ou substantivo.

Pode-se afirmar, para que seja invocada a condição de parte na relação processual, que não é imprescindível a verificação da legitimidade para a causa; não obstante a notória influência no processo, a legitimidade não é determinante para a conceituação do que seria parte do ponto de vista processual.

Tradicionalmente o conceito de parte vinculado ao próprio conflito de interesses traduz-se na visão do mestre italiano GIUSEPPE CHIOVENDA como se segue: “o conceito de parte entronca-se no conceito de processo e da relação processual: parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada. A idéia de parte é ministrada, portanto, pela própria lide, pela relação processual, pela demanda; não é necessário rebuscá-la fora da lide e, especialmente, na relação substancial que é objeto da controvérsia.”¹⁰²

Conforme antedito considera-se, do ponto de vista processual, parte como sujeito da relação processual que pede, ou em face de quem se pede, a tutela jurisdicional, participando da referida relação, em observância à condução dialética do processo e em condições de igualdade.

Portanto, como se sabe, o conceito de parte está inserido em um contexto de uma relação em contraditório, que assegure o tratamento isonômico, e sempre pressupondo a contraposição de vontades.

¹⁰⁰ STF-Pleno-ADINMC 1.096-4. Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 set. 1995, p. 30.589.

¹⁰¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol I. 3.ed.Lumen Juris. Rio de Janeiro, p.135. Destaca o autor o seguinte: “Em outras palavras, ao lado do autor e do réu, que são partes da demanda e também do processo, outras pessoas podem ingressar na relação processual, alterando o esquema mínimo daquela relação a que já se fez referência, e que corresponde à configuração tríplice do processo. Assim, por exemplo, na assistência (espécie de intervenção de terceiro, a que se dedicará atenção mais adiante), ou na intervenção do Ministério Público como *custos legis* (o que também será objeto de análise mais à frente), ingressam no processo sujeitos diversos daqueles que denominamos “partes da demanda”. Esses novos sujeitos, embora não apareçam na demanda, são “partes do processo”.

¹⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, v.2, pp. 278/279.

Torna-se importante, destarte, a configuração do que se costuma denominar de *dualidade de partes*; ou seja, na relação processual deve sempre existir o autor e o réu, contra quem, ou em face de que, se pede a tutela jurisdicional.

Essa dualidade constitui elemento de relevância indiscutível na tentativa de inserir o conceito de parte no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, dada a impossibilidade de identificação dos sujeitos envolvidos em relação substancial inexistente.

Podemos afirmar que o processo de controle de constitucionalidade concentrado possui um regime singular, próprio, no que respeita especialmente aos interesses deduzidos em juízo.

A singularidade aludida encontra justificativa no regime próprio e diferenciado de um gênero denominado pela doutrina hodierna de Processo Coletivo.

A complexidade das relações sociais do mundo moderno e o conseqüente advento de novos direitos sociais e econômicos, que demandam do Estado uma postura intervencionista voltada para redução das desigualdades, resulta em profundas mudanças de paradigmas com reflexos no direito material e, como não poderia deixar de ser, no direito processual, instrumental por natureza.

O processo evolutivo do estado liberal para o estado social de índole intervencionista é marcado pelas mudanças de conceitos e pela sofisticação de instrumentos processuais capazes de atender às novas demandas que surgiram, especialmente aquelas que envolviam questões relacionadas com grupos, categorias profissionais ou até mesmo em defesa de direitos sem titularidade determinada.

A realidade imposta pelos denominados direitos coletivos *lato sensu*, gênero que compreende os direitos difusos, ou seja, interesses meta individuais cuja titularidade é absolutamente indeterminada, e os direitos coletivos *stricto sensu*, direitos com titularidade determinável, porém não individualizada e cujos titulares relacionam-se por liame jurídico-base, resulta na necessária adaptação dos institutos tradicionais do direito processual marcadamente liberal.

Questões como a legitimação para defesa desses interesses, a indisponibilidade do objeto do litígio, a eficácia subjetiva dos julgados, dentre outras, constituem um desafio para a moderna processualística.

Nesse contexto está inserido o controle concentrado de constitucionalidade, processo coletivo por natureza.

O objeto discutido no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade não versa sobre a titularidade de algum direito material. A provocação da jurisdição especial em enfoque tem o único propósito de iniciar um procedimento voltado à aferição da compatibilidade em tese de lei ou ato normativo com a Carta Constitucional.

Como mencionado anteriormente, por se tratar do exercício de uma jurisdição diferenciada, atípica, o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade dá início a uma relação jurídica processual de natureza objetiva, na qual se discute a validade da lei ou do ato normativo em tese.

A rigor, não há lide, não há conflito de interesses subjetivos nem pretensão deduzida em juízo em face de alguém. Não há partes, apenas o interesse de toda a sociedade na manutenção da supremacia constitucional. A ausência de conflito intersubjetivo de interesses transforma a relação processual do controle abstrato em um processo destinado à defesa da supremacia constitucional, portanto, um processo de natureza jurídico-política.

Não há direito subjetivo de índole individual, nem mesmo titularidade definida. Não há sujeitos, nem relação jurídica processual. Não há partes, apenas legitimados escolhidos pelo legislador constituinte originário para exercer o mister de provocadores de complexo procedimento de competência do Supremo Tribunal Federal.

Em nosso sistema de controle da constitucionalidade, a verificação, em tese, da compatibilidade da lei ou do ato normativo estadual ou federal cabe ao Supremo Tribunal Federal, e possui como finalidade a retirada do ordenamento jurídico de lei ou ato normativo tido por inconstitucional, ou a declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo que venha sendo alvo de seguidas impugnações quanto à sua compatibilidade com a norma constitucional.

Como visto, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, não se vislumbra a existência de uma relação jurídica de natureza processual entre partes com interesses contrapostos.

O processo de controle de constitucionalidade não comporta o envolvimento de interesses concretos, sendo considerado uma relação de natureza objetiva. Formalmente,

os entes legitimados para a instauração do processo, desde que preenchidos os requisitos processuais necessários, são considerados como “Parte Autora” ou Requerente, e ainda, de acordo com conceitos da chamada Teoria Geral do Processo, os “Réus” ou Requeridos podem ser identificados como aquelas autoridades responsáveis pela edição da norma jurídica impugnada.¹⁰³

O processo objetivo de que se reveste o controle abstrato de constitucionalidade deriva justamente da inexistência de interesses subjetivos em discussão, o que efetivamente está em jogo é um interesse que transcende a esfera meramente individual, podendo ser identificado como verdadeiro interesse difuso, cuja titularidade está difundida em toda a sociedade.

Como exemplo da natureza especial da jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade pode ser citada a impossibilidade de desistência da ação e até mesmo do pedido de medida cautelar. Certamente, não se poderia cogitar da disponibilidade de interesse coletivo, sendo, portanto, negada tal disposição até mesmo para os que receberam a legitimidade do constituinte originário.¹⁰⁴

Não se exige do “Autor” a comprovação de algum interesse jurídico específico como pressuposto indispensável à provocação da jurisdição constitucional, “uma vez que o autor não alega a existência de lesão a direitos, próprios ou alheios, atuando como representante do interesse público.”¹⁰⁵

Portanto, diante de tão especial característica, inexistindo relação jurídica processual nos moldes tradicionais, para o processo de controle abstrato de

¹⁰³ BINENBOJM, Gustavo. *Aspectos Processuais do Controle Abstrato da Constitucionalidade no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, n° 218, pp. 151-174.

¹⁰⁴ Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, pp. 24/25: “Começou, assim, a precisar a característica marcadamente objetiva do processo de controle abstrato de normas. Mais que um processo judicial, o controle abstrato de normas é concebido como um mecanismo processual destinado, especificamente, à defesa da ordem constitucional (*Verfassungsrechtsbewahrungsverfahren*). Não se cuidava, pois, do julgamento de uma relação concreta, mas, sim, da validade de uma lei em tese. O Procurador Geral da República não era o *dominus litis*, no sentido clássico do termo, mas o órgão político incumbido pela Constituição de desencadear o processo de fiscalização abstrata de normas.” A menção ao Procurador Geral da República deve-se ao fato de que o autor referia-se apenas à representação interventiva existente durante a vigência da Constituição de 1946. No entanto, toda a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal assentou-se nesse entendimento, sendo consagrada a natureza objetiva do controle normativo abstrato de constitucionalidade até os dias atuais.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Op. Cit. Controle Concentrado* . . . pp. 87-88.

constitucionalidade não podem ser transplantados os institutos típicos da ciência processual sem que sejam procedidas as devidas adaptações.

Nesse sentido, a lição de ANDRÉ RAMOS TAVARES:

“Em síntese, o caráter abstrato do processo objetivo afasta a aplicação plena das regras processuais ‘comuns’, vale dizer, daquelas próprias dos processos nos quais se discutem situações subjetivas. No caso do processo objetivo não se preocupa o Tribunal Constitucional com qualquer situação concreta que, ademais, nem sequer existe no seio do referido processo. Ocupa-se exclusivamente da regularidade da ordem constitucional. Não obstante isso, é possível fazer uso de certas categorias processuais, com algumas nuances. Pode-se falar, v.g., em elementos e condições da ação, embora com reservas.”¹⁰⁶

A importância da constatação acima revela-se, e.g., na impossibilidade de intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Esse posicionamento afigura-se oportuno para que seja lembrada a célebre distinção entre o exercício, a jurisdição e o direito à tutela jurisdicional, esta somente possível de ser concedida àqueles, como visto, detentores de uma posição jurídica de vantagem frente àquele em face de quem foi feito o pedido mediato.

O exercício da jurisdição constitucional de controle concentrado de constitucionalidade é concedido apenas a poucos legitimados pela Constituição, sem que dessa legitimação se possa concluir pela titularidade do direito subjetivo ou de posição vantajosa em face de alguém, que seria nos moldes tradicionais chamado de réu.

No entanto, apesar da evidente natureza objetiva do processo constitucional de controle concentrado, não podemos simplificar a dinâmica processual à mera análise de questões abstratas completamente divorciadas de questões fáticas.

Seria um erro incomensurável e até ingênuo retirar do âmbito do processo de controle concentrado a necessidade de avaliações de questões fáticas, basta mencionar que constituem objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental os atos materiais executados pela Administração Pública, que terá repercussão na tarefa de produção das provas necessárias para informação do juiz constitucional (STF).

¹⁰⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 211.

Ademais, a própria abertura do processo constitucional brasileiro com a possibilidade de produção de prova pericial e da intervenção do *amicus curiae* têm repercussão imediata para condução do procedimento para avaliação de questões que extrapolam à análise exclusiva de questões abstratas.

Resumindo, a natureza objetiva do processo de controle concentrado de constitucionalidade visa, em primeiro plano, à salvaguarda da higidez constitucional do ordenamento jurídico positivo e constitui regra básica para as ações que serão abordadas neste trabalho além da própria ação direta de inconstitucionalidade.

2.2.1.2. Aspectos procedimentais

O procedimento que rege a ação direta de inconstitucionalidade está regulamentado através da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o “processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.”

Como se trata de um processo atípico, a aplicação dos tradicionais institutos do processo civil moderno está sujeita a necessárias adaptações, especialmente no que respeita ao disciplinamento dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A natureza especial do processo, notadamente a relevância da questão discutida, torna indisponível o interesse tutelado, impedindo a desistência da ação ou do pedido de medida liminar.

A petição inicial deve indicar, além do pedido com suas especificações, o dispositivo legal ou ato normativo indigitado inconstitucional e os fundamentos jurídicos das impugnações. O Supremo Tribunal Federal admite o aditamento da peça inicial, desde que seja efetivado antes da notificação dirigida ao órgão ou à autoridade responsável pela edição do ato impugnado.

Deve a petição inicial ser apresentada em duas vias, acompanhadas da documentação necessária para o embasamento do pedido. No caso de indeferimento da inicial por inépcia, cabe a interposição de recurso de agravo dirigido ao Tribunal Pleno.

O prazo para prestação de informações é de trinta dias, contados do recebimento do ofício. As informações serão solicitadas ao órgão ou à autoridade responsável pela edição do ato normativo impugnado.

Após recebidas as informações será citado o Advogado-Geral da União, ao qual caberá o papel de defensor da presunção de constitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado¹⁰⁷, sendo abertas vistas ao Procurador-Geral da República que atuará como *custos legis*.

O Procurador-Geral da República deve funcionar em todos os feitos de competência da Suprema Corte brasileira, conforme prevê o § 1º do artigo 103 da Constituição da República.

Importante inovação trazida pela Lei nº 9.868/99 diz respeito à possibilidade de intervenção de órgãos ou entidades. A intervenção do “colaborador da corte” ou *amicus curiae*, quando admitida, tem por objetivo o enriquecimento da instrução do feito, sendo permitida a juntada de pareceres, documentos, a introdução de novos argumentos, e até mesmo outras faculdades processuais, como ocorre com a sustentação oral.¹⁰⁸

Além da introdução do *amicus curiae*, a nova regulamentação da ação direta passou a permitir a produção de prova pericial e ainda a realização de audiência pública, ampliando assim a participação da sociedade, especialmente de pessoas ou entidades com conhecimento especializado.

Como adiante será analisado, há a previsão do deferimento de medida cautelar a depender de decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal.

No caso da decisão de mérito, será tomada se estiverem presentes na sessão pelo menos oito Ministros, e desde que no mínimo seis decidam pela declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado.

A questão dos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade recebeu um tratamento legal, a partir da edição da Lei nº 9.868/99, compatível com a jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a questão.

¹⁰⁷ O Advogado-Geral da União funciona no feito desempenhando um papel especial. Cabe ao Chefe da Advocacia Geral da União a defesa da lei ou do ato normativo impugnado, independentemente de sua origem. O Supremo Tribunal Federal admite, no entanto, que seja dispensado o mister quando houver precedente da Corte Suprema pela inconstitucionalidade. Cf. STF- Adin 242/RJ, DJ 23.3.01, p. 84.

¹⁰⁸ BRASIL – STF – ADIN 3.045-1, Rel. Min. Celso de Mello, D.J.U. 1 de 17.12.2004, p. 74.

O sistema judicial concentrado brasileiro, a despeito de inexistir qualquer dispositivo constitucional expresso, tradicionalmente, atribui nulidade absoluta aos atos normativos incompatíveis com a Constituição, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade resulta na invalidação e desconstituição de todas as relações jurídicas advindas com escopo na lei ou no ato normativo impugnado.

Ademais, como a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal incide sobre a eficácia normativa da lei ou do ato objeto da ação direta, a eficácia subjetiva do julgado atinge, em princípio, a todos os destinatários do comando normativo, indistintamente. É isso que comumente denomina-se de eficácia *erga omnes*.

Com o advento da Lei nº 9.868, de 10.11.99, o sistema de controle de constitucionalidade passou a contemplar o manuseio da eficácia temporal das decisões da Suprema Corte, possibilitando, inclusive, o reconhecimento da inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.¹⁰⁹

Com a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal passou a dispor de meios para, desde que configurados os pressupostos legais, restringir a eficácia subjetiva do julgado, ou determinar, de acordo com as circunstâncias em torno da decisão ou dos eventuais efeitos deletérios da aplicação do dogma da nulidade da lei inconstitucional, que a força vinculativa do julgado se opere de forma prospectiva, retroativa de forma parcial ou ainda para data futura.

No entanto, ao estabelecer que somente razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social podem ensejar a restrição da eficácia temporal da decisão da Suprema Corte, o legislador brasileiro¹¹⁰ deixou clara sua opção pelo chamado dogma da nulidade da lei inconstitucional, aplicado de forma predominante.

Contra a decisão de mérito, no procedimento previsto para ação direta e declaratória, somente será possível a interposição de embargos declaratórios, não sendo permitido o ajuizamento de ação rescisória.

¹⁰⁹ Art.27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por fim, cumpre registrar que a Lei n° 9.868/99 introduziu interessante meio de sumarização do procedimento. É que é possível, caso seja feito pedido de medida cautelar, que o relator submeta diretamente o processo para julgamento pelo Tribunal Pleno.

Para tanto, a lei estabelece como requisitos a relevância da matéria e seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.¹¹¹

Assim, entendendo que a causa reúne condições para julgamento definitivo, e, desde que atendidos os requisitos legais, poderá o relator, após manifestação do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República, encaminhar o processo para julgamento de mérito.

Com essa medida, o Supremo Tribunal Federal passou a dispor de relevante instrumento para tornar mais efetivo e célere o procedimento, e com isso atender aos anseios dos jurisdicionados em situações que necessitem de uma decisão rápida e definitiva.

No entanto, o Tribunal poderá, por ocasião do julgamento do feito provocado pelo relator, entender que não se justifica o julgamento definitivo e, portanto, limitar-se à apreciação do pedido de medida cautelar. É o que se depreende da leitura do texto legal que atribui ao Pleno a faculdade para julgar ou não, de imediato, o mérito da ação.

2.2.2. Ação declaratória de constitucionalidade

Introduzida em nosso sistema concentrado de controle de constitucionalidade pela Emenda Constitucional n° 03, de 17 de março de 1993, a ação declaratória de constitucionalidade teve seu procedimento regulamentado pela Lei n° 9.868/99.

Inicialmente muito combatida por parte significativa da doutrina¹¹², a ação declaratória acabou por ser aceita, como instrumento importante para a garantia da certeza e

¹¹¹ Lei n° 9.868/99, art. 12.

¹¹² A questão também foi apreciada pelo próprio Supremo (ADC n° 01 –DF) que, em síntese, rejeitou todos os argumentos levantados contra a compatibilidade constitucional da ação declaratória introduzida pelo texto da Emenda Constitucional n° 03/93.

segurança em nosso ordenamento jurídico, constituindo um meio eficaz de definição da compatibilidade vertical da legislação federal infraconstitucional, de competência do Supremo Tribunal Federal.

Visa a ação declaratória a afastar o controle difuso da constitucionalidade, concentrando no Supremo Tribunal Federal questionamentos incidentais acerca da compatibilidade vertical de espécies normativas, que antes estavam vinculados a diversos processos em instâncias inferiores.

A verdadeira finalidade da declaratória é de transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta, impedindo definitivamente que novas controvérsias surjam acerca da lei ou do ato normativo declarado constitucional pelo STF, o que revela os motivos das críticas dos doutrinadores que consideravam a violação a diversos princípios constitucionais, dentre outros, a inafastabilidade do exercício da jurisdição, o devido processo legal e seus corolários, bem como o princípio do juiz natural.¹¹³

2.2.2.1. Competência e legitimidade ativa

Inserida no contexto das ações que integram o controle principal ou concentrado de constitucionalidade, a ação declaratória integra o rol de competências originárias do Supremo Tribunal Federal, ao qual compete processar e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, nos exatos termos do artigo 102, I, *a*, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 03/93:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I – processar e julgar, originariamente:

¹¹³ A seguinte lição delinea os principais traços característicos da ação declaratória: “Porque vigora em nosso Direito o princípio da presunção de constitucionalidade das leis é que constitui pressuposto de admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade o estabelecimento de uma controvérsia comprometedora dessa presunção, o que ocorre quando a legitimidade da lei vem sendo apreciada em juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, acarretando apreensões e incerteza no meio social. Assim, a ação declaratória não constitui o meio adequado para resolver qualquer dúvida em torno da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal, mas para corrigir situação particularmente grave de incerteza suscetível de desencadear conflitos e de afetar a tranquilidade geral.” CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.200.

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.”

Como se sabe, o modelo brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade atribui ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, competências que são tradicionalmente deferidas aos tribunais constitucionais europeus. Através das ações típicas do controle principal, o tribunal decide a questão constitucional em abstrato (em tese), a saber, cabe única e exclusivamente ao tribunal constitucional conhecer e decidir sobre a questão constitucional com repercussão na dimensão normativa a incidir sobre todos.

Da mesma forma que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade, a legitimação ativa na ação declaratória de constitucionalidade recebe tratamento próprio das ações coletivas, cabendo à própria Constituição a definição do rol de legitimados.¹¹⁴

Inicialmente restrito, o rol foi ampliado com a Emenda Constitucional nº 45/04, passando a ser o mesmo previsto para a ação direta de inconstitucionalidade. Houve por bem o constituinte derivado em promover a uniformização da legitimação ativa das ações principais, somente fazendo a distinção no caso da representação interventiva, dada a natureza específica e diferenciada da referida ação direta mais afeta à manutenção do pacto federativo do que à preservação da higidez da ordem jurídica constitucional.¹¹⁵

¹¹⁴ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. In DIDIER, Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: Edições Podium, 2006, p. 363.

¹¹⁵ Segundo o Supremo Tribunal Federal, a legitimação constitucional implica capacidade postulatória especial para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, independentemente da constituição de advogado, à exceção dos partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, que necessitam de patrocínio advocatício, para estes, vem exigindo o STF que a petição inicial venha acompanhada por instrumento de mandato. Afirma a Suprema Corte a especialidade da legitimação conferida pelo legislador constituinte, afastando, em parte, a aplicação de institutos tradicionais da ciência processual civil, além de ritos incompatíveis com o exercício da jurisdição constitucional concentrada, em nome do interesse público relevante envolvido. Destarte, o Presidente da República e os demais co-legitimados referidos nos incisos I a VII do artigo 103 da CRFB/88, além de possuírem legitimidade ativa para a provocação do procedimento de controle da constitucionalidade, possuem capacidade postulatória especial deferida pela própria carta constitucional. Conseqüentemente podem praticar quaisquer atos que, em princípio, somente poderiam ser exercidos, privativamente, por advogados inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Apesar das discussões acerca da natureza jurídica da legitimação¹¹⁶, entendemos que se trata de evidente legitimação extraordinária. O legitimado provoca a jurisdição de controle principal de constitucionalidade em nome próprio na defesa de interesse de toda a coletividade. A saber, quando se constata que há uma distinção entre o legitimado e o titular do direito deduzido em juízo tem-se o que se costuma denominar de legitimação extraordinária. É exatamente o que acontece no caso da ação direta de inconstitucionalidade, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ação declaratória de constitucionalidade.

2.2.2.2. Objeto

No campo do controle abstrato da constitucionalidade, especialmente no que respeita ao procedimento previsto para a ação direta de inconstitucionalidade e para ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não alberga o exercício da jurisdição concentrada quando se trata da declaração, em tese, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal face à Constituição Federal, e de lei ou ato normativo anteriores à promulgação da Carta Magna. Como dito anteriormente, o pedido nas referidas ações deve estar voltado para aferição da compatibilidade vertical de lei ou ato normativo federal ou estadual, no caso da ação direta de inconstitucionalidade, e de lei ou ato normativo federal, no caso da ação declaratória, sempre contemporâneos à promulgação da Constituição.¹¹⁷

¹¹⁶ Resumem bem Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira quais os posicionamentos sobre a natureza jurídica da legitimação ativa coletiva, que seriam: “a) legitimação extraordinária; b) legitimação ordinária; c) legitimação autônoma para a condução do processo, criada a partir da doutrina do ‘direito de conduzir o processo’”. *Op. cit.*, p.364.

¹¹⁷ No entanto é possível o controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais a cargo dos Tribunais de Justiça estaduais, desde que em face da Constituição do respectivo Estado-membro, a exemplo da decisão do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa será a seguir transcrita:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CABIMENTO ADMITIDO PELA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE ATRIBUI COMPETÊNCIA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSÁ-LA E JULGÁ-LA. INADMISSIBILIDADE. 1. O ordenamento constitucional brasileiro admite Ações Diretas de Inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, em face da Constituição estadual, a serem processadas e julgadas, originariamente, pelos Tribunais de Justiça dos Estados (artigo 125, parágrafo 2º da C.F.). 2. Não, porém, em face da Constituição Federal. 3. Aliás, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal tem competência para Ações dessa espécie, pois o art. 102, I, “a”, da C.F. só a prevê para Ações Diretas de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Não, assim, municipal. 4. De sorte que o

A falta de dispositivo constitucional autorizador impede ainda que a aferição do controle seja feita pelo Tribunal de Justiça do Estado, caso contrário, tendo as decisões efeitos *erga omnes* no âmbito da respectiva unidade federada, a decisão vincularia o próprio Supremo Tribunal Federal.¹¹⁸

Portanto, o meio adequado e possível de realização do controle de constitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal é o difuso, buscando-se a declaração nos casos concretos apresentados aos órgãos do Poder Judiciário.

Nada impede, no entanto, que a questão municipal chegue ao Supremo Tribunal Federal, que, como guardião da Constituição, poderá ser provocado a apreciar a matéria pela via recursal adequada, a saber, o recurso extraordinário, ou ainda, no exercício de competência originária no processo e julgamento de arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Especificamente quanto ao controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, a Constituição da República, no artigo 125, § 2º, remete à competência constituinte decorrente do Estado-Membro a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

Com a edição da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que regulamentou o processamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o legislador ordinário houve por bem atribuir expressamente ao Supremo Tribunal a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais e de normas de direito pré-constitucional em face da Carta Federal, quando restar configurada a lesão ou ameaça de lesão a preceito constitucional fundamental.

controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, diante da Constituição Federal, só se faz, no Brasil, pelo sistema difuso, ou seja no julgamento de casos concretos, com eficácia, “inter partes”, não “erga omnes”. 5. Precedentes. 6. Ação Direta julgada procedente, pelo S.T.F., para declarar a inconstitucionalidade das expressões “e da Constituição da República” e “em face da Constituição da República”, constantes do art. 106, alínea “h”, e do parágrafo 1º do art. 118, todos da Constituição de Minas Gerais, por conferirem ao respectivo Tribunal de Justiça competência para o processo e julgamento de A.D.I. de lei ou ato normativo municipal, em face da Constituição Federal. 7. Plenário. Decisão unânime.” (STF-Pleno-ADI nº 508/MG, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 23.5.2003)

¹¹⁸Decisão do Supremo Tribunal Federal que afasta a possibilidade de controle concentrado pelo Tribunal de Justiça do Estado de lei municipal face à Constituição Federal, como se segue: STF – Pleno – ADIN nº 347-0/SP, Rel. Min. Paulo Brossard. Destaca o autor ainda a suspensão de todas as previsões constitucionais estaduais neste sentido. Cf. MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 583.

Apesar de a atual Carta Constitucional não mais estabelecer uma cláusula expressa de recepção, tal como ocorreu com algumas Constituições anteriores¹¹⁹, em nosso sistema de controle de constitucionalidade, a aferição da compatibilidade de lei ou ato normativo editado antes da constituição vigente se resolve pela aplicação de princípios de direito intertemporal.

Em outros termos, a superveniência de nova Constituição implicará na revalidação implícita de todo o ordenamento infraconstitucional materialmente compatível com o novo texto constitucional.

Segundo posição dominante em nossa Corte Constitucional, há implícito em nosso sistema um requisito de contemporaneidade entre a lei ou o ato normativo e a vigência da constituição, não sendo lógico entender que lei anterior possa violar constituição superveniente, o que remete a solução à análise, no caso concreto da recepção ou revogação da norma editada em período anterior, à vigência da Carta Constitucional.

Assim sendo, como dito antes, a questão relativa a direito vigente em período anterior à promulgação da Carta Constitucional resolve-se pela aplicação de institutos de direito intertemporal, podendo ocorrer a recepção em caso de compatibilidade, ou revogação na hipótese contrária.¹²⁰

Como forma de elucidar as questões referidas, passa-se à transcrição de parcela da jurisprudência uniforme da Suprema Corte Federal:

¹¹⁹Constituições republicanas de 1891, 1934 e 1937.

¹²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.* pp 1261/1262 tem outra posição quando se reporta à questão da inconstitucionalidade superveniente e revogação da legislação, a saber: “Os juízes podem e devem conhecer da inconstitucionalidade do direito pré-constitucional, e o TC pode julgar inconstitucionais normas cuja entrada em vigor retrotraí a um momento anterior ao da entrada em vigor da Constituição.

Ao contrário do que se defende habitualmente na doutrina, julga-se não existir, em relação a leis ordinárias pré-constitucionais contrárias à Constituição, nem uma relação de anterioridade dos juízos de revogação e de inconstitucionalidade nem uma relação de exclusão. Não há uma relação de anterioridade: a respeito de normas revogadas não se suscita de um problema de constitucionalidade. Não há uma relação de exclusão: se a revogação deriva ou é provocada por contrariedade com a Constituição, então a contrariedade é ela mesma premissa da revogação. A inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano de vigência). Daí que, na **inconstitucionalidade superveniente**, haja um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade). Como se escreveu noutro lado, “um tribunal não pode certamente aplicar uma norma de direito pré-constitucional contrária à Constituição, pois ela deixou de vigorar, mas só a pode considerar revogada ou caducada depois de a ter considerado contrária à Constituição (cfr. Ac. TC 133/90, DR, II, 4-9-90).

A extensão do controlo ao direito pré-constitucional (inconstitucionalidade superveniente) não oferece hoje dúvidas perante a norma inequívoca do art. 290.º/2. E o facto de as leis ordinárias anteriores inconstitucionais terem deixado de vigorar com a entrada em vigor da Constituição não significa a inutilidade de uma declaração expressa de inconstitucionalidade a efectuar pelo órgão com competência para esse efeito.”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIN-521-9/DF. Rel. Min. Paulo Brossard. 7 fev. 1992. *Diário da Justiça*, 24 abr. 1992. Incidentes: QUESTÃO DE ORDEM – SUPERVENIÊNCIA CONSTITUCIONAL. EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que desrespeita, dispendo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não poder ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do voto proferido na ADIn n° 002-1/600 – Acórdão, *DJ 24.04.92*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADINMC-424/PR. Rel. Min. Marco Aurélio. 14 jun. 2000. *DJ 15 set. 2000*. Decisão da liminar: Por unanimidade de votos, o Tribunal não conheceu da ação, no ponto em que impugna o art. 031 da Lei Estadual do Paraná n° 7567, de 08.01.1982 (impossibilidade jurídica do pedido), por se tratar de lei anterior a Constituição de 1988 e, ainda, por votação unânime, indeferiu medida cautelar de suspensão da resolução n° 001/90, de 06.03.1990, de Eg. Tribunal de Justiça do Estado. Votou o Presidente – Plenário, 27.02.92. Acórdão, *DJ 27.03.92*

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADINMC-518-9/RO. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 26 fev. 1992. *DJ 30 abr. 1992*. Decisão de mérito: Por votação unânime, o Tribunal não conheceu da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, por se tratar de leis anteriores a Constituição de 1988. Votou o Presidente. Plenário, 26.02.92. Acórdão, *DJ 30.04.92*

Não obstante a sedimentação do posicionamento supra, a recente regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental acolhe em suas prescrições a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo

editado antes da promulgação da Carta Constitucional em vigor, envergando, segundo alguns doutrinadores, dispositivo incompatível com os limites da regulamentação da previsão constitucional da medida, pois restaria evidente a ampliação do espectro normativo, que, em momento algum, faz referência à admissão da argüição nas hipóteses de relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos, também, os editados antes da promulgação do texto constitucional em vigor.

Esta é a posição defendida por ALEXANDRE DE MORAES, que dispõe o seguinte:

“O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que, conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.

Note-se que foi criada pela Lei nº 9.882/99 a possibilidade de um dos co-legitimados argüir ao Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, fora das hipóteses cabíveis no controle concentrado, quais sejam – controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo municipal e controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição Federal.”
121

Entendemos que o autor não está com a razão no que respeita à incompatibilidade material do texto da lei com a Constituição, pois, apesar de o próprio Supremo Tribunal Federal, em reiteradas vezes, ter se posicionado quanto à sua incompetência em apreciar tais questões, por faltar, justamente, previsão constitucional autorizativa, tais posicionamentos em momento algum elidem a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade em casos semelhantes.

A saber, nada impede que a regulamentação de instituto distinto da ação direta de inconstitucionalidade permita a declaração de incompatibilidade vertical de lei ou ato normativo editado anteriormente à Constituição.

¹²¹ *Direito Constitucional.*, p.616.

Trata-se de medida salutar, bem vinda para maior segurança das relações jurídicas, não se tratando de ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal, pois, como se infere do próprio texto constitucional, foi deferida ao legislador ordinário a regulamentação do referido instrumento de preservação da supremacia constitucional, inexistindo qualquer restrição quanto à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade superveniente.

Com efeito, entendemos que não foram ultrapassados os limites da delegação do Constituinte originário.

É certo que essa interessante questão emergiu com novo ânimo com o advento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a qual nos remete novamente a repensar a tradicional posição do Supremo Tribunal Federal sobre a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade superveniente em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

A simples revogação de lei anterior à Constituição que com ela seja incompatível sob o ponto de vista material implica dizer que aplica a nossa Suprema Corte o critério cronológico para solução da referida antinomia.

Entendemos que dentre os critérios tradicionais para solução de conflitos normativos aquele que seria mais adequado para solução da antinomia entre a Constituição e uma lei infraconstitucional seria o critério hierárquico, em razão da supremacia sobre todo o ordenamento jurídico inerente à Carta Constitucional.

A saber, o juízo sobre a incompatibilidade vertical independe do aspecto temporal, não sendo lógico admitir a revogação pelo fato de ter sido promulgada Constituição posterior à norma infraconstitucional.

É intuitivo asseverar que o critério cronológico deve ser aplicado às hipóteses de espécies normativas que coexistem no ordenamento jurídico com mesmo grau de hierarquia, o que não ocorre nos casos de embates com normas constitucionais.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE sustentou a aplicação do princípio da supremacia constitucional sobre todo o ordenamento jurídico pré ou pós-constitucional, demonstrando, no caso de conflito entre normas de hierarquia distinta, que o postulado da lei superior deve prevalecer sobre os demais critérios de solução de conflitos normativos.

Esse também é o posicionamento do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, ao proferir seu voto no exercício da relatoria da ADPF 33-5-PA, quando propõe a revisão do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal; a seguir é transcrito breve, porém esclarecedor, trecho:

“Diante de todos esses argumentos e considerando a razoabilidade e o significado para a segurança jurídica da tese de que recomenda a extensão do controle abstrato ao direito pré-constitucional, não se afiguraria despropositado cogitar da revisão da jurisprudência do STF sobre a matéria.”¹²²

Não restam dúvidas quanto ao acerto dos argumentos apresentados pelos Ministros de nossa Suprema Corte, ainda mais quando se acrescenta, como fez o Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, a evidente contribuição à segurança (previsibilidade e estabilidade) das relações jurídicas decorrentes da definição acerca da compatibilidade vertical do direito pré-constitucional com efeitos oponíveis contra toda a sociedade.

As hipóteses acima elencadas relacionam-se com a impossibilidade jurídica do pedido no controle principal de constitucionalidade. No que respeita ao objeto viável da ação declaratória de constitucionalidade o ajuizamento da ação é possível para leis ou atos normativos federais contemporâneos à Constituição, desde que, como será mencionado a seguir, seja demonstrada a controvérsia judicial relevante no que respeita à aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação.

2.2.2.3. Procedimento

O procedimento da ação declaratória de constitucionalidade é disciplinado pela Lei nº 9.868/99, o mesmo diploma legal que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. O traço marcante da ação declaratória reside na desnecessidade de complementação do contraditório, uma vez que o pedido versa sobre a ratificação da presunção relativa de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, o que, obviamente, torna desnecessária a manifestação de natureza contestatória.

¹²² STF-Pleno-ADPF 33-5-PA, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento 7.12.05, *DJ* 27.10.06, p.31.

Por isso mesmo o procedimento não abre espaço para atuação do Advogado Geral da União como curador da constitucionalidade, nem há a previsão de notificação do órgão ou da autoridade responsável pela lei ou ato normativo impugnado.

A petição inicial da ação declaratória deve ser apresentada em duas vias e vir acompanhada de cópia do ato normativo objeto da ação e da comprovação da controvérsia judicial relativa à aplicabilidade da referida norma.

A controvérsia judicial exigida é um verdadeiro requisito de admissibilidade da ação declaratória e consiste na comprovação da existência de decisões antagônicas acerca da compatibilidade vertical da lei ou do ato normativo federal objeto da ação no exercício do controle difuso de constitucionalidade por juízes e tribunais do país.

O Ministro CELSO DE MELLO, ao apreciar pedido de medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade, assim decidiu:

“O ajuizamento de ação declaratória de constitucionalidade que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, [sic] supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa “in abstracto”, pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter a ação declaratória de constitucionalidade em inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.”¹²³

A exigência da demonstração da controvérsia judicial decorre da própria finalidade da ação declaratória, que constitui um instrumento de uniformização e sedimentação da presunção de constitucionalidade que milita em favor de toda lei e ato normativo. Estabelece a lei de regência que a controvérsia judicial seja relevante sem fixar qualquer critério a ser observado para classificação, se qualitativo ou quantitativo. Entendemos que o critério relacionado ao número de demandas ou o potencial efeito multiplicador é um critério objetivo a ser considerado, mas não pode ser o único. Há

¹²³ STF-Pleno – ADC-MC8/DF, rel. Ministro Celso de Mello, julgamento 13.10.99, *DJ* 4.4.2003, P. 38.

demandas que, mesmo singulares, podem gerar um fator de insegurança diante do afastamento da presunção de constitucionalidade e assim justificar o ajuizamento da ação declaratória. O certo é que a controvérsia não pode ser apenas de cunho doutrinário. Por isso a importância da demonstração documental da existência de processos na via difusa com impugnações acerca da constitucionalidade da lei ou do ato normativo objeto da ação declaratória.

Embora não haja a previsão de pedido de informações à autoridade responsável pela produção do ato normativo, a lei possibilita ao relator da ação declaratória que faça a solicitação de informações aos tribunais a respeito da aplicação da norma objeto da ação declaratória. Além do pedido de informações acima mencionado, como ocorre na ação direta de inconstitucionalidade, a tendência consolidada no sentido da abertura do procedimento da jurisdição constitucional brasileira *ex vi legis* permite ao relator da ação declaratória que seja determinada a produção de prova pericial através da designação de perito ou de comissão de peritos, ou ainda a fixação de data para realização de audiência pública. Todas as possibilidades constituem instrumentos relevantes voltados para aprofundar o nível de informação do juiz constitucional brasileiro. No particular, por questão de justiça, consignamos nossos elogios ao legislador brasileiro.

Por se tratarem de ações de natureza dúplice, a decisão em sede de ação declaratória de constitucionalidade também se opera com eficácia oponível contra todos, efeitos vinculativos e retrospectivos. A saber, como a declaração de constitucionalidade em verdade ratifica a presunção de constitucionalidade das leis, nada mais lógico que o resultado do julgamento retire do sistema qualquer tipo de decisão ou interpretação que insista na impugnação da validade da norma objeto da ação em face da Constituição em vigor.

No que respeita ao quorum exigido para declaração de constitucionalidade e ao procedimento em si, não há diferenças com relação ao que está previsto para a ação direta de inconstitucionalidade, ressalvada a questão relativa à modulação dos efeitos, restrita à hipótese de declaração de inconstitucionalidade. Outra diferença diz respeito à dispensa da atuação do Advogado Geral da União, uma vez que não há impugnação contra norma objeto da ação.

Portanto, a decisão proferida em sede de ação declaratória de constitucionalidade, cautelar¹²⁴ ou meritória, vinculará as atividades dos Poderes Executivo e Judiciário, atribuindo incontestável presunção de constitucionalidade a determinada lei ou ato normativo federal, produzindo eficácia geral, vinculante e retroativa.¹²⁵

É importante lembrar, diante da natureza dúplice antes mencionada, a improcedência da declaratória de constitucionalidade, que implicará a declaração de inconstitucionalidade, desde que observado o quorum constitucional.

2.2.3. Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como competência originária do Supremo Tribunal Federal o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, dependente o exercício da referida competência da atuação do legislador ordinário¹²⁶.

Somente onze anos após a promulgação da Carta Constitucional, o legislador infraconstitucional regulamentou o instituto, com a recente edição da Lei nº 9.882, de 03.12.99.

Com a regulamentação, o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro ganhou mais um importante instrumento voltado para a garantia da supremacia de nossa Lei Fundamental.

Trata-se, em verdade, de um instrumento legal que consolida o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no procedimento de controle da constitucionalidade, seja pela via de ação, seja pela via de exceção, tendo em vista a possibilidade da transferência para a Corte Suprema da solução para questões antes

¹²⁴ O deferimento de liminar na ação declaratória impede que, até o julgamento do mérito, os órgãos do Poder Judiciário e do Executivo afastem a aplicação de lei federal por inconstitucionalidade. Possui a tutela liminar efeitos *erga omnes*, *ex nunc* e vinculantes.

¹²⁵ A rigor a decisão não vinculará o Poder Legislativo, que poderá modificar o conteúdo da lei ou, até mesmo, revogá-la. Definitiva é a lição de LUIS ROBERTO BARROSO: “O reconhecimento da constitucionalidade da norma reitera a presunção que já a acompanhava desde o nascimento, não se colocando, em princípio, a questão intertemporal da retroatividade ou não da decisão. A norma era válida e continua sendo, apenas tendo reafirmada sua força impositiva. A declaração de constitucionalidade, assim como a de inconstitucionalidade, produz efeitos *erga omnes* e *vinculantes*, consoante dicção expressa do parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/99”. BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.185.

¹²⁶ CRFB/88, art. 102, § 1º.

submetidas ao longo caminho estabelecido para a arguição incidental de inconstitucionalidade, desde que seja demonstrada a relevância de controvérsia constitucional em sede de controle difuso¹²⁷.

No entanto, é importante destacar que doutrinadores de escol enxergam na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao menos da forma como foi regulamentado seu procedimento, um instrumento de defesa da governabilidade, quando afastou a participação do cidadão no rol dos legitimados para ajuizamento da arguição e, ainda, permitiu a concentração de questões constitucionais, inclusive de defesa de direitos fundamentais, no Supremo Tribunal Federal, tribunal de cúpula do Poder Judiciário, que seria comprometido, no que respeita à legitimidade, pelo mecanismo de investidura de seus membros.¹²⁸

Portanto, com o veto presidencial ao inciso II do artigo 2º do projeto de lei que resultou na Lei nº 9.882/99, foi afastada a inclusão do cidadão brasileiro no rol de legitimados, a fim de que promovesse a defesa de seus direitos considerados fundamentais violados pelo Poder Público, não sendo possível, destarte, o manejo da arguição, a não ser pelos mesmos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.¹²⁹

Em que pese a autoridade daqueles que enxergam na arguição a introdução de uma nova ação avocatória¹³⁰, entendemos que o novo instituto enriquece o rol de instrumentos voltados para defesa da Constituição, com a característica singular de servir

¹²⁷ Art. 1º, inciso I, da Lei nº 9.882/99.

¹²⁸ SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Artigo publicado na Revista RDA nº 224, Rio de Janeiro: Renovar, pp. 95/116, 2001. Interessante o posicionamento do autor ao referir-se, de certa forma, à falta de legitimidade ou de credibilidade, do Supremo Tribunal Federal, ao asseverar: “Por outro lado, é bom que se diga com clareza que a nova lei teve como principal motivação o combate à decantada “indústria das liminares. Ela está em perfeita sintonia com a filosofia que inspira várias outras reformas legislativas que vêm sendo empreendidas durante o governo do atual Presidente da República, e que têm por objetivo, explícito ou velado, reduzir os poderes dos juízes e tribunais inferiores, reforçando a competência do Supremo Tribunal Federal, considerado mais “confiável” pela forma política da investidura dos seus membros. Portanto, apesar dos esforços retóricos dos seus defensores em demonstrar o contrário, é cristalino que a nova ação não foi instituída para constituir instrumento de promoção da cidadania.”

¹²⁹ Apesar das justificativas apresentadas pelo Presidente da República por ocasião do veto ao dispositivo em comento, entendemos que a medida representou a perda de uma excelente oportunidade de promoção da efetiva abertura democrática do processo constitucional e do acesso do cidadão à justiça constitucional em sua plenitude. As dificuldades decorrentes do possível número elevado de arguições seriam minimizadas com a construção de mecanismos de filtragem por parte do próprio Supremo Tribunal Federal, a exemplo de como ocorre na Espanha, com rigorosos requisitos de admissibilidade para o processamento do recurso de amparo.

como meio concentrado para solução de controvérsias constitucionais relevantes sujeitas, como ocorre na maioria das vezes, a desfechos de longa duração.

Além disso, a argüição nasce com a marca da inovação e superação de posicionamentos consolidados em nossa Suprema Corte, ao estabelecer a possibilidade do exercício do controle concentrado de constitucionalidade tendo por objeto atos materiais e infralegais, e de leis e atos normativos municipais, incluindo-se o da legislação pré-constitucional.

Diante das características apontadas, a argüição de descumprimento de preceito fundamental é um instituto único, sem paralelo nos ordenamentos jurídicos alienígenas.

Essa singularidade revela-se também na medida em que, como afirmado anteriormente, a argüição de descumprimento de preceito fundamental volta-se para defesa, em última análise, de direito subjetivo, ainda que se insira no contexto das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Esse caráter híbrido e a singularidade de seu objeto distinguem a argüição das demais ações típicas do controle concentrado.

A Lei nº 9.882/99, que regulamenta o § 1º, do artigo 102 da CRFB/88, serviu como vetor para introdução, em nosso ordenamento jurídico, de todas as singularidades mencionadas, deixando para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a definição do significado do parâmetro de comparação indicado pelo constituinte originário.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental constitui instrumento de rito sumário e especial situado na esfera de competência do Supremo Tribunal Federal, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental que seja resultado de ato do Poder Público¹³¹, ou, diante da relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à promulgação da Constituição.

¹³⁰ Dentre outros, cf. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 204.

¹³¹ A expressão abarca os atos normativos, administrativos e até materiais, que violem norma constitucional definida como preceito fundamental. Através da ADPF será possível a suspensão liminar de ações judiciais, processos administrativos, contratos administrativos, editais de licitações e de concursos, decisões dos tribunais de contas, etc.

A regulamentação da argüição por força da Lei nº 9.882/99 permite que o processamento da ação seja feito por dois ritos diferenciados. O primeiro de natureza claramente objetiva, a saber, desvinculado de qualquer processo ou controvérsia em curso nas instâncias ordinárias; e o segundo denominado por muitos de argüição incidental, que introduz no modelo brasileiro espécie de controle concentrado-concreto, que permite a remessa ao Supremo Tribunal Federal, para que seja solucionada controvérsia constitucional relevante oriunda de processos judiciais em curso perante qualquer juízo ou tribunal.¹³²

Os ritos acima mencionados têm previsão legal no artigo 1º da lei de regência.¹³³

Diante da simples leitura dos dispositivos da novel lei em comento, constata-se que, por meio do rito da argüição incidental, prevista no parágrafo único, torna-se possível o controle de constitucionalidade das normas editadas antes da promulgação da Constituição, quando for configurada a relevância da controvérsia constitucional suscitada.

Além da novidade supra, o Pretório Excelso passa a realizar o controle da compatibilidade vertical de normas editadas pelo Poder Público Municipal, o que, na sistemática até então vigente, somente seria possível através da via incidental.

2.2.3.1. Legitimação

Quanto à legitimidade para a argüição¹³⁴, a lei fixou o mesmo rol de legitimados para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, cabendo, portanto,

¹³² Vide, CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental, in Ações constitucionais (org. Fredie Didier)*, Salvador: Podium, 2005, p. 445.

¹³³ Art. 1º. A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

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

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

II- VETADO;

¹³⁴ Como antes mencionado, foi objeto de veto presidencial o inciso II, do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 9.882/99, que possibilitava o ajuizamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental por qualquer cidadão prejudicado. Evitou, assim, o Chefe do Executivo, que a ADPF assumisse contornos de verdadeira ação popular constitucional, ou, como concebido no sistema alemão, de um recurso constitucional, remédio que garante aos cidadãos e pessoas jurídicas o acesso ao Tribunal Constitucional em caso de violação

observar que toda a construção jurisprudencial da Suprema Corte, quanto à necessidade da configuração do nexo de causalidade entre o objeto da argüição e as atribuições institucionais do legitimado (pertinência temática), aplica-se ao procedimento da argüição.

Como visto antes, não são todos os co-legitimados que necessitam comprovar tal relação de pertinência, pois alguns deles (Presidente da República, Procurador Geral da República, Mesa do Senado, Mesa da Câmara e Conselho Federal da OAB) detêm uma espécie de legitimação ativa universal.

Ademais, o mesmo raciocínio deve ser adotado quanto à previsão jurisprudencial da chamada capacidade postulatória especial dos co-legitimados, o que dispensaria a subscrição da inicial por advogado, à exceção dos Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e das entidades de classe de âmbito nacional ou Confederações Sindicais, pois, para estes, vem exigindo o Supremo Tribunal Federal a representação por advogado, devendo a petição inicial vir acompanhada por instrumento de mandato¹³⁵.

Da mesma forma que o previsto para o exercício da jurisdição concentrada de controle de constitucionalidade, os legitimados elencados nos incisos I a VII do art. 103 da Constituição Federal estão dispensados de postularem suas ações diretas por intermédio de advogado, possuidores que são de capacidade postulatória especial, com sede implícita no próprio texto constitucional.

2.2.3.2. Subsidiariedade

De acordo com disposição contida na lei regulamentadora, à argüição de descumprimento de preceito fundamental foi atribuído caráter subsidiário, sendo incabível seu emprego quando for possível o recurso à medida eficaz para sanar a lesividade, como se depreende da recente decisão do STF a seguir transcrita:

“É incabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a

a direitos fundamentais por parte do Poder Público. As decisões do Tribunal Constitucional tedesco poderão ter eficácia *erga omnes*, o que revela a participação ativa do cidadão no sistema de controle de constitucionalidade alemão, o qual não contempla o controle difuso de constitucionalidade, mas permite ao povo, caso esgotadas as vias ordinárias, amplo acesso à Corte Constitucional.

¹³⁵ Parágrafo único do art.3º da Lei nº 9.882/99.

lesividade (Lei 9.882/99, art. 4º, § 1º). ADPF (QO) 3-CE, Rel. Min. Sydney Sanches, 18.05.2000. (ADPF-3).”

Tal dispositivo deve ser interpretado, como bem assevera Gilmar Ferreira Mendes, de forma a possibilitar a utilização do instituto, não sendo “necessária a interposição de todos os recursos possíveis, senão todos os recursos razoavelmente úteis”¹³⁶.

A subsidiariedade atribuída à argüição de descumprimento de preceito fundamental, em verdade, não encontra justificativa no texto constitucional.

Em momento algum, o constituinte originário atribuiu caráter residual ao instituto. Pelo contrário, a argüição, assim como os demais instrumentos garantidores da supremacia constitucional, possui um campo de atuação nitidamente definido.

Ora, a destinação conferida pela Constituição fixa a argüição de descumprimento de preceito fundamental como mais um elemento integrante do sistema de controle de constitucionalidade responsável, especificamente, pela proteção dos denominados preceitos fundamentais.¹³⁷

Portanto, a subsidiariedade, imposta pelo legislador ordinário, não pode ser encarada como dificuldade intransponível ao emprego da argüição, sob pena de transformar o instituto em letra morta diante da intangibilidade imposta pela jurisprudência.

Ainda sobre o assunto em relevo, é interessante apontar o pensamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal GILMAR FERREIRA MENDES:

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Revista Jurídica Virtual. www.planalto.gov.br. Acesso em 14.set.2002.

¹³⁷ TAVARES, André Ramos, *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, Atlas, São Paulo: 2001, p.45. Explica melhor a posição da ADPF, no exercício do papel de garantir a supremacia constitucional: “A argüição, portanto, não é instituto com caráter “residual” em relação à ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva). Trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (fundamentais), e é essa a razão de sua existência. Daí o não se poder admitir o cabimento de qualquer outra ação para a tutela direta desta parcela de preceitos, já que, em tais hipóteses, foi vontade da Constituição o indicar, expressamente, que a argüição será a modalidade cabível, o que exclui as demais ações.

Poder-se-ia, neste passo, objetar com argumentos como a recorrente preocupação com o nível de sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal Federal. Na realidade, esse argumento, de índole essencialmente política, pode ser afastado pela “triagem” que será realizada pelos legitimados ativos, bem como pela “filtragem” consistente na necessidade de que se viole preceito fundamental, e não qualquer preceito constitucional. Ademais, importa ressaltar a necessidade de que, nas Constituições analíticas, como a brasileira, o maior número de atos estatais seja passível de controle abstrato, especialmente quando se trata de proteger o núcleo fundamental da Constituição.”

“Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da argüição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.”¹³⁸

Talvez o emprego do princípio da subsidiariedade deva-se às comparações feitas por parte da doutrina com o chamado recurso de amparo espanhol e o recurso constitucional alemão; em ambos os casos, o acesso do cidadão às Cortes Constitucionais depende do exaurimento de todas as vias judiciais ordinárias.

No entanto, é de ser ressaltado que tanto na Espanha como na Alemanha não se adota o controle difuso de constitucionalidade, cabendo aos juízes e tribunais inferiores apenas suscitar a questão constitucional que deverá necessariamente ser decidida pelo Tribunal Constitucional.

Revela-se, portanto, uma dimensão subjetiva inquestionável dos instrumentos em análise, ao contrário do que se verifica em nosso instituto, o qual contém uma aspecto objetivo insofismável, mormente quando, mesmo na argüição incidental, a legitimação legal abarca apenas os legitimados à provocação do exercício do controle abstrato de constitucionalidade. Ao nosso sentir, a subsidiariedade está circunscrita à possibilidade de manejo das ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade. A saber, diante da impropriedade do processamento dessas ações e da configuração dos pressupostos legais previstos na lei de regência, a argüição de descumprimento de preceito fundamental será a via adequada. Esta, sem dúvida, deve ser a aplicação mais compatível com o modelo brasileiro de jurisdição constitucional.

Vê-se, ainda, que a lei confere ao Supremo Tribunal Federal um controle de natureza subjetiva sobre a utilização do instituto, uma vez que não definiu quais os preceitos considerados fundamentais para efeito da argüição.

Destarte, é imprescindível que seja identificado o objeto da proteção específica, definindo o que seria preceito fundamental, para, então, delimitar o alcance do novel instrumento, tarefa da qual o Supremo Tribunal Federal não pode furtar-se.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, *Op. Cit. Argüição...*

No particular, não estamos com aqueles que criticam a omissão do legislador em estabelecer *ope legis* o entendimento sobre o que seria um preceito fundamental. Em verdade, agiu corretamente o legislador ao ampliar o espaço de conformação reservado ao Supremo Tribunal Federal na definição do parâmetro a ser utilizado.

Inicialmente, a própria terminologia constitucional e legal indica que o parâmetro de comparação é bem mais restrito se comparado ao parâmetro observado nas ações típicas de controle concentrado de constitucionalidade, que são, como se sabe, as normas constitucionais em sua totalidade.

Já no caso da argüição, é notória a restrição e singularidade do parâmetro, pois preceito constitucional fundamental revela a preocupação prévia, no sentido de que venha a ser observada uma ordem de valoração dos preceitos¹³⁹ contidos na Constituição.

Não restam dúvidas de que alguns preceitos serão prontamente identificados como de fundamental importância para o sistema constitucional, como, por exemplo, a forma federativa do Estado, a separação dos Poderes, as disposições relativas aos direitos e garantias individuais e coletivos. Entretanto, a indeterminação do conteúdo disposto na expressão utilizada pela lei somente será sanada com a efetiva consolidação dos posicionamentos de nossa Corte Maior, órgão responsável pela definição da identidade da argüição inserida no contexto da manutenção da supremacia constitucional.

Como forma de dirimir as dúvidas inevitáveis, IVO DANTAS, após analisar posicionamentos diversos, propõe critério de identificação próprio:

“Entendemos que preceito fundamental é todo aquele que decorra dos princípios fundamentais, os quais estão objetivamente relacionados nos arts. 1º a 4º da Constituição Federal e que se encontram, sob a forma telegráfica, inseridos nos limites materiais ao exercício do Poder de Reforma, ou seja, no art. 60 § 4º, incisos I a IV do mesmo texto constitucional.

Vale ressaltar que cada um dos mencionados princípios inseridos no art. 1º leva a desdobramentos no próprio texto, como, por exemplo, a irrenunciável necessidade de que os Direitos e Garantias contidos nos arts. 5º, 6º e 7º (com a possibilidade constante do § 2º do mesmo artigo) sejam considerados *preceitos fundamentais*.

¹³⁹ A indicação é precisa no sentido de se evitar qualquer menção a eventual hierarquia normativa no sistema constitucional, sendo possível, no entanto, conceber uma hierarquização de cunho axiológico. Observe-se ainda que o termo sugere que não só os princípios constitucionais servirão como parâmetro de controle, uma vez que preceito não é sinônimo de princípio e pode perfeitamente abarcar as regras dispostas na Carta Constitucional.

Em outras palavras: para nós, a expressão *Preceitos Fundamentais* abarca os Títulos I e II da Constituição Federal, razão pela qual a *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental* só terá por objeto qualquer uma das normas ali contidas.”¹⁴⁰

Compartilhamos da opinião do autor, que, ao fixar parâmetros objetivos para o manejo da argüição, reduz o grau de subjetividade do Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, propõe limites à ampla liberdade na admissibilidade da argüição.

2.2.3.3. Argüição incidental

O procedimento especial previsto para regulação da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental traz em seu bojo duas formas de processamento que são comumente identificadas como duas espécies ou modalidades de argüição de descumprimento. A primeira espécie é denominada de argüição principal, direta ou autônoma, e a segunda é comumente denominada de argüição incidental.

Como afirmamos antes, não foram instituídas modalidades de argüição de descumprimento de preceito fundamental, mas sim duas formas de processamento da referida ação especial.

A lei regulamentadora estabeleceu, como hipótese de processamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, a possibilidade de seu emprego “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1º, parágrafo único, inciso I).

Tal dispositivo pode ser considerado como uma espécie de incidente processual de inconstitucionalidade, que confere à argüição proposta característica de controle concreto-concentrado, na medida em que leva ao Supremo Tribunal Federal a discussão de matéria identificada como controvérsia constitucional relevante, oriunda de feitos em andamento nos diversos tribunais e juízos do país.

Trata-se de procedimento concentrado que guarda evidente semelhança nesse aspecto com a ação declaratória de constitucionalidade, pois trata-se de uma forma de

¹⁴⁰ DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição. Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.263.

afastar o controle difuso, levando ao Supremo Tribunal matéria objeto de impugnações pela via incidental.

Revela também uma dimensão subjetiva, em função de ser oriunda a argüição de casos concretos em tramitação nas instâncias inferiores, mas que perde o grau de subjetividade pela impossibilidade de as partes suscitarem o incidente perante o Supremo Tribunal Federal.

A intenção do legislador, ao tentar transferir questões concretas para uma decisão abstrata e com repercussão ampla (eficácia erga omnes) e vinculante, em verdade, constitui uma tentativa de impedir a coexistência de decisões contraditórias acerca de eventuais violações de preceitos considerados de fundamental importância para a harmonia e coerência do sistema constitucional brasileiro.

Semelhante preocupação moveu o constitucionalismo brasileiro na direção do controle concentrado da constitucionalidade, dados os inconvenientes do método difuso em um ordenamento jurídico que não confere força vinculante aos precedentes judiciais, como ocorre no exemplo norte-americano.

Essa providência, portanto, ao menos na visão do legislador pátrio, justifica a concentração de impugnações incidentais no Supremo Tribunal Federal, como uma tentativa eficaz de conferir certeza quanto à validade de uma lei no ordenamento jurídico-positivo.

Como antedito, o artigo em questão possibilita que seja realizado o controle da constitucionalidade de atos normativos municipais diretamente pelo próprio Supremo Tribunal, bem como traz à baila a realização de eventual controle sobre atos normativos anteriores à promulgação da Constituição, o que não seria possível na sistemática anterior.

Nos termos do art. 1º da Lei n.º 9.882/99, a argüição de descumprimento de preceito fundamental tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público¹⁴¹. Como consequência, qualquer ato manifestado pelo Poder Público que se afigure contrário a preceito fundamental da Carta Política de 1988 é passível de controle pela via da ADPF, incluídos, entre outros, atos normativos municipais, atos normativos anteriores à Constituição, e mesmo atos administrativos e jurisdicionais,

¹⁴¹ Lei n.º 9.882/99, art. 1º, *caput*: “A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”

até então afastados do controle abstrato de constitucionalidade¹⁴². Sobre tema, confira-se a lição de GUSTAVO BINENBJOM, *verbis*:

“(...) os atos do Poder Público suscetíveis de controle transcendem, evidentemente, os atos normativos. Além dos atos do Legislativo, incluem-se no objeto da argüição de qualquer ato do Executivo, do Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas que importem lesão ou ameaça a preceito fundamental da Constituição.
(...)

É de fato salutar que se possam alçar ao controle concentrado da Corte Suprema normas municipais e normas anteriores à Constituição, como dispõe textualmente o art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99.”¹⁴³

Não restam dúvidas de que a intenção do legislador ordinário foi possibilitar quase por completo a supremacia da Lei Maior sobre todo o ordenamento jurídico-positivo, além de configurar um meio eficaz de uniformização célere da interpretação da norma constitucional.

No entanto, para alguns doutrinadores, as disposições do parágrafo único do art. 1º, em princípio, encerram dispositivo incompatível com os limites da regulamentação da previsão constitucional, pois restaria evidenciada a ampliação do espectro normativo, que, em momento algum, fez referência à admissão da argüição nas hipóteses de relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos, também, os editados antes da promulgação do texto constitucional em vigor.

Acrescentam ainda que o entendimento assente no Supremo Tribunal Federal direciona no sentido de que a questão relativa a direito vigente em período anterior à promulgação da Carta Constitucional resolve-se pela aplicação de institutos de direito intertemporal, podendo ocorrer a recepção em caso de compatibilidade, ou revogação na hipótese contrária.

Com efeito, não poderia o legislador infraconstitucional extrapolar os limites do que lhes foi delegado pelo Constituinte originário. Destarte, diante da omissão da Constituição Federal, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos

¹⁴² Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *Constituição da República Federativa do Brasil anotada, 1999*, p. 250 e ss.

¹⁴³ BINENBOJM, Gustavo. *Op.cit.* p. 191/193.

municipais que violarem as disposições constitucionais federais somente poderia ocorrer pela via difusa.

Concluem ainda que não seria lógico estabelecer uma exceção à sistemática usual sem que a própria Constituição tenha feito expressa referência.

Entretanto, em que pese a autoridade dos defensores de tais posicionamentos, não vislumbramos na hipótese qualquer ampliação de competência do Supremo Tribunal Federal promovida pelo legislador ordinário, o que se constata com o disciplinamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental é que o legislador infraconstitucional limitou-se a regulamentar o instituto disciplinando o rito de seu processamento, cumprindo exatamente o mandamento constitucional.

Ademais, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter consolidado o entendimento de que, no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, não seria possível a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à promulgação da Constituição vigente, ou que o controle de constitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal somente seria possível pela via difusa, não implica a impossibilidade de que, em instrumento diverso, com procedimento especial e singular, restaria vedada também tal possibilidade.¹⁴⁴

Quanto à decisão final, presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros, em que pese a inexistência de previsão legal de quorum qualificado para a votação, entendo necessária sua observância, já que a própria lei condiciona o deferimento da liminar à maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, não sendo lógico pensar que, para a votação final, seria possível a deliberação por maioria simples.

¹⁴⁴ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* P.102. Destaca: “Alexandre de Moraes sustenta que a extensão do controle abstrato de constitucionalidade aos atos normativos municipais seria inconstitucional, pois violaria o desígnio do constituinte originário de restringir este controle às normas federais e estaduais, cristalizado na redação do art. 102, I, alínea “a”, do texto magno. Não comungamos desse seu posicionamento. A Constituição Federal limitou apenas o cabimento da ADIN às normas federais e estaduais, mas não estendeu esse regramento a todos os mecanismos de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Não há qualquer restrição ao controle de atos normativos municipais no art. 102, § 1º, a CF., e não há porque traçar, neste particular, qualquer analogia entre a ADPF e a ADIN. Até porque uma das razões que motivou a criação da ADPF foi a sua possibilidade de atingir situações que os outros mecanismos já existentes de controle de constitucionalidade não tinham aptidão de alcançar.

Ao contrário do que afirma Alexandre de Moraes, não se trata, no nosso entendimento, de extensão da competência do STF por meio de lei, o que efetivamente seria vedado, já que a competência do Supremo foi discriminada, de modo exaustivo, pelo texto constitucional. Na verdade, há expressa previsão constitucional da competência do STF para julgamento da ADPF, e a Lei nº 9.882/99 cingiu-se a regulamentar dito instituto, como lhe determinara a Constituição.”

Essa não é a posição de ALEXANDRE DE MORAES, que apenas ressalva a aplicação do quorum qualificado se houver necessidade de declaração de inconstitucionalidade por força da previsão constitucional do art. 97 (a chamada cláusula de reserva de plenário).¹⁴⁵

A lei atribui à decisão em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental eficácia *erga omnes* e efeitos retroativos, cabendo, na hipótese, a aplicação do dispositivo que faculta ao STF, pelo voto da maioria de 2/3, restringir os efeitos da decisão quanto à eficácia temporal, ao fixar outro momento para que a decisão surta seus efeitos, ou até mesmo, no que se refere à abrangência material, afastar os efeitos da decisão em relação a determinados atos normativos editados pelo Poder Público ou a situações fáticas determinadas¹⁴⁶.

Trata-se, portanto, de um instrumento utilíssimo inserido no contexto complexo das ações diretas voltadas à promoção da supremacia constitucional e, conseqüentemente, dos direitos, garantias e valores constitucionais.

No particular, a argüição denominada de incidental amplia as possibilidades de exercício da jurisdição de controle da constitucionalidade de leis, atos normativos de todas as esferas de Poder, inclusive dos atos normativos infra-legais e pré-constitucionais.

Some-se ao objeto da argüição incidental o que já foi por nós colocado sobre o objeto da argüição principal, voltada para reparar ou evitar qualquer lesão a preceito constitucional fundamental decorrente de ato do Poder Público.

Quanto à obrigatoriedade das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental, a não-observância de decisão proferida permite o ajuizamento de reclamação para preservação da autoridade dos julgados da Suprema Corte.

¹⁴⁵ *Op. Cit. Direito ...* p.614.

¹⁴⁶ É válido o comentário feito por Alexandre de Moraes, *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análise à Luz da Lei n° 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001, p.35, acerca do assunto: “ Para Jorge Miranda, analisando semelhante hipótese no Direito Português, essa possibilidade de fixação de efeitos “destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; em última análise, destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas a declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela existência de inconstitucionalidade. Todavia, encerra o risco de uma aproximação da atitude própria do legislador, ou mesmo de uma confusão entre o juízo jurídico e o juízo político.

Dessa forma, com a edição da lei, permitiu-se ao Supremo Tribunal Federal a manipulação dos efeitos, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais, desde que presentes os dois requisitos constitucionais: requisito formal e requisito material.”

O potencial desse instituto sem precedentes é substancialmente ampliado com a possibilidade da concessão de medida cautelar na lei de regência, que será objeto de análise nos capítulos seguintes.

CAPÍTULO III

NATUREZA DO ÓRGÃO RESPONSÁVEL PELO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

De acordo com o modelo de organização judiciária adotado o órgão responsável pelo exercício da jurisdição constitucional assume contornos jurídicos distintos.

A problemática no modelo brasileiro decorre da convivência, nem sempre harmônica, dos sistemas difuso e concentrado, especialmente quanto às indefinições decorrentes da insuficiência de mecanismos eficazes de uniformização de jurisprudência.

Nesse sentido, a recente reforma constitucional materializada através da Emenda Constitucional n° 45, de 8 de dezembro de 2004 e das novas e decorrentes leis regulamentadoras, que instituíram alguns institutos voltados para minimização dos efeitos nefastos da adoção do *judicial review* em um país de tradição romano-germânica.¹⁴⁷

Até os dias de hoje não encontramos ainda instrumentos adequados para solução do problema surgido com a opção inicial, pela Constituição Republicana de 1891, que inaugurou no Brasil a jurisdição constitucional, e que, ao longo dos anos, passou a conviver com a fórmula kelseniana, cuja opção, como sabemos, foi no sentido da verticalização do contencioso constitucional.

Esse modelo híbrido de jurisdição constitucional adotado no Brasil, obviamente, também repercute no que podemos chamar de “crise de identidade” do Supremo Tribunal Federal, uma espécie de tribunal e corte constitucional.

Inevitáveis são, portanto, os reflexos do sistema brasileiro na definição da composição e da competência do Supremo Tribunal Federal.

Como cediço, a natureza de um órgão responsável pela fiscalização da Constituição pode ser política ou jurídica.

O exemplo mais conhecido de jurisdição constitucional exercida por órgão de natureza judicial é o *judicial review* norte-americano. Esse sistema de origem pretoriana

¹⁴⁷Como exemplo, a súmula vinculante e o requisito da repercussão geral para admissibilidade do recurso extraordinário.

pode ter suas premissas básicas resumidas da seguinte forma: a) reconhecimento da supremacia constitucional sobre todas as leis e atos normativos que integram o ordenamento jurídico; b) instituição do conhecido dogma da nulidade da lei inconstitucional, verdadeira sanção aplicada à norma incompatível com a Constituição; c) reconhecimento do Poder Judiciário como intérprete final da Constituição.¹⁴⁸

No caso norte-americano, a Suprema Corte dos Estados Unidos é o órgão de cúpula do Poder Judiciário responsável pelo controle de constitucionalidade das leis e atos, normativos sejam federais, estaduais ou municipais, inexistindo nesse modelo a previsão de ajuizamento de ações diretas voltadas à análise em abstrato das leis e dos atos normativos.¹⁴⁹

No sistema de *common law*, graças à denominada doutrina do *stare decisis*, o problema da instabilidade jurídica causada pela possibilidade de coexistência de decisões judiciais contraditórias não constitui fator de preocupação, dado o papel atribuído à jurisprudência como fonte principal do direito.

Assim, diante da vinculação dos precedentes judiciais para casos futuros, a uniformidade do tratamento dado aos jurisdicionados, sob o ponto de vista da isonomia do resultado da prestação jurisdicional, resta assegurada pela força vinculativa e prospectiva dos julgados.

No particular, BERNARDO DE VILHENA SAADI assevera:

“É, portanto, indiscutível que a possibilidade de os Estados Unidos adotarem um sistema difuso e incidental puro sem comprometer a unidade e a coerência do seu ordenamento se deve exclusivamente ao poder unificador inerente ao *stare decisis*, que, como anteriormente demonstrado, é uma peculiaridade do sistema jurídico anglo-saxão.”¹⁵⁰

¹⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁹ Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, artigo III, Seção 1 : O Poder Judiciário dos Estados Unidos será constituído de uma Suprema Corte e tribunais inferiores, cuja criação fica a critério do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte quanto dos tribunais inferiores, serão mantidos em seus cargos, desde que não haja qualquer censura a seu comportamento, e receberão por seus serviços, de maneira regular, uma remuneração que não poderá ser reduzida enquanto exercerem suas funções.

¹⁵⁰ SAADI, Bernardo de Vilhena. *A constitucionalidade da súmula vinculante*. Revista de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, n° 244, jan./abril. 2007, p. 15.

Como o modelo inaugurado pelo *Chief Justice* JOHN MARSHALL atribui a todos os órgãos do Poder Judiciário, inclusive aos órgãos monocráticos, a possibilidade de resolução do incidente de inconstitucionalidade no processamento de feitos judiciais, a Suprema Corte também participa do modelo na condição de órgão de cúpula e, como tal, responsável pela última palavra na tarefa de defesa da Constituição e da tutela dos direitos fundamentais nos Estados Unidos, com um marco diferencial importante em relação às decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário, que é a submissão de todos eles à força vinculante de seus julgados.

Quando a opção se dá pelo modelo europeu predominante, a saber, atribuindo-se a órgão de natureza não-jurisdicional a fiscalização abstrata da constitucionalidade, o contencioso constitucional deixa de ser atribuição (competência) do Poder Judiciário, a despeito de manter, enquanto função estatal, quase todos os traços característicos do exercício da jurisdição ordinária.

O continente europeu, por razões históricas e concepções políticas distintas do novo mundo, e ainda influenciado pelo princípio da superioridade da lei, concebeu o exercício da jurisdição constitucional de modo diverso.

Para os europeus, especialmente os franceses, a lei possui dignidade quase que sagrada, enquanto que, para os norte-americanos, somente a Constituição assume esse status sacro. Ademais, os europeus sempre viram com desconfiança os juízes ordinários. Para os franceses, por exemplo, ajudaram na manutenção do *status quo* do antigo regime. Para os alemães, italianos e austríacos, a timidez e a subserviência dos juízes contribuíram decisivamente com os governantes em períodos de exceção.¹⁵¹

O modelo de inspiração kelseniana foi pensado e concebido sob a lógica da concentração de competências, não admitindo que qualquer órgão judicial, seja monocrático ou colegiado, possa, no exercício ordinário de suas competências, desconsiderar o produto do labor legislativo.

Cabe ao tribunal constitucional a prerrogativa de afastar a presunção de constitucionalidade das leis, cuja validade, até o pronunciamento da corte, é preservada pelo modelo.

¹⁵¹ FAVOREAU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004, pp. 20-21.

A decisão do tribunal constitucional, no modelo original proposto por Kelsen, terá eficácia prospectiva, uma vez que, até o momento da decisão, por força da presunção de validade, produziu efeitos.

Em mais uma oportunidade BERNARDO DE VILHENA SAADI nos ajuda a compreender melhor as características próprias do modelo kelseniano de jurisdição constitucional:

“O Tribunal, exercendo uma função que pode ser caracterizada como a de um “legislador negativo”, prolata uma decisão desconstitutiva, que retira do ordenamento, com eficácia *ex nunc*, a lei afetada pelo vício da inconstitucionalidade. Até o pronunciamento do Tribunal Constitucional, entretanto, a lei é válida, visto que integra o sistema jurídico e goza de presunção de constitucionalidade.

Após a sua anulação, em contrapartida, ela não pode mais ser aplicada por nenhum juiz, pois não mais existe no ordenamento, em razão dos efeitos gerais e vinculantes de que é dotada a decisão. Conseqüentemente, ainda que por uma via diametralmente oposta à americana, também no modelo austríaco são preservadas a segurança jurídica, a previsibilidade e a uniformidade do sistema.”¹⁵²

É nesse sentido que se diz que a decisão do tribunal constitucional assemelha-se à atuação de um *legislador negativo*, que não inova ou cria a norma, apenas desfaz ou desconstitui o produto legislativo.

Outra questão relevante relacionada com a temática abordada diz respeito à natureza especial que passaram a ostentar as Constituições da Europa Continental, a partir dos exemplos que definiram a dignidade das Cartas Políticas, a saber, os Estados Unidos e a França.

Até o final do século XVIII, como não existiam Constituições, na concepção moderna do termo, não havia a necessidade de maiores preocupações com a instituição de procedimentos e órgãos garantidores das Cartas Constitucionais.

O exemplo norte-americano e a doutrina francesa do Poder Constituinte Originário transformaram a realidade jurídico-política até então vigente.

¹⁵² SAADI, Bernardo de Vilhena, *Op. cit.*, p.17.

Passou-se a entender como necessária a preservação da Carta Política, documento formal que garantia as liberdades conquistadas e definia os traços e a organização do Estado de Direito.

É verdade que, no que respeita à implementação desse modelo de proteção constitucional, os norte-americanos saíram na frente com o seu *judicial review*.

Os europeus, como vimos, partiram depois, convencidos, em sua maioria, da imprescindibilidade de uma Constituição formal e garantida por um tribunal concebido para sua proteção.

Criada pelo Poder Constituinte, cuja natureza é eminentemente política, a Constituição é um marco jurídico de estabilização do fenômeno político. Conseqüentemente, como os órgãos que exercem a jurisdição constitucional são definidos e estruturados na Constituição, a natureza desses órgãos assume contornos indiscutivelmente jurídicos.¹⁵³

Mais uma vez recordamos a polêmica envolvendo HANS KELSEN e CARL SCHMITT sobre a definição do guardião da Constituição, chegando CARL SCHMITT, para justificar seu ponto de vista em defesa da natureza política do órgão competente para exercer a jurisdição constitucional, a avisar sobre os riscos de politização excessiva da justiça.¹⁵⁴

A resposta kelseniana baseia-se no status jurídico da Constituição, norma fundamental do ordenamento jurídico-positivo, cuja aplicabilidade, por mais aberto e heterogêneo que seja o sistema constitucional, será efetiva com base em métodos e critérios predominantemente jurídicos.

Como demonstra o cenário ocidental, a concepção jurídica do modelo de jurisdição constitucional prevaleceu.

Portanto, seja no *judicial review* norte-americano, ou no modelo de jurisdição constitucional característico da Europa continental, tem prevalecido o entendimento de que a jurisdição constitucional guarda as características do poder jurisdicional do Estado, com a conseqüente aceitação da natureza jurídica do órgão responsável por seu exercício, ou, no caso do modelo austríaco, *eg.* em que pese o fato de o

¹⁵³ AGRA, Walber de Moura. *op. cit.*, p.24.

¹⁵⁴ AGRA, Walber de Moura. *op.cit.*, p.26.

tribunal constitucional não se enquadrar como tribunal ordinário, a atividade por ele exercida apresenta irrefutável cariz técnico-jurídico.

O debate a ser travado, que interessa ao Brasil, diz respeito ao modelo teórico e à morfologia mais indicados para o Supremo Tribunal Federal, que sejam adaptados ao modelo misto da jurisdição constitucional brasileira. É o que faremos a seguir.

3.1. Modelo teórico proposto

Como comentamos anteriormente, nas modernas democracias, caracterizadas pela complexidade e heterogeneidade dos grupos sociais, a legitimidade democrática das instituições também passa necessariamente pela sua utilidade para o sistema, pela abertura dos procedimentos e das regras de composição.

No estado democrático, especialmente o brasileiro, comumente são conferidos poderes aos representantes através do exercício do mandato de forma independente, ou seja, a partir de suas posses, os mandatários exercem seu mister quase que sem dever explicações ou se sujeitar a mecanismos eficazes de controle *a posteriori*. O que, em última análise, pode distanciá-los da vontade popular, especialmente em modelos como o brasileiro, no qual os mecanismos de controle popular dos mandatos praticamente se esgotam no processo eleitoral.

A jurisdição constitucional, por sua vez, também pode correr o risco de manter-se distante do estado democrático, pelo que se faz necessária a propositura de uma nova estruturação e de instrumentos baseados no princípio democrático.

É certo que antes de tudo um órgão deve ser útil para a implantação e manutenção do regime democrático. A história nos revela inúmeros testemunhos de instituições tipicamente democráticas que sucumbiram diante da vontade de maiorias episódicas.

É preciso que haja um comprometimento com os valores permanentes dispostos na Constituição. Compromisso que deve ser assumido de forma intransigente por todas as instituições do regime democrático e que informa, no nosso entendimento, o próprio conceito de democracia.

Tal compromisso, como dito, não se resume apenas à forma de investidura dos cargos dos agentes políticos. É necessário que os procedimentos fixados pelos órgãos de deliberação democrática estejam abertos à participação plural dos representantes da sociedade, o que, no caso da jurisdição constitucional, implica a maior abertura do processo constitucional que permita ao juiz constitucional uma maior gama de elementos de informação necessários para a instrução dos feitos.

Importante inovação trazida pela Lei nº 9.868/99 diz respeito à possibilidade de intervenção de órgãos ou entidades.

No particular, a contribuição de PETER HÄRBELE que, já na década de 1970, pugnava pela necessária abertura da interpretação da Constituição. Ao referir-se ao inevitável processo de abertura do rol de intérpretes da Constituição, destaca as conseqüências da abertura sobre o processo constitucional, especialmente sobre os meios de informação dos juízes constitucionais.¹⁵⁵

Diante do quadro apresentado acima, o procedimento do controle de constitucionalidade abriu-se para acolher outros instrumentos voltados a uma cognição mais exauriente e participativa.

A intervenção do *amicus curiae* permite uma maior participação da sociedade no processo constitucional, pois “o destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”.¹⁵⁶

Além da introdução do *amicus curiae*, a nova regulamentação da ação direta passou a permitir a produção de prova pericial e ainda a realização de audiência pública, ampliando assim a participação da sociedade, especialmente de pessoas ou entidades com conhecimento especializado.

No que respeita à abertura do procedimento proposta, é preciso entender que todos os procedimentos possuem natureza instrumental, assim, sua execução deve

¹⁵⁵ HARBELE, Peter. *Hermênutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. Reimpressão, 2002.

¹⁵⁶ HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. Reimpressão: 2002, p.15.

necessariamente ocorrer tendo por propósito a implantação e o respeito aos valores fundamentais que informam o sistema constitucional. Não há espaço para a aplicação asséptica, desvinculada do conteúdo substancial proposto pelo Constituinte Originário.

No particular, assume relevância o papel do fiscal da constitucionalidade, que deve compatibilizar a proteção aos direitos e às garantias fundamentais com a necessária observância das formalidades instituídas pelas instâncias democráticas.

Além da aferição da utilidade das instituições para o processo democrático substancial e da necessária abertura dos procedimentos democráticos, não podemos deixar de entender, como importante contributo para a legitimação da jurisdição constitucional, a abertura também das regras de composição do guardião da Constituição.

A sociedade complexa exige que os Tribunais Constitucionais também correspondam a essa pluralidade em sua composição. LOUIS FAVOREU noticia que, em todos os tribunais constitucionais da Europa, há uma grande diversidade de autoridades que podem designar os membros bem como da própria presidência do tribunal. Verifica-se com base nos dados fornecidos pelo autor que na maior parte dos modelos (francês, alemão, austríaco, espanhol, português e belga) a indicação dos futuros membros é distribuída entre o parlamento, a chefia do executivo e, nos casos da Itália e da Espanha, também com a participação dos órgãos de cúpula da jurisdição ordinária.¹⁵⁷

Necessariamente a escolha dos membros dos tribunais constitucionais deve observar critérios que devem refletir a pluralidade da sociedade que integra.

Nos tribunais constitucionais da Europa a justificação democrática passa pela indicação predominantemente política de seus membros, tais indicações, em sua maioria, são realizadas pelos Parlamentos.

A regra do pluralismo para composição do tribunal constitucional, segundo ALEXANDRE DE MORAES, pode ser apresentada como uma necessidade de representatividade, no sentido da necessidade de aprovação do juiz constitucional por quorum qualificado a ser obtido no Parlamento e, ainda, sob o aspecto da heterogeneidade das indicações, que resultará em uma composição que agregue uma variedade de experiências profissionais.¹⁵⁸

¹⁵⁷ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*, Trad. Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004, pp. 31-32.

¹⁵⁸ Cf. MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p.78.

Por fim, para complementação do modelo teórico proposto, há a necessidade de que o órgão responsável pela jurisdição constitucional seja autônomo.

No modelo dos tribunais constitucionais a autonomia é condição inexorável para o exercício da jurisdição constitucional, no sentido de que, sem liberdade plena, o tribunal constitucional não pode atuar em processos em que há interesses de outros poderes.

Essa autonomia se configura de duas formas: a) sob o ponto de vista externo, o órgão não deve se enquadrar na estrutura orgânica dos tradicionais poderes. No Brasil, como o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, a tentativa de compensação da autonomia externa se revela através da autonomia financeira, administrativa e política; b) sob o ponto de vista interno, a autonomia é concebida por intermédio de fatores que visam a assegurar o exercício da função jurisdicional de forma independente, que são conhecidas no modelo brasileiro como vitaliciedade, irredutibilidade vencimental e inamovibilidade. Especificamente nos tribunais constitucionais da Europa não há a vitaliciedade, uma vez que os juízes constitucionais exercem mandatos fixos e improrrogáveis.

No particular, é preciosa a lição de LOUIS FAVOREAU que, em clássica obra, entende como corte constitucional¹⁵⁹ aquele tribunal situado fora da estrutura orgânica do aparelho constitucional ordinário e ainda apresenta outras características comuns importantes como: a) geralmente as cortes constitucionais prosperaram em modelos parlamentaristas em que se adota o modelo de dualidade ou pluralidade de jurisdições; b) autonomia Constitucional com regras de independência sob o aspecto funcional e institucional; c) monopólio da corte constitucional do chamado contencioso constitucional. Aos juízes ordinários é defeso o conhecimento do contencioso em matéria constitucional; d) heterogeneidade dos juízes que compõem a corte. Não há exclusividade de composição por magistrados de carreira; e) atividade da corte com natureza jurisdicional. Os julgados assumem efeitos oponíveis contra todos e a autoridade do caso julgado; f) jurisdição situada fora do aparelho jurisdicional estatal.¹⁶⁰

No nosso entendimento, a necessidade de alteração do modelo hoje em vigor para o Supremo Tribunal Federal encontra respaldo, primeiramente, na necessidade de

¹⁵⁹ Segundo nota dos tradutores da obra, Favoreau utiliza as expressões Corte Constitucional e Tribunal Constitucional como sinônimas.

¹⁶⁰ FAVOREAU, Louis. *op. Cit.*, pp.27/33.

redução drástica do número de feitos processados e julgados pela Corte. Para isso, o seu lugar no organograma da justiça brasileira deve ser alterado, como será proposto no item a seguir. Segundo, como a forma de investidura de seus membros depende quase que exclusivamente do Poder Executivo, há a necessidade de que seja aberta uma participação mais efetiva de outros órgãos representativos das instituições do Estado Brasileiro, especialmente do Congresso Nacional, sob pena de que a autonomia desejada não seja de fato obtida. Terceiro, deve o Supremo Tribunal Federal assumir, de vez, o papel de Tribunal Constitucional, passando ao Superior Tribunal de Justiça as competências que seriam atribuídas ao órgão de cúpula do Poder Judiciário.

São estas as características comuns aos tribunais constitucionais¹⁶¹ que servirão de fonte segura para a proposta de reestruturação da jurisdição constitucional brasileira, notadamente, no que respeita à legitimidade do Supremo Tribunal Constitucional.

3.2. Supremo Tribunal Federal: organização atual e proposta de nova morfologia

O modelo brasileiro apresenta um grau de complexidade incomum quando contempla a convivência dos dois modelos de jurisdição constitucional analisados neste trabalho.

Conseqüentemente a realidade brasileira revela um Supremo Tribunal Federal que assume um papel singular, pois acumula algumas das competências típicas de um tribunal constitucional europeu, com algumas competências comuns aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

A posição atual do Supremo Tribunal Federal revela um status que é conseqüência do modelo misto de controle de constitucionalidade do Brasil.

É composto por onze membros escolhidos segundo critérios definidos na Constituição,¹⁶² que exige que o candidato possua profundo conhecimento jurídico e atributos morais que o credenciem para integrar a mais alta corte de justiça do país.

¹⁶¹ Em verdade a comparação das funções desempenhadas pelas diversas cortes constitucionais revela que não há um modelo que seja exatamente igual a outro. Por isso indicamos as características mencionadas por Favoreu como aquelas comuns a todos os modelos analisados pelo autor.

¹⁶² CRFB/88, artigo 101.

A aferição de tais requisitos passa por dois momentos distintos. O primeiro por ocasião da indicação do nome feita pelo Presidente da República ao Senado Federal. A segunda, no âmbito do Senado Federal, órgão responsável pela arguição pública realizada pela Comissão de Constituição e Justiça.

Será considerado aprovado o candidato que obtiver o voto favorável da maioria absoluta dos membros do Senado Federal. A nomeação caberá ao Presidente da República através de decreto autônomo, e a posse ficará a cargo do próprio Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, uma espécie de tribunal constitucional. Acumula as competências típicas de um autêntico tribunal constitucional com todos os encargos da última instância do Poder Judiciário.

Como órgão de cúpula, o Supremo Tribunal assume uma feição de uma típica Corte Suprema, ou seja, instância máxima do Poder Judiciário responsável pelo processamento de recursos em matéria constitucional acumulada com competência recursal ordinária. Assemelha-se à Suprema Corte dos Estados Unidos, com algumas diferenças determinantes, uma delas minimizada, pois somente no final do ano de 2004 foi instituída a previsão de atribuição de força vinculante aos precedentes em matéria constitucional.¹⁶³

Por outro lado o Supremo Tribunal Federal processa e julga ações diretas de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que são espécies de ações típicas de um modelo de controle concentrado.

Além das ações diretas e dos recursos em matéria constitucional, cabe ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar outras espécies de ações originárias, como ocorre com os remédios constitucionais e, conseqüentemente, incluídos no rol de competências, com os recursos ordinários de decisões denegatórias proferidas em sede de remédios constitucionais por tribunais superiores.

¹⁶³ Emenda Constitucional n° 45, de 8 de dezembro de 2004.

Diante de uma extensa lista de competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, conclui-se facilmente que nosso órgão de cúpula recebe uma carga de processos que inviabiliza seu satisfatório funcionamento.¹⁶⁴

O quadro acima, no nosso entendimento, é seriamente agravado diante de uma Constituição analítica em excesso, que atribui roupagem constitucional a matérias que não mereceriam o status do instrumento a que aderiram.¹⁶⁵

A excessiva concentração de competências no Supremo Tribunal Federal e o procedimento observado para indicação dos membros da Corte contribuem decisivamente para a sua ineficiência em um cenário de inexpressiva legitimidade democrática do órgão.

É preciso que seja deflagrado um processo que vise ao aperfeiçoamento do nosso modelo e resgate a dignidade institucional do Supremo Tribunal Federal transformando-o em autêntico tribunal constitucional, deixando para o Superior Tribunal de Justiça as competências que seriam próprias do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Reconhecemos que está em curso um processo de concentração de competências constitucionais, o qual vem ao encontro do que defendemos, especialmente no que tange à abertura do procedimento e à necessidade de uniformização da jurisprudência constitucional, mas que precisa ser aprofundado no sentido de compatibilizar o Supremo Tribunal Federal com o modelo adotado pela maioria dos países que organizam seu sistema judiciário sob os princípios da família romano-germânica.

Para tanto, há a imperiosa necessidade de se atribuir ao Supremo Tribunal a colocação de regras de composição mais compatíveis com a feição de um típico tribunal constitucional, reservando à jurisdição ordinária, especialmente aos tribunais superiores, as matérias incompatíveis com o novo papel proposto.

Sobre a questão posiciona-se ALEXANDRE DE MORAES:

“Há, portanto, urgente necessidade de alteração dessa situação, possibilitando-se que o STF possa exercer tão-somente as funções precípua de uma Corte de Constitucionalidade, dirigindo seus trabalhos para a finalidade básica de preservação da supremacia constitucional e defesa intransigente dos direitos fundamentais, de

¹⁶⁴ Segundo informação dada pela Revista Veja (Edição n° 1.922, ano 38, n° 37, de 14 de setembro de 2005, p. 92) o Supremo Tribunal Federal julga anualmente em média 101.000 (cento e um mil) processos, enquanto que a Suprema Corte dos Estados Unidos, no mesmo período, processa e julga em torno de 80 (oitenta) feitos.

¹⁶⁵ Incrivelmente o texto constitucional brasileiro abriga disposições como o § 2° do artigo 242, a saber: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

maneira que possa, juntamente com os Poderes Executivo e Legislativo, participar da condução dos negócios do Estado.”¹⁶⁶

As alterações a seguir sugeridas visam a compatibilização do modelo atual com as características apontadas neste trabalho, com as necessárias adaptações à realidade brasileira, uma vez que não se cogita a abolição do modelo de jurisdição constitucional difusa.

Portanto, nesses termos, a proposta é de que, por meio da apresentação de uma proposta de emenda constitucional, seja o Supremo Tribunal Federal transformado em um típico tribunal constitucional, com um rol de competências em caráter originário reduzida: a) às ações de controle de constitucionalidade; b) à tutela dos direitos fundamentais somente através da argüição de descumprimento de preceito fundamental que teria o rol de legitimados ampliado para contemplar os cidadãos, de modo a aproximá-la da sistemática adotada pelos alemães e espanhóis, respectivamente, no recurso constitucional e de amparo; c) ao papel de típico tribunal da federação e da preservação da autonomia dos poderes constituídos; d) e, reservada ao Tribunal Constitucional brasileiro, a fiscalização dos procedimentos típicos de democracias representativas, o que representaria a extinção do Tribunal Superior Eleitoral.

No que respeita à competência em caráter recursal, seria reduzida à possibilidade excepcional de manejo do recurso extraordinário com os requisitos de admissibilidade atualmente estabelecidos. A previsão de manejo do recurso extraordinário deve-se à manutenção da jurisdição constitucional difusa exercida pela judicatura ordinária.

Obviamente a transformação do Supremo Tribunal Federal em um tribunal constitucional resultaria na transferência de competências típicas da jurisdição ordinária para o Superior Tribunal de Justiça, que passaria à condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário.¹⁶⁷

WALBER DE MOURA AGRA ensina:

“Não é o objetivo aqui esposado tolher o controle difuso de constitucionalidade e adotar de forma exclusiva o sistema

¹⁶⁶ MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 287.

¹⁶⁷ Cf. AGRA, Walber de Moura. *Op. cit.*, p.279.

concentrado. A riqueza do controle de constitucionalidade brasileiro é a existência concomitante de ambos os sistemas. A proposta é tornar o Supremo Tribunal Federal um tribunal constitucional, com as atribuições da jurisdição ordinária entregues ao Superior Tribunal de Justiça. Os juízes das instâncias inferiores continuariam a exercer normalmente esse controle.”¹⁶⁸

Consolidando sua condição de tribunal constitucional nacional, segundo o modelo proposto neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal sairia da estrutura orgânica do aparelho estatal convencional e passaria à condição de instância independente da jurisdição ordinária, como também dos outros poderes constituídos.

Com isso, restaria garantida a autonomia externa, medida salutar e necessária para o exercício da jurisdição constitucional, segundo o modelo que tem prevalecido nos tribunais constitucionais da Europa, à exceção do tribunal constitucional alemão, órgão que integra o Poder Judiciário daquele país.

Necessariamente deverá ocorrer uma alteração radical das regras de composição da Corte, com a divisão em partes iguais das indicações entre os três poderes e a obrigatoriedade de observância de um quorum mínimo de dois terços dos membros do Congresso Nacional para a aprovação dos nomes indicados.

Compatibilizando a proposta de acordo com o modelo apresentado neste trabalho, a proposta de Emenda Constitucional deve contemplar a instituição de um mandato fixo e improrrogável para o exercício dessa judicatura excepcional, entre nove e doze anos, como ocorre com a maioria dos tribunais constitucionais europeus.

Certamente as limitações impostas neste trabalho, uma vez que se volta para o estudo da medida cautelar no controle concentrado de constitucionalidade, não nos permitirão um maior aprofundamento das questões relativas à proposta, cujas linhas principais foram apresentadas.

No entanto, como tem sido colocado ao longo do texto, as alterações mencionadas, as quais não estão imunes às críticas, constituem uma tentativa de conserto do modelo hoje existente.

¹⁶⁸ AGRA, Walber de Moura. *op. cit.*, p. 281.

Estamos convencidos de que a preservação do modelo difuso, com a definição do Supremo Tribunal Federal como um autêntico Tribunal Constitucional, é um caminho mais adequado.

Cabe à jurisdição ordinária a solução do contencioso, inclusive o constitucional, no processamento de feitos sob sua responsabilidade. Mas cabe também ao Tribunal Constitucional a última e, em alguns casos, a única palavra no que respeita à interpretação, validade e aplicação da Constituição. Para isso, deve ser provocado apenas para o processamento de feitos de repercussão geral e aqueles que são caros ao Estado Democrático, todos eles elencados na Constituição como de sua competência.

A partir do próximo capítulo faremos nossas considerações todas voltadas para a medida cautelar em sede de controle concentrado de constitucionalidade, cuja competência cabe, por disposição constitucional expressa, ao Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO IV

DA MEDIDA CAUTELAR NAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

É conhecida a problemática do tempo no âmbito da relação jurídica processual.

Identificado por MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH¹⁶⁹ como um dos sérios obstáculos ao acesso à justiça, não há como negar que o processo se desenvolve inevitavelmente através da passagem do tempo.

O próprio modo de ser do processo, que é formal por natureza, enseja a realização de uma série de atos coordenados voltados para produção de um ato final cujo desiderato é de pôr fim ao conflito de interesses deduzido em juízo.

Em regra, para a produção do ato final do processo, requer-se o exaurimento das possibilidades e faculdades atribuídas às partes, isso a depender do grau de complexidade da demanda deduzida em juízo e ainda, dependendo do modelo, das inúmeras possibilidades de manejo das espécies recursais que impedem em muitos casos uma prestação jurisdicional célere.

Como se trata de uma relação jurídica continuada e formal, por vezes, a produção do ato de cunho decisório pode demorar mais do que o desejado, podendo inviabilizar ou dificultar a tutela requerida pela parte prejudicada pela demora.

É certo que a duração demasiadamente prolongada do processo constitui um dos fatores determinantes na formação de um sentimento coletivo de descrença no aparelho judiciário.

O procedimento ordinário, modelo padrão do que pode ser chamado de *tutela definitiva*, pautado notadamente pelo *princípio da segurança jurídica*, sempre foi notabilizado, por diversas razões, pela morosidade e ineficácia.

¹⁶⁹ Para os autores a demora por uma decisão efetiva é um dos principais óbices ao acesso à justiça. Sobre o tempo no processo afirmam: “Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a

A fase atual em que se encontra particularmente o processo civil brasileiro permite-nos, com o auxílio da doutrina mais abalizada, a identificação de espécies de tutela jurisdicional que passam a conviver com a tradicional classificação da tutela processual de direitos subjetivos (conhecimento, executiva e cautelar)¹⁷⁰, a saber, resta claramente definida, diante dos meios processuais voltados para cognição sumária em nosso modelo, uma espécie de tutela jurisdicional que pode ser denominada de *tutela provisória*.¹⁷¹

Marcada pela precariedade, portanto sujeita a alterações no curso do processo, a tutela provisória encontra no *princípio da efetividade* seu vetor precípua. Para ser efetivo o processo precisa servir como instrumento de resposta rápida e segura para as demandas judiciais em curso, especialmente diante de situações fáticas que possam causar potenciais danos, se sujeitas a lapso temporal prolongado.

Destarte, com vistas a conferir maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional em determinadas situações e desde que preenchidos determinados requisitos, a legislação processual passou a admitir a concessão de medidas judiciais antes do desfecho normal do processo.¹⁷²

Em um primeiro momento a solução parecia recair sobre a tutela cautelar, tradicionalmente instrumental e conservativa, mas que passou a ser utilizada indistintamente com claro propósito satisfativo ou antecipatório. Diante do desvio de finalidade decorrente das tentativas de abreviação do tempo, outras medidas foram

que teriam direito.” CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre: 1988, p. 20.

¹⁷⁰ As recentes reformas na legislação processual civil revelam mudança no paradigma tradicional com a superação da distinção entre os processos de conhecimento e de execução. A Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005 introduziu no modelo brasileiro a fase de cumprimento da sentença, fazendo com que o reconhecimento do direito e sua efetivação prática ocorram no bojo de uma relação jurídica processual única e contínua. No entanto, a classificação tradicional acolhida pelo projeto original do Código de Processo Civil brasileiro, ao menos sob o ponto de vista didático, conserva sua importância, uma vez que há a possibilidade de propositura de processo executivo sem prévio processo de conhecimento, como ocorre com a execução de títulos executivos extrajudiciais. Ademais, a nova sistemática não se aplica à execução contra a Fazenda Pública, conforme dispõe a nova redação dada ao artigo 741 do CPC.

¹⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 26-27.

¹⁷² Para Humberto Theodoro Júnior: “No estágio atual das garantias constitucionais do processo, exercem as tutelas de urgência relevantíssimo papel tendente a promover a plenitude do acesso à Justiça e a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo. Não podem, por isso, ser vistas como simples faculdade que o juiz possa usar ou não, de maneira discricionária.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Jurisdicional de Urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 22)

introduzidas aos diversos modelos processuais, a fim de se evitar o uso indiscriminado e inadequado da tutela cautelar.

As soluções encontradas por diversos modelos processuais resultaram na concepção de novas tutelas diferenciadas, ora voltadas para simplificação ou sumarização do procedimento com relativo prejuízo à cognição exauriente, ora voltadas para preservação da utilidade e efetividade da tutela jurisdicional por meio de medidas conservativas ou antecipatórias.¹⁷³

As medidas de urgência podem apresentar cunho antecipatório ou assecuratório, ou seja, podem servir como meio de antecipação dos efeitos da própria tutela jurisdicional deduzida no pedido ou como forma de se assegurar a utilidade da efetivação de outra espécie de tutela judicial (finalidade útil de outra relação processual quer seja de natureza executiva ou cognitiva).

No contexto apresentado acima, enquadram-se a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, a ação cautelar e as liminares concedidas em procedimentos especiais.

Tais medidas se diferenciam no que respeita a possibilidade de satisfação da pretensão deduzida, podendo permitir ou não a realização do direito material de forma antecipada.

O caráter satisfativo da tutela jurisdicional antecipada impõe a observância de requisitos mais rígidos para sua concessão, que se baseia em um juízo prévio de probabilidade, restando a consolidação do juízo de certeza para a prolação da sentença como ato final do processo na instância ordinária.

É importante destacar que a antecipação recai sobre os efeitos da tutela jurisdicional, uma vez que a tutela propriamente dita, ou seja, a proteção estatal ao titular de uma posição jurídica considerada vantajosa em relação a outra parte, será concluída com a produção do ato final da relação jurídica processual. Portanto, a tutela confunde-se com a providência judicial requerida pela parte autora, que pode ser de natureza condenatória, declaratória ou constitutiva, enquanto que a antecipação dos efeitos busca a abreviação do caminho a ser percorrido até o fim do processo através da concessão liminar dos efeitos práticos.

¹⁷³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Quanto à medida cautelar, corresponde a uma tutela jurisdicional não-satisfativa, pois não visa a solução do conflito, que será resolvido em outra relação processual (de conhecimento ou executiva). A finalidade da tutela cautelar é exatamente assegurar a viabilidade de um processo futuro ou da tutela de mérito. Como dizem alguns, possui caráter conservativo.

É de conhecimento generalizado que a tutela cautelar possui natureza instrumental e caráter não satisfativo, e é notabilizada por algumas características próprias, como a instrumentalidade, a provisoriedade e a revogabilidade. São medidas que têm por escopo assegurar a efetividade de outra espécie de tutela sem que, para isso, realize de forma integral o direito material, podendo ser revogadas, modificadas ou substituídas a qualquer momento.¹⁷⁴

No particular, a lição de PIERO CALAMANDREI¹⁷⁵, ao se referir à instrumentalidade como característica típica dos procedimentos cautelares:

“Essas considerações permitem compreender aquela que me parece, [sic] é a nota típica dos procedimentos cautelares: os quais não são nunca o fim em si próprios, mas são infalivelmente predispostos à emanção de um ulterior procedimento definitivo, do qual estes preventivamente asseguram o proveito prático. Estes nascem, por assim dizer, a serviço de um procedimento definitivo, com a função de predispor o terreno e de preparar os meios mais adequados para o seu êxito.”

O chamado “poder geral de cautela” possui sede constitucional, permitindo ao magistrado o poder-dever de determinar qualquer medida de urgência, destinada a preservar a efetividade da função jurisdicional.

Em verdade, o que se convencionou chamar de “Poder Geral” constitui corolário lógico inerente ao próprio exercício da jurisdição, devendo o magistrado intervir

¹⁷⁴ Apesar de a instrumentalidade ser uma das características apontadas pela doutrina para as medidas cautelares, existem algumas medidas de natureza cautelar que são deferidas sem qualquer referibilidade a futura tutela principal, como ocorre com as cautelares inominadas de interpelação ou protesto e a produção antecipada de provas.

¹⁷⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p.41.

todas as vezes que a efetividade de uma tutela futura estiver ameaçada, ou, até mesmo, com base em um juízo mais aprofundado, antecipar os efeitos de futura concessão meritória.¹⁷⁶

Portanto, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, atua esta espécie de tutela jurisdicional, que, sem satisfazer o direito material invocado, garante o fim útil de uma tutela de caráter satisfativo, seja de conhecimento ou para atuação prática de norma jurídica concreta definida no processo de natureza eminentemente cognitiva.

É importante ressaltar que o processo cautelar corresponde a importante instrumento de proteção do processo.

Considerando o caráter instrumental e conservativo, a medida cautelar refere-se sempre ao provimento definitivo, pelo que se destina a assegurar sua efetividade ou utilidade.¹⁷⁷

No que respeita às liminares concedidas em procedimentos especiais, como no caso do mandado de segurança e da ação civil pública, a depender do disposto no pedido liminar, poderão configurar-se como verdadeiras medidas antecipatórias ou medidas de natureza cautelar.

Há situações em que se evidencia a referibilidade a um pedido final, nessas situações a medida liminar concedida no bojo do procedimento terá natureza cautelar, pois servirá como garantia para o resultado final da demanda, e não como meio de assegurar a satisfação antecipada do direito postulado.

Nos casos em que possuem natureza satisfativa, os efeitos da tutela liminar coincidem com a pretensão que constitui o objeto da demanda.

Lógica semelhante, relativamente aos efeitos deletérios da passagem do tempo nos procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade, tem pautado o modelo brasileiro e as alterações legislativas recentes, *e.g.*, a previsão da concessão de medida cautelar e a respectiva repercussão dos efeitos decorrentes do deferimento da

¹⁷⁶ Segundo Teori Albino Zavascki, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: 2001, p.61: “Assim, a Lei 9.868, de 10.11.1999, ao reconhecer o cabimento de ‘medida cautelar’, tanto para as ações diretas de inconstitucionalidade (arts. 10 a 12), quanto para as ações declaratórias de constitucionalidade (art. 21), nada mais fez do que explicitar um poder que o Supremo Tribunal Federal já detinha por força da própria Constituição. A crítica que se pode fazer a essa lei, especialmente ao art. 21, é, ao contrário, a aparente restrição injustificada que impõe, ao poder geral de cautela nas ações declaratórias, empecilho superável, conforme se verá, com o abandono da interpretação puramente literal, de modo a dar ao dispositivo uma compreensão que lhe empreste conformidade ao sistema constitucional.”

¹⁷⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 2ª ed.a. São Paulo: 2005.

medida. Ademais, como visto anteriormente, desde que feito o pedido de medida liminar, poderá ocorrer uma espécie de sumarização do rito previsto, com a possibilidade de remessa do processo diretamente para julgamento do mérito pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, desde que atendidos os pressupostos legais estabelecidos.

Esses são exemplos de medidas que revelam a preocupação do legislador com a celeridade no processo de controle concentrado, o qual, a despeito de sua natureza objetiva, deve possuir mecanismos sumários de tutela da Constituição.

Quanto à natureza jurídica, entendemos, como será mais adiante demonstrado, que, no caso da medida cautelar prevista nos procedimentos da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da argüição de descumprimento de preceito fundamental, por se tratar de medida liminar deferida no bojo de procedimentos especiais, ostenta a feição predominante de medida antecipatória, uma vez que a concessão da medida coincide em grande medida com o pedido de mérito.

4.1. Medida cautelar nas ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade do modelo brasileiro

Para o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade prevê a Lei n° 9.968/99 a possibilidade de concessão de “medida cautelar”, observada a maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, dotada de eficácia contra todos e efeitos *ex nunc*, salvo manifestação expressa em sentido contrário.¹⁷⁸

Em verdade, a previsão legal acima mencionada regulamentou os dispositivos constitucionais que estabelecem como competência do Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento de medidas cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade.

A medida cautelar na ação direta será concedida por decisão de pelo menos seis membros do Supremo Tribunal Federal, quando, provocados com pedido de concessão

¹⁷⁸ Art. 11, § 1°, da Lei n° 9.868/99.

da medida, os ministros entenderem pela presença da fumaça do bom direito e do perigo na demora.

No período de recesso, a decisão pode ser dada pelo Presidente do Tribunal e ficará sujeita à confirmação do Tribunal Pleno, quando do retorno das atividades.

Existe a possibilidade de concessão da medida sem a audiência prévia do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República, no entanto, o curso normal do procedimento prevê a manifestação de ambos, no prazo sucessivo de três dias.

Conforme analisado anteriormente, a lei 9.868/99 estabelece uma possibilidade de conversão do julgamento da medida cautelar em julgamento do mérito da ação direta. Na hipótese prevista no artigo 12 do referido diploma legal, o relator poderá submeter a questão diretamente ao Pleno, quando entender pela relevância da matéria e o seu especial significado para a ordem jurídica e social.

Antes de remeter o processo para o Pleno, deve o relator notificar o órgão responsável pela edição da lei ou do ato normativo para prestar as informações de praxe no decêndio legal, como também aguardar a manifestação do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República, no prazo sucessivo de dez dias.

A medida cautelar é dotada de força vinculativa, ou seja, a obrigatoriedade da decisão liminar em sede de ação direta de inconstitucionalidade vincula todos os tribunais e todas as autoridades administrativas, pois torna aplicável a legislação anterior acaso existente, impedindo, também, que a lei ou o ato normativo suspensos liminarmente continuem a reger as relações jurídicas até o julgamento do mérito da ação.

Em verdade a concessão da medida liminar, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, resulta na suspensão provisória da eficácia da lei ou do ato normativo, diante da constatação da ocorrência de prejuízo que possa causar danos irreparáveis decorrentes da demora da prestação jurisdicional por parte da Corte Constitucional associada à plausibilidade jurídica da tese defendida pelo legitimado.

A suspensão da eficácia normativa da norma impugnada compromete diretamente a validade da norma objeto da ação direta, ainda que de forma provisória, impedindo que decisões judiciais sejam proferidas na via difusa, à revelia do comando antecipatório do Supremo Tribunal Federal.

Dada a força vinculativa, é possível o manejo da reclamação constitucional para preservação da autoridade da decisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁷⁹

Além da força vinculativa, a decisão cautelar possui eficácia *ex nunc*, pois somente começa a produzir efeitos com a publicação da decisão no Diário da Justiça da União. Em casos excepcionais e por decisão expressa do Supremo Tribunal Federal, a decisão pode produzir efeitos retrospectivos, o que comumente é denominado de eficácia *ex nunc*.

Além dos efeitos acima mencionados, a decisão cautelar também torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo se o Supremo Tribunal Federal decidir de forma contrária.¹⁸⁰

Quanto à ação declaratória de constitucionalidade, o artigo 21 assim determina:

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Como constatamos da análise da dicção legal, ao Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do pedido liminar no procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, foi atribuída a possibilidade de determinar a suspensão de feitos em tramitação nas instâncias ordinárias.

Vê-se claramente que o dispositivo em comento não veda à Corte Constitucional brasileira a opção pela ratificação, ainda que a título precário, da constitucionalidade da norma objeto da ação declaratória, antecipando, assim, os efeitos práticos de futura decisão de mérito, e, com isso, afastando o exercício do controle difuso de constitucionalidade com eficácia oponível contra todos.

¹⁷⁹ CRFB/88, art. 102, I, p.

¹⁸⁰ Lei nº 9.868/99, art. 11, §2º.

Como a concessão da medida cautelar, no nosso entendimento, nada mais é do que uma medida de natureza antecipatória, ela representa uma espécie de declaração provisória de inconstitucionalidade, no caso da ação direta, ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo, no caso da ação declaratória, robustecida pela necessidade de uma decisão mais rápida, em função do perigo de dano irreparável ou de reversibilidade fática impossível.

Como veremos, os efeitos obtidos com a concessão da referida medida correspondem, quase que integralmente, ao que seria obtido com a decisão de mérito.

No caso da ação declaratória de constitucionalidade, a decisão cautelar também repercute nos processos em curso na jurisdição ordinária, só que com propósito diverso. Como a finalidade da ação é justamente a ratificação da validade da norma, a decisão cautelar implicará a determinação de suspensão dos feitos em que a aplicação da lei ou do ato normativo federal vem sendo questionada.

No entanto, é possível que o processo em curso na jurisdição ordinária prossiga seu curso normal, ainda que a decisão cautelar tenha sido concedida. Essa possibilidade pode ocorrer desde que o órgão julgador afaste a possibilidade de impugnação da norma objeto da ação e decida preservando a validade do dispositivo.

É que, ao contrário do que ocorre na ação direta, na ação declaratória a decisão cautelar não suspende a norma objeto da ação. Pelo contrário.

A medida cautelar ratifica, ainda que de forma provisória, a presunção de constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal, com força vinculativa e eficácia oponível contra todos, o que permite o manejo da reclamação constitucional da mesma forma como ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade.

Como veremos a seguir, resta como corolário lógico da supremacia constitucional e da manutenção de sua rigidez que as decisões - liminares e meritórias - em sede de controle de constitucionalidade sejam dotadas de força obrigatória e devam, necessariamente, ser obedecidas pelos Poderes do Estado e pela sociedade em geral.¹⁸¹

¹⁸¹ Teori Albino Zavascki, *Op. Cit. P.66* explica: “É inerente à liminar a obrigatoriedade do seu atendimento pelos destinatários, sem o que não se atingirá o seu desiderato de arrear eficazmente o *periculum in mora*. Não se pode imaginar, por isso mesmo, que a Constituição tenha atribuído ao Supremo Tribunal Federal a competência para determinar liminarmente as providências destinadas a combater os riscos à efetividade da futura sentença sem dotar tal provimento de carga impositiva e obrigatória; ou que tenha negado ao Tribunal as armas necessárias para enfrentar o referido combate. Em outras palavras, a liminar, como a sentença final,

A análise dos efeitos decorrentes da decisão cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na argüição de descumprimento de preceito fundamental será feita mais à frente com mais vagar e detalhamento.

Antes disso, passaremos à análise da medida liminar prevista no procedimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

4.2. Medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental

A lei nº 9.882/99 prevê a possibilidade de concessão de medida liminar, desde que observada a maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal, salvo em caso de urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, durante o recesso, sendo possível o deferimento da medida pelo relator, *ad referendum* do Plenário.¹⁸²

Pode a liminar “consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”¹⁸³.

No caso da argüição de descumprimento de preceito fundamental, dada a abrangência de seu objeto e de sua natureza distinta, se comparada às demais ações analisadas neste trabalho, o legislador optou por uma maior abertura no disciplinamento da medida liminar. Essa abertura legal permite que o teor da decisão se adapte às possibilidades de pedidos e objetos permitidos.¹⁸⁴

tem força vinculante, e sua inobservância dá ensejo à utilização pelos legitimados a promover a demanda do instrumento da reclamação.”

¹⁸² Art. 5º. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrente da coisa julgada.

§ 4º (VETADO).

¹⁸³ Lei nº 9.882/99, art. 5º, § 3º.

¹⁸⁴ Afirmamos que a Argüição de descumprimento de preceito fundamental é de natureza singular, pois, apesar de fazer parte do rol de ações concentradas, seu objetivo é, em última análise, a tutela de direito

O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal delimita didaticamente as possibilidades de manejo da medida liminar na argüição, a saber:

“Além da possibilidade de decretar a suspensão direta do ato impugnado, admite-se na cautelar prevista para a argüição de descumprimento a determinação de que os juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou efeito de decisões judiciais ou de qualquer outra medida que guarde relação com a matéria discutida na ação (art. 5º, § 3º), tal como requerido. Confere-se, assim, ao Tribunal um poder cautelar expressivo, impeditivo da consolidação de situações contra a possível decisão definitiva que venha a tomar. Nesse aspecto, a cautelar da ação de descumprimento de preceito fundamental assemelha-se à disciplina conferida pela Lei nº 9.868, de 1999, à medida liminar na ação declaratória de constitucionalidade (art. 21). Dessa forma, a liminar passa a ser também um instrumento de economia processual e de uniformização da orientação jurisprudencial.

Na espécie, é plausível que a concretização de todas as decisões judiciais que buscam a aplicação do dispositivo questionado (art. 34 do Regulamento do IDESP) possa comprometer as finanças do Estado (sucessor da autarquia), além de acarretar dificuldades para o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal que fixa limite máximo de comprometimento do Executivo nos gastos com pessoal.

Assim, em vista da urgência que o assunto requer, dado o perigo de lesão grave às contas públicas do Estado, **defiro a liminar, ‘ad referendum’ do Pleno** (Lei nº 9.882, de 1999, art. 5º, § 1º), para determinar a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais que versem sobre a aplicação do dispositivo ora questionado, até o julgamento final desta ADPF.”¹⁸⁵

A repercussão da medida liminar nos feitos em curso nas instâncias inferiores, típica da argüição em seu rito incidental, é digna de elogios na medida em que possibilita a rápida resposta do Excelso Pretório aos pedidos justificados pelo perigo de lesão irreparável e dependente de pronta solução.

Ressalva importante protege os casos julgados da decisão preferida em sede liminar, impedindo assim que decisões já consolidadas pela formação da autoridade da

subjetivo. Diante desse caráter híbrido da argüição, o tratamento que o legislador deu à medida liminar foi acertadamente comedido e aberto, pois, com isso, é possível o manejo da liminar em todas as possibilidades permitidas pela Lei nº 9.882/99.

¹⁸⁵ STF-Pleno- ADPF 33-5-PA. rel. min. Gilmar Mendes, julgamento 7.12.05, *DJ* 27.10.06, p.31.

coisa julgada sejam alteradas ou tenham sua execução impedida por força de decisão liminar proferida no bojo do procedimento da argüição.¹⁸⁶

Recentemente o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão de repercussão da decisão liminar em casos julgados. Em decisão concedida pelo ministro NELSON JOBIM, então presidente do Tribunal, foi deferida medida liminar no sentido de suspender todos os processos em curso, como também os efeitos de decisões judiciais que tratavam sobre a elevação dos vencimentos de professores do Estado de Pernambuco com base no princípio da isonomia.¹⁸⁷

¹⁸⁶ A proteção aos casos julgados não é absoluta na medida uma vez que não há restrição legal aos efeitos da decisão de mérito na argüição. É possível supor, portanto, que uma decisão de mérito possa vir a atingir os efeitos decorrentes da coisa julgada.

¹⁸⁷ STF-Pleno- ADFP 79, rel. min. Cezar Peluso, decisão(ainda não publicada) 18.6.07. A seguir a transcrição de trecho do Informativo nº 472 do STF: ADFP: Concessão de Liminar e Coisa Julgada - 1

O Tribunal, por maioria, dando provimento a agravo regimental, referendou, parcialmente, liminar concedida pelo Min. Nelson Jobim em argüição de descumprimento de preceito fundamental — ajuizada pelo Governador do Estado de Pernambuco contra decisões do TJ/PE e do TRT da 6ª Região —, para determinar que sejam excluídos da eficácia suspensiva dessa liminar os provimentos judiciais já revestidos por coisa julgada. Na espécie, o Min. Nelson Jobim, *ad referendum* do Plenário, concedera a liminar para determinar a suspensão de todos os processos em curso, inclusive as eventuais execuções, e dos efeitos de decisões judiciais que tratassem da elevação dos vencimentos de professores do Estado de Pernambuco com base no princípio da isonomia no contexto do debate jurídico exposto nessa decisão. A agravante, parte num dos processos suspensos pela liminar, sustentava que: a) o benefício salarial concedido aos professores estaria previsto em lei complementar estadual, o que afastaria a incidência do Enunciado da Súmula 339, do STF; b) a liminar não poderia atingir processos cujas sentenças transitaram em julgado. O Tribunal, por maioria, conheceu do recurso. Salientou-se, inicialmente, a necessidade de se revisar a jurisprudência da Corte segundo a qual não se admite agravo contra decisões monocráticas sujeitas a referendo do órgão colegiado (RISTF, art. 21, V). Afirmou-se que tal posicionamento partiria de premissa equivocada, qual seja, a de que o juízo cognitivo do reexame necessário e do recurso incidiriam sobre campos lógico-jurídicos idênticos, resultando decisões de idêntico conteúdo. Ressaltou-se haver diferenças consideráveis entre ambos, porquanto, no reexame necessário, o juízo decisório recairia apenas sobre as questões decididas na liminar, enquanto que o campo cognitivo do juízo que exercesse a Turma ou o Plenário, no julgamento simultâneo de agravo, poderia ser mais amplo.

ADPF: Concessão de Liminar e Coisa Julgada - 2

Esclareceu-se que o agravo, como via impugnativa, possuiria pretensão específica que, deduzida pelo recorrente, tenderia à cassação ou à reforma da decisão impugnada, sendo que tal pretensão traria à base, ou costumaria trazer, fundamentos de fato e de direito que, compondo a causa de pedir recursal, poderiam exprimir ou representar razões particulares, isto é, próprias da parte, que, de outro modo, eventualmente não seriam levados em conta pelo órgão julgador. Dessa forma, a admissibilidade do agravo permitiria ao órgão colegiado analisar questões e argumentos que, reputados relevantes pelo recorrente e compreendidos nos limites da cognição do caso submetido a julgamento, poderiam ditar juízo decisório de teor diverso daquele que, sem essa contribuição da parte, adviria apenas do reexame das questões suscitadas ou aventadas pelos próprios julgadores. Asseverou-se que essa possibilidade seria de todo o interesse da função jurisdicional, haja vista que o órgão julgador não poderia deixar de apreciar ponto ou questão cuja solução fosse apta a modificar a conclusão que teria sem considerá-los, a fim de atender ao corolário da garantia da fundamentação necessária das decisões (CF, art. 93, IX). Os Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau fizeram ressalva de não se comprometerem com a tese, mas aduziram que a matéria em questão seria relevante e mereceria o exame do Plenário. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence, que não conheciam do recurso, mantendo a jurisprudência da Corte.

Com essa decisão, foram suspensos todos os feitos, inclusive as execuções fundadas em títulos judiciais transitados em julgado.

A liminar foi referendada, por maioria, pelo Pleno que ressaltou, no entanto, por força de dispositivo legal expresso¹⁸⁸, que a suspensão não deveria atingir decisões transitadas em julgado.

A vedação legal homenageia o princípio da segurança jurídica, pois não seria razoável supor que decisões proferidas com base em cognição sumária pudessem atingir um dos institutos mais caros para o processo como é o exemplo da coisa julgada.

Com base na natureza híbrida da argüição, a questão relativa à definição da natureza jurídica da medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental assume contornos de difícil sistematização teórica.

Ora a medida liminar assemelha-se sobremaneira às cautelares deferidas no bojo de ações diretas, notadamente nas hipóteses em que se busca a declaração de inconstitucionalidade, nesse caso, as observações relativas à natureza jurídica dessas medidas são pertinentes.

No entanto, a medida liminar na argüição pode representar qualquer medida que apresente relação com a matéria objeto do processo, o que pode remeter tanto a medidas de natureza predominantemente cautelar, no sentido tradicional do processo civil, ou a medidas de cunho satisfativo, antecipando os efeitos da futura tutela meritória.

4.3. Natureza jurídica das cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade

Diante da natureza instrumental da medida cautelar voltada para garantir a finalidade útil de outro processo, seria o caso de se questionar qual a verdadeira natureza

No mérito, entendeu-se que a decisão agravada não poderia ter atingido as decisões que já tivessem transitado em julgado (Lei 9.882/99, art. 5º, § 3º: “A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.”). Vencido, quanto ao mérito, o Min. Marco Aurélio, que não referendava a liminar e declarava o prejuízo do agravo por não vislumbrar, no caso concreto, um questionamento suficiente a respaldar a ADPF.

ADPF 79 AgR/PE, rel. Min. Cezar Peluso, 18.6.2007.

jurídica da medida prevista no artigo 10 da Lei nº 9.868/99, uma vez que o legislador optou pela nomenclatura de “medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade”.¹⁸⁹

Como dito acima, o legislador utilizou a expressão “medida cautelar” para identificar o provimento que será concedido no bojo do processo da ação direta de inconstitucionalidade antes, portanto, do julgamento do mérito.

Importa de plano destacar que a referida medida não servirá para viabilizar qualquer tutela jurisdicional a ser concedida em outro processo, uma vez que não será necessária outra tutela diferenciada.

Como se trata de uma tutela jurisdicional diferenciada, os efeitos da concessão da medida recairão sobre a própria eficácia da lei ou do ato normativo impugnado, portanto, com efeitos oponíveis contra todos, o que é próprio da jurisdição constitucional abstrata.

IVO DANTAS questiona a terminologia utilizada referindo como acertada a denominação escolhida pelo legislador no procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando relata:

“Apesar de toda esta utilização legal, em nosso entender, se trata de uma impropriedade técnico-científica, pois correto seria a expressão *Medida Liminar* (Lei nº 9.882/99, em seu art. 5º). Neste sentido, vale a lição de Luiz Orione Neto, no livro *Liminares no Processo Civil extravagante*, quando escreve: Malgrado a Carta Magna referir-se expressamente a pedido de medida cautelar é certo que de ação cautelar antecedente ou *incidenter tantum* a ação direta de inconstitucionalidade não se trata. Trata-se, isto sim, de uma medida requerida no bojo da ação direta de inconstitucionalidade, de caráter urgente e provisório, cuja função é suspender a vigência da lei ou de alguns de seus dispositivos, enquanto se julga a sua

¹⁸⁸ Lei nº 9.882/99, art.5º, § 3º.

¹⁸⁹ Art. 10. Salvo período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo impugnado.

constitucionalidade. Esta medida é a liminar, que neste caso, apresenta uma natureza cautelar.”¹⁹⁰

De fato a posição do autor está revestida de preciso rigor científico. Na verdade, a “medida cautelar”, nomenclatura utilizada pelo legislador, integra o gênero que se pode chamar de liminar em sentido *lato*, podendo ser de fato uma medida predominantemente antecipatória a ser concedida no bojo de um procedimento especial voltado para a manutenção da supremacia constitucional.

É certo, no entanto, que não há uniformidade quanto ao significado do termo, muitos autores nacionais consideram o termo segundo o momento em que a medida é concedida no decorrer da relação jurídica processual. FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA relatam:

“Por medida liminar deve-se entender medida concedida *in limine litis, i. é.*, no início da lide, sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, qual seja, o seu início. *Liminar* não é substantivo – não se trata de um instituto jurídico. Liminar é a qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*). Adjetivo, pois.”¹⁹¹

¹⁹⁰ DANTAS, Ivo, *O Valor da Constituição. Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 224/226. Segue o renomado autor, citando outro estudioso do tema para concluir: “Finalmente, Marcelo Lima Guerra (Estudos sobre o Processo Cautelar) leciona com grande precisão: inicialmente, cumpre observar que é bastante freqüente, assim em doutrina como em jurisprudência, confundir-se medida liminar com medida cautelar. É certo, porém, que tais expressões designam noções inconfundíveis, mesmo que se reconheça que há liminares que exercem função cautelar. Na realidade, uma medida (ou providência) é caracterizada como liminar com base em critério totalmente distinto daquele em função do qual se define uma medida como cautelar. Diz-se que uma medida é cautelar em razão da natureza da tutela jurisdicional prestada através dela. Medidas cautelares são, portanto, aquelas com as quais se presta tutela cautelar e contrapõem-se, segundo o mesmo critério classificatório, às providências declaratórias *lato sensu* (i.e., sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias) e às medidas executivas. Já na caracterização das medidas liminares é irrelevante a natureza da tutela jurisdicional. O critério aí empregado refere-se apenas à relação da liminar com a providência final do processo, qualquer que seja sua natureza. Dessa forma, a medida liminar é aquela concedida na fase inicial de um processo, como antecipação total ou parcial dos efeitos da providência à preparação da qual se instaura esse mesmo processo. Segundo este critério classificatório a medida ou providência liminar contrapõe-se à medida ou providência final de determinado processo.”

¹⁹¹ DIDIER, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. Oliveira, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil, Vol. 2*. Salvador: JusPodium, 2007, p.529.

Mantemos nosso entendimento acima esposado, a saber, consideramos, portanto, o termo *liminar* um gênero do qual são espécies as medidas cautelares, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e as liminares previstas nos procedimentos especiais, neste caso, medidas de caráter nitidamente antecipatório, como ocorre, *e. g.*, com a medida liminar concedida em sede de mandado de segurança.¹⁹²

Pelo que se depreende, a liminar em sede de ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental terá cunho satisfativo, ainda que parcial, característico das liminares concedidas em procedimentos especiais. É satisfativa porque sua concessão se confunde com a própria pretensão deduzida no pedido, que é a declaração de inconstitucionalidade com o conseqüente reconhecimento da nulidade da lei ou do ato normativo, ou a ratificação da presunção de constitucionalidade.

Assim, a denominada “medida cautelar”, em verdade, constitui um exemplo típico de medida antecipatória, uma vez que a finalidade pretendida é de que se proceda à imediata execução dos prováveis efeitos da futura tutela de mérito. Não se trata de medida voltada à proteção do processo ou de relação jurídica processual futura.

DARLAN BARROSO, ao escrever sobre a distinção entre medida cautelar, antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e liminares em sentido estrito, assevera:

“Por outro lado, as liminares são medidas antecipatórias concedidas em procedimentos especiais e com a observância de requisitos próprios do procedimento. Por exemplo: as liminares em ações possessórias, concedidas quando a ação for proposta contra força nova; os alimentos provisórios, concedidos nas ações de alimentos quando houver prova de parentesco e do dever de alimentar; a liminar em ação de nunciação de obra nova; nos embargos de terceiro; no mandado de segurança; entre outras.

¹⁹² A medida liminar no procedimento do mandado de segurança está prevista no inciso II, art. 7º, da Lei nº 1.533/51: “Ao despachar a inicial o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e o ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”. Essa medida é um caso muito bem sucedido de liminar satisfativa, portanto, tipicamente antecipatória, prevista pelo legislador brasileiro muito antes da introdução no sistema processual brasileiro da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional com a reforma realizada através da Lei nº 8.954/94. Antes da nova redação atribuída em 1994 ao artigo 273 do Código de Processo Civil, ainda em vigor, o exercício da tutela de urgência era restrito às medidas cautelares e às liminares de procedimentos especiais, como ocorre no caso do mandado de segurança, ação civil pública, ação popular, ações possessórias e no procedimento da ação direta de inconstitucionalidade.

Ressalte-se que as liminares são satisfativas, pois são concedidas no bojo do procedimento especial e não dependem da propositura ou andamento de outra ação, como ocorre com as cautelares.”¹⁹³

Como se verifica, a tutela de urgência prevista nos procedimentos das ações de controle concentrado de constitucionalidade está inserida no contexto das medidas liminares concedidas em procedimentos especiais, as quais possuem flagrante natureza antecipatória, devido à evidente similitude dos efeitos da suspensão da eficácia do dispositivo com a eficácia da decisão no caso de eventual procedência, o que evidenciaria a natureza satisfativa e antecipatória do provimento liminar.

No particular, doutrina TEORI ALBINO ZAVASCKI:

“Há, como se percebe, íntima relação de pertinência entre os conteúdos da medida liminar e o da futura sentença final. Os efeitos daquela – que resultam, conforme se tratar de ação direta ou de ação declaratória, em *suspensão* ou *imposição* da eficácia do preceito normativo objeto da demanda – coincidem com os que decorrerão da futura e eventual procedência da ação. Trata-se, destarte, de provimento de natureza antecipatória. Acentuou-se na jurisprudência do Supremo que, na ação direta, a concessão da medida cautelar importa um adiantamento provisório da prestação jurisdicional definitiva, cujos limites são os desta; ela antecipa os efeitos da futura declaração de uma inconstitucionalidade aparente ao primeiro exame.”¹⁹⁴

Portanto, em nossa opinião, advogamos que a “medida cautelar” apresenta os predicados típicos de uma autêntica medida liminar satisfativa de procedimento especialíssimo. É medida antecipatória, pois resulta na antecipação dos efeitos práticos da decisão de mérito.

O objetivo almejado através do pedido de tutela de urgência é sempre o mesmo, que é a antecipação de uma decisão que deveria ser tomada em momento processual posterior, porém, não podemos esquecer que a medida liminar trará consigo

¹⁹³ BARROSO, Darlan. *Manual de Direito Processual Civil. Teoria Geral e Processo de Conhecimento*. Barueri: Manole, 2003, p.304.

¹⁹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 62.

sempre um propósito conservativo, ainda que resulte na satisfação antecipada do pedido que somente viria com a decisão definitiva.

Predomina, no entanto, o cariz antecipatório diante da constatação de que a medida liminar deferida no bojo das ações típicas de controle concentrado visa, em última instância, a antecipar os efeitos da tutela meritória a ser deferida no desfecho do feito em andamento.

4.4. Requisitos para a concessão da medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade

Como se sabe, os cuidados que devem ser observados pelo juiz constitucional, quando do exercício da jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade, são fruto da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos editados pelo Poder Público, princípio de interpretação da Constituição que impõe ao julgador uma conduta prudente no sentido da manutenção da vigência da lei no ordenamento jurídico.

Conseqüentemente diante da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, a decisão deve ser precedida da análise de todas as possibilidades que possam garantir a preservação da validade da lei ou do ato normativo impugnado.

Nesse sentido, milita em favor das leis e dos atos normativos uma presunção, que na verdade é um típico princípio hermenêutico, o qual deve ser considerado pelo julgador como antecedente lógico para decisão cautelar e também para meritória.

A doutrina constitucionalista ensina, para que seja satisfatória a determinação do verdadeiro sentido e alcance das normas constitucionais, que deve o intérprete observar preliminarmente determinados princípios, considerados como verdadeiros vetores iniciais e precedentes à atividade interpretativa propriamente dita. Tais enunciados são comumente conhecidos como *princípios hermenêuticos*, que são enunciados lógicos para interpretação específica da Constituição.

Dentre os princípios hermenêuticos se destaca o *Princípio da presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais*, “postulado democrático, porque mantém estreita ligação com a idéia de representação popular no Parlamento. Afinal, as leis

preparadas pelo Congresso, ao menos em tese, manifestam a vontade soberana do povo, sendo apenas indiretamente manifestada pelos representantes políticos. Daí, portanto, a idéia de que o Poder Judiciário somente declare a inconstitucionalidade das leis, ou pelo menos só o deva fazer, quando é fora de toda a dúvida razoável a incompatibilidade vertical verificada entre o ato normativo e a Constituição de onde haure seu fundamento de validade”.¹⁹⁵

Como doutrina LUÍS ROBERTO BARROSO:

“O princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Poder Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável.”¹⁹⁶

Em verdade, as lições acima apresentadas têm sido há muito objeto de prudente avaliação por parte de nossa Corte Suprema, uma vez que sua atuação como *legislador negativo*, mesmo que liminarmente, impõe necessária cautela.

Não se pode cogitar, nem seria possível conviver-se com a possibilidade de invalidações ou suspensões de eficácia de espécies normativas infraconstitucionais, salvo nos casos de absoluta convicção quanto à sua incompatibilidade vertical.

THOMAS COOLEY nos deixa a célebre lição de que a dúvida acerca da constitucionalidade de uma lei jamais poderá ser motivo suficiente para que ela seja afastada do ordenamento jurídico: “É um dever de justo respeito à sabedoria, à integridade e ao patrimônio do corpo legislativo pelo qual passou uma lei presumir a favor de sua validade, até que a violação do Código fundamental seja provada de maneira que *não reste a menor dúvida razoável*”.¹⁹⁷

A propósito, é oportuna a clássica lição de CARLOS MAXIMILIANO:

“Todas as presunções militam em favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade em geral, não estão acima de

¹⁹⁵ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002, p. 141.

¹⁹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Saraiva. São Paulo:2003, p.188.

¹⁹⁷ COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Campinas: Russel, 2002, p.141.

toda a dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade. *Oportet ut res plus valeat quam pereat.*

Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando está evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de idéias apoiadas por juristas de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso de sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada.”¹⁹⁸

É justamente com esse espírito de prudência que deve agir a Corte Constitucional nos casos em que é solicitada a exercer tão relevante mister.

Em suma, em um estado federal, respeitados os limites de atuação legislativa de todos os entes federados, presumem-se constitucionais os atos do legislador devendo prevalecer o brocardo *in dubio pro legislatore*.

O Supremo Tribunal Federal tem há muito considerado a presunção relativa de constitucionalidade como um importante elemento limitativo da concessão de liminares requeridas no bojo do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade. Invariavelmente tem a Suprema Corte brasileira, exigido a presença cumulativa de requisitos determinados para que seja possível o deferimento da tutela liminar, que são, na verdade, a leitura feita pelo Supremo Tribunal Federal dos tradicionais requisitos genéricos exigidos para a concessão de medidas liminares, a saber: a) plausibilidade do direito invocado (*fumus boni juris*), traduzido na pertinência da tese de direito levantada na petição inicial da ação; e o b) perigo de prejuízo decorrente da demora da espera para o provimento final (*periculum in mora*), que pode ser substituído, especialmente nos casos de leis ou atos normativos em vigor por tempo considerável, pelo critério de conveniência para o bem comum.¹⁹⁹

¹⁹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 250.

¹⁹⁹ Confirma o entendimento esposado o Professor Zeno Veloso: “Para obter a liminar, o autor deve demonstrar o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito), isto é, a plausibilidade jurídica, a razoabilidade e pertinência das razões jurídicas que alega, o fundamento do pedido. Mas isso não basta. É preciso evidenciar

Diante da dimensão diferenciada dos efeitos, a concessão de tutela liminar no procedimento da ação direta de inconstitucionalidade exige do Supremo Tribunal o cuidado de, diante do pedido, avaliar, em um juízo provisório e inicial, se restou configurada a cumulação da plausibilidade da tese jurídica esposada, a saber, a provável e aparente lesão a preceito constitucional, com o fundado receio de que o dano seja grave e de difícil reparação.

Lapidar é a lição retirada por TEORI ALBINO ZAVASCKI da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“A concessão de liminar, na demanda direta de inconstitucionalidade, decidiu o STF, não prescinde do convencimento, ao primeiro exame, sobre o concurso do sinal do bom direito, a demonstrar a relevância do pedido, e do risco de manter-se, eficaz, o dispositivo legal que se pretende ver, afinal, alvejado.”²⁰⁰

Trata-se de excepcional providência assentada em requisitos rígidos, uma vez que sua concessão irá repercutir sobremaneira sobre casos concretos em curso no exercício da jurisdição ordinária.

Por outro lado, convém ainda destacar que o maior rigor exigido para concessão da medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade e na argüição de descumprimento de preceito fundamental advém da própria natureza antecipatória da medida.

Ora, sabe-se que um dos requisitos obrigatórios para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional é exatamente a *prova inequívoca e verossimilhança das alegações*, pressupostos gerais que, segundo um juízo de probabilidade, devem convencer o magistrado da necessidade de concessão da tutela de urgência satisfativa.

que, não sendo concedida a liminar, enfim, não sendo suspensa liminarmente a vigência da norma inquinada, com a demora do processamento e do julgamento definitivo da ação, há a probabilidade de ocorrerem transtornos graves, lesões irremediáveis, danos e prejuízos de difícil ou incerta reparação (*periculum in mora* = perigo na demora). Estes dois pressupostos são cumulativos, devem coexistir, para que a medida cautelar seja concedida.” VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.96.

²⁰⁰ *Op. Cit.* P.61.

Portanto, não se trata de uma simples “fumaça do bom direito”, mas sim de um pressuposto mais rigoroso, que enseja uma razoável certeza de que as alegações do autor são provavelmente procedentes. Por isso, a verossimilhança das alegações deve ser demonstrada por meio de prova robusta, inequívoca.

O mesmo raciocínio pode ser aproveitado no caso da medida cautelar prevista no procedimento da ação declaratória de constitucionalidade. Ou seja, a característica da satisfatividade impõe o necessário rigor para o exercício da tutela de urgência.

Nem mesmo a peculiar função da ação declaratória, que serve como instrumento de ratificação da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, pode relativizar a observância da verossimilhança das alegações. É que a ação declaratória de constitucionalidade é manejada justamente quando a compatibilidade vertical da lei ou do ato normativo federal é alvo de controvérsia judicial no âmbito do exercício da jurisdição constitucional difusa pelos diversos órgãos judiciais, colegiados e monocráticos, que integram a estrutura orgânica do Poder Judiciário.

A saber, a cautelar perseguida na ação declaratória é requerida em um contexto judicial bastante desfavorável para a lei ou o ato normativo objeto da referida ação. Sendo assim, nesse contexto, é razoável supor que a concessão da medida liminar – que poderá consistir na suspensão de feitos nas diversas instâncias do Poder Judiciário – deve ser precedida de rigorosa avaliação que permita ao Supremo Tribunal Federal a razoável certeza para ratificação da presunção de constitucionalidade.

4.5. Efeitos da decisão cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade

É intuitivo e corolário lógico da supremacia constitucional e da manutenção de sua rigidez que as decisões - cautelares e meritórias - em sede de controle de constitucionalidade sejam dotadas de força obrigatória e devam, necessariamente, ser obedecidas pelos Poderes do Estado e pela sociedade em geral.²⁰¹

²⁰¹ Teori Albino Zavascki, *Op. Cit. P.66* explica: “É inerente à liminar a obrigatoriedade do seu atendimento pelos destinatários, sem o que não se atingirá o seu desiderato de arrear eficazmente o *periculum in mora*. Não se pode imaginar, por isso mesmo, que a Constituição tenha atribuído ao Supremo Tribunal Federal a

No que se refere ao mérito da declaração de inconstitucionalidade, a Constituição de 1988 o artigo 102, § 2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, fixou a previsão da eficácia vinculativa nos seguintes termos:

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

Como regra, a decisão cautelar, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, é dotada de efeitos vinculantes, eficácia *erga omnes*, *ex nunc*²⁰² e efeitos repristinatórios.

4.5.1. Eficácia vinculativa

A obrigatoriedade geral da decisão que reconhece a inconstitucionalidade é comumente conhecida como *efeito vinculante*, corolário da supremacia constitucional sobre todo o ordenamento jurídico-positivo.

A concessão de medidas cautelares constitui exercício do poder geral de cautela que tem sede constitucional, inerente ao exercício da atividade jurisdicional e que permite aos tribunais a adoção de medidas de urgência com a finalidade de assegurar a utilidade e efetividade da tutela jurisdicional.

Nesse sentido relatamos trecho de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

competência para determinar liminarmente as providências destinadas a combater os riscos à efetividade da futura sentença sem dotar tal provimento de carga impositiva e obrigatória; ou que tenha negado ao Tribunal as armas necessárias para enfrentar o referido combate. Em outras palavras, a liminar, como a sentença final, tem força vinculante, e sua inobservância dá ensejo à utilização pelos legitimados a promover a demanda, do instrumento da reclamação.”

²⁰² - Reveste-se a medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, de eficácia *ex nunc*, passando a operar os efeitos a partir do momento em que ocorrer a publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça da União. Excepcionalmente, pode o Supremo Tribunal Federal atribuir eficácia retroativa à tutela de urgência, desde que haja expressa ressalva na decisão cautelar.

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – OUTORGA DE MEDIDA CAUTELAR COM EFEITO VINCULANTE – POSSIBILIDADE- O Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para exercer, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o poder geral de cautela de que se acham investidos todos os órgãos judiciários, independentemente de expressa previsão constitucional. A prática da jurisdição cautelar, nesse contexto, acha-se essencialmente vocacionada a conferir tutela efetiva e garantia plena ao resultado que deverá emanar da decisão final a ser proferida no processo objetivo de controle abstrato. – O provimento cautelar deferido, pelo Supremo Tribunal Federal, além de produzir eficácia “erga omnes”, reveste-se de efeito vinculante, relativamente ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário.”²⁰³

Como afirmamos anteriormente, as medidas cautelares concedidas nos procedimentos das ações típicas de controle concentrado possuem nítido cariz antecipatório.

Na ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, a concessão da medida liminar resultará na suspensão da eficácia normativa do preceito objeto da ação, até que seja efetuado julgamento definitivo. Tal conseqüência processual, a despeito de sua evidente precariedade típica das decisões liminares, coincide com o resultado pretendido na apreciação do mérito da causa.

O mesmo raciocínio se aplica à ação declaratória de constitucionalidade, na qual se busca a confirmação definitiva da eficácia normativa do preceito objeto da demanda, o que é obtido, ainda que a título precário, com o deferimento da medida cautelar.

O que se denota nos dois casos é a antecipação dos efeitos práticos da futura decisão de mérito. Sem isso, a decisão antecipatória não teria o menor sentido. Como a decisão meritória, as ações diretas de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade apresentam como um dos efeitos principais a eficácia vinculativa, surge como efeito prático da decisão liminar a força vinculante, ainda que marcada pela precariedade típica da tutela de urgência.

A despeito de inexistir previsão constitucional expressa no que respeita ao efeito vinculante das decisões cautelares nas ações declaratórias de constitucionalidade, obviamente seria descabido admitir-se que as liminares deferidas nas ações de controle

²⁰³ STF-Pleno- ADC - 4-MC/DF, rel. min. Celso de Mello, *DJ* 4.4.03, p.38.

concentrado fossem desprovidas de eficácia vinculativa, o que desobrigaria juízes e tribunais de instâncias infraconstitucionais, ao decidir questões constitucionais difusas, de considerarem como premissa obrigatória a decisão proferida pela Suprema Corte brasileira.

O efeito vinculante atribuído às decisões judiciais tem por propósito precípuo conferir maior eficácia aos julgados, obrigando a todos os destinatários o cumprimento do decism.

Como ensina REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI:

“Conferir efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores é uma tendência universal, e consiste em lhes dar maior eficácia, isto é, além da eficácia *erga omnes*, própria das proferidas em jurisdição concentrada, na fiscalização abstrata da constitucionalidade, quer dizer que todos os órgãos judiciários e administrativos ficam a ela vinculados, obrigados a respeitar o que já ficou decidido pelo Supremo, o que possibilita a igualdade de efeitos de sua manifestação, pela submissão a seus termos de todas as causas, inclusive daquelas que estão em andamento.”²⁰⁴

Portanto, é o efeito vinculante atribuído às decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos procedimentos da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, que assegura sua obrigatória observância.

No campo das demandas comuns que abarrotam as instâncias ordinárias da justiça, a utilidade da força vinculante das ações diretas e declaratórias torna-se evidente, quando permite ao jurisdicionado o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal através da reclamação constitucional, sem prejuízo do manejo das espécies recursais previstas na legislação processual.

O efeito vinculante atende aos ditames da segurança jurídica, assegurando o devido respeito à supremacia constitucional. Sem ele os jurisdicionados estariam condenados ao longo e imprevisível caminho imposto pelo complexo sistema recursal brasileiro.

É interessante notar que o acesso ao Supremo Tribunal Federal seria possível apenas através do recurso extraordinário, espécie recursal desprovida de efeito suspensivo, o que, a depender do prejuízo causado pela lesão ao direito, certamente forçaria a

propositura de medida cautelar como alternativa para obtenção das suspensividade desejada no caso concreto.

Como se vê, a utilidade da força vinculante transcende a garantia da segurança jurídica e se afigura como instrumento importante para o acesso à justiça constitucional e, por fim, contribui para celeridade processual.

Particularmente quanto às ações diretas, a força obrigatória da decisão em sede de controle concentrado vincula todos os tribunais, impedindo, inclusive, o exercício do controle difuso de constitucionalidade, e todas as autoridades administrativas, pois torna aplicável a legislação anterior acaso existente, impedindo, também, que a lei ou o ato normativo suspensos liminarmente continuem a reger as relações jurídicas até o julgamento do mérito da ação.

Nesse sentido, não seria lógico admitir que a decisão proferida, ainda que em sede liminar, não tivesse qualquer repercussão nos casos concretos em curso nos órgãos do Poder Judiciário. Portanto, a suspensão da eficácia normativa do dispositivo impugnado impõe ao exercício da jurisdição ordinária a necessária observância do julgado da Corte Constitucional, sendo defesa a aplicabilidade do dispositivo pelos juízes e tribunais brasileiros.

O fato é que, abrangendo os fundamentos da decisão, ou apenas limitando-se à parte dispositiva, a eficácia vinculativa garante a autoridade dos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.²⁰⁵

4.5.1.1. Reclamação constitucional

Como dito acima, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo o manejo da reclamação constitucional para garantir a autoridade de decisões cautelares²⁰⁶ e de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, sendo partes legítimas para o

²⁰⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 237.

²⁰⁵ Em julgamento realizado em 2003, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, nas ações diretas de inconstitucionalidade, o alcance do efeito vinculante não se limita apenas à parte dispositiva do julgado, determinando a aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ação direta. Cf. STF-Pleno- Rcl 2363/PA, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento 23.10.03, *DJ 1.4.05*, p.7.

ajuizamento da reclamação todos aqueles que se sentirem prejudicados, no âmbito de relações jurídicas processuais em curso.²⁰⁷

A reclamação constitucional é uma medida judicial de competência originária dos tribunais (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar e tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal) cuja finalidade é a de preservar sua competência e garantir a autoridade de suas decisões e, no caso do Supremo Tribunal Federal, também das súmulas editadas com efeito vinculante.²⁰⁸

Sua natureza jurídica é bastante controvertida.

Para FREDIE DIDIER e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, a reclamação constitucional possui natureza de ação constitucional, porque depende de provocação das partes ou do Ministério Público, visa à cassação da decisão judicial e à anulação do ato administrativo, apresenta todos os elementos da ação como partes, pedido, causa de pedir e exige que seja observada a capacidade postulatória.²⁰⁹

Esse entendimento é acompanhado por JOSÉ DA SILVA PACHECO, que afirma:

“Realmente, não é recurso não só porque a ela são indiferentes os pressupostos recursais da sucumbência e da revisibilidade, ou os

²⁰⁶ STF-Pleno- Rcl 1.880, rel. min. Maurício Corrêa, julgamento 07.11.02, DJ 13.11.02.

²⁰⁷ Quanto à impossibilidade do ajuizamento de reclamação constitucional na hipótese de indeferimento de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, a seguir, notícia publicada no Informativo nº 370 do Supremo Tribunal Federal: “Reclamação e Indeferimento de Liminar em ADI. O Tribunal, por maioria, negou provimento a agravo regimental em reclamação para manter decisão do Min. Marco Aurélio, relator, que negara seguimento ao pedido por entender que o indeferimento de liminar em ação direta de inconstitucionalidade não dá margem ao ajuizamento de reclamação pelo descumprimento do que decidido pela Corte. Na espécie, tratava-se de reclamação proposta contra ato de juiz de 1ª instância que recebera ação de improbidade em face de ex-prefeito. A reclamante sustentava ofensa à autoridade da decisão do Tribunal na ADI 2797/DF — que tem por objeto a Lei 10.628/2002 — sob o fundamento de que a negativa do seu pedido de liminar implicaria a presunção da constitucionalidade da nova redação dada pela referida lei ao art. 84 do CPP. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau que proviam o recurso por considerarem a ação cabível.”

Rcl 2810 AgR/MG, rel. Min. Marco Aurélio, 18.11.2004. (Rcl-2810)

²⁰⁸ CRFB/88, art. 103-A, § 3º: Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que, indevidamente, a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. No particular, o artigo 7º, §1º, da Lei nº 11.417/2006 estabelece que “contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após o esgotamento das vias administrativas”.

²⁰⁹ DIDIER, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil* V.3. São Paulo: Jus Podium, 2007, pp. 374-375.

prazos, mas sobretudo porque não precisa que haja sentença ou decisões nem que se pugne pela reforma ou modificação daquelas, bastando que haja interesse em que se corrija eventual desvio de competência ou se elida qualquer estorvo à plena eficácia dos julgados do STF ou do STJ. Trata-se, na realidade, de ação, fundada no direito de que a resolução seja pronunciada por autoridade judicial competente; de que a decisão já prestada por quem tinha competência para fazê-lo tenha plena eficácia, sem óbices indevidos; e de que se eliminem os óbices ou elidam estorvos que se antepõem, se põem ou se pospõem à plena eficácia das decisões ou à competência para decidir.”²¹⁰

No entanto, o Supremo Tribunal Federal definiu seu posicionamento sobre o assunto:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA. 1. A natureza jurídica da reclamação não é de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em conseqüência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em [sic] invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.”²¹¹

²¹⁰ PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.623.

No entendimento do Tribunal, a reclamação constitucional corresponde ao exercício do direito de petição, portanto, isento de custas, cabível, desde que ainda esteja em curso a relação jurídica processual de origem e mediante provocação das partes interessadas ou do Ministério Público, nas hipóteses de desrespeito à eficácia vinculativa das decisões dos tribunais ou no caso em que manifesta competência atribuída aos tribunais seja usurpada por outro órgão jurisdicional, como também do Poder Executivo e do Poder Legislativo.²¹²

No que respeita à legitimidade, o sujeito ativo da reclamação pode ser a parte ou o Ministério Público. No pólo passivo, estará a autoridade ou o órgão que desrespeita a autoridade das decisões dos tribunais ou ainda que invade sua competência.

Em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal, filiamo-nos à corrente que concebe a natureza jurídica da reclamação como ação constitucional cujo disciplinamento caberia, por força de disposição constitucional, à lei federal, sendo defeso aos Estados-membros o tratamento constitucional ou legal da matéria.

Várias são as razões para tanto: a) a começar pela forma exigida para processamento da reclamação; b) pelo fato de que o processamento dá-se de forma idêntica ao processamento de feitos de competência originária dos tribunais, portanto, típico procedimento de natureza processual; c) pela formação da autoridade da coisa julgada; d) pela possibilidade de exercício de tutela de urgência,²¹³ e; d) pela exigência de capacidade postulatória para ajuizamento da medida.

O julgamento da ADIN 2212/CE, relatado pela Ministra ELLEN GRACIE, teve por objeto a discussão de outra questão relevante relacionada à reclamação constitucional e que decorre logicamente da natureza jurídica do instituto. É que ficou definido que as Constituições dos Estados-membros da federação podem conferir aos respectivos tribunais a competência para processar e julgar reclamações nos mesmos moldes do estabelecido em favor do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais superiores.

²¹¹ STF- Pleno- ADI 2212/CE, rel. min. Ellen Gracie, julgamento 2.10.03, *DJ 14.11.03*, p. 11.

²¹² O procedimento é regido pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990 e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

²¹³ Lei nº 8.038/90, art. 14, II.

A alusão à simetria constitucional justifica a possibilidade de que os entes federativos atribuam aos seus tribunais de cúpula o processamento da reclamação, ao mesmo tempo em que restringe, no campo federal, o instituto apenas para os tribunais de superposição do judiciário brasileiro.

Embora não exista prazo para o ajuizamento da reclamação, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a “reclamação, de que cuidam os artigos 156 a 162 do R.I.S.T.F., pressupõe a existência de processo judicial, no qual o órgão judiciário esteja usurpando competência do Supremo Tribunal Federal ou desrespeitando a autoridade de suas decisões.”²¹⁴

A consolidação desse posicionamento por parte do Tribunal levou a Corte ao enunciado nº 734 da súmula de jurisprudência dominante.²¹⁵

4.5.2. Eficácia erga omnes

A eficácia *erga omnes* é traço comum dos procedimentos de natureza coletiva, variando a eficácia subjetiva do julgado de acordo com a espécie de ação coletiva em curso.²¹⁶

Nas ações do controle concentrado de constitucionalidade neste trabalho abordadas, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal atinge diretamente a eficácia normativa, o que resulta, inquestionavelmente, na submissão à decisão judicial de todos os eventuais destinatários da norma.

Portanto, diante de uma relação jurídica processual especial na qual não há partes no sentido tradicional, cujo legitimado a propor a ação funciona no processo como legitimado extraordinário, a decisão proferida nesse cenário reveste-se de peculiaridades que a tornam diferenciada.

Não há controvérsias maiores sobre a extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada, uma vez que a declaração de nulidade da norma objeto da ação direta, ou a

²¹⁴ Cf. STF-Pleno- HC 80112/PR, rel.min. Sidney Sanches, julgamento 01.8.00, *DJ 17.11.00*, p. 11.

²¹⁵ “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.

²¹⁶ No caso da ação civil pública, *e.g.*, a definição da eficácia subjetiva do julgado é determinada pela amplitude do dano, a despeito da Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 16, com a redação dada pela Lei nº

confirmação de sua compatibilidade vertical, no caso da ação declaratória, somente pode ocorrer com efeitos gerais.²¹⁷

Em Portugal, a denominada *força de lei* da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional é explicada por JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO através da sua semelhança com as leis emanadas do Poder Legislativo, embora, como lembrado pelo autor, tais decisões não possuam exatamente a natureza legislativa, pois são naturalmente decisões judiciais, seus efeitos recaem na dimensão normativa e passam a ter “uma força semelhante à da lei”.²¹⁸

Sob o ponto de vista processual, a eficácia subjetiva pode ser explicada através da análise da legitimação extraordinária conferida pela Constituição aos órgãos legitimados para o ajuizamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Como se sabe, o interesse na manutenção da supremacia constitucional tem como legítimo titular toda a sociedade civil. O autor, identificado como requerente pelo Supremo Tribunal Federal, funciona na relação processual como legitimado extraordinário, legitimado pela Constituição para provocação da jurisdição de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Nesse sentido, a decisão proferida pela Suprema Corte obriga a todos, legitimado constitucional e substituído, explicando-se a repercussão geral da decisão.

Assim sendo, a definição dos limites subjetivos da coisa julgada na declaração de inconstitucionalidade em sede de ação direta resulta, como dito, da legitimação extraordinária configurada, pois os legitimados em verdade foram escolhidos pelo legislador constituinte para promover a defesa de direito que, em tese, pertence a toda a sociedade.²¹⁹

9.494/97, limitar os efeitos da decisão transitada em julgado ao âmbito da competência territorial do órgão judicial prolator.

²¹⁷ Excetuada a possibilidade de modulação da eficácia subjetiva do julgado prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e artigo 12 da Lei nº 9.882/99. Nesses casos a eficácia *erga omnes* pode ser restringida.

²¹⁸ *Op. Cit.*, p.1010.

²¹⁹ Para Alexandre Freitas Câmara: “A extensão *erga omnes* da coisa julgada material formada nos processos de controle de constitucionalidade se explica pela substituição processual ali existente. Os legitimados para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade têm legitimidade extraordinária para fazê-lo. E sendo parte no processo um legitimado extraordinário, a coisa julgada que ali se forma alcança também o substituído processual (sendo certo que, *in casu*, substituídos processuais são todos os membros da sociedade).” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *A coisa julgada no controle direto de inconstitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001, p.13.

Especificamente no que respeita à medida cautelar, a lei de regência expressamente atribui à decisão eficácia oponível contra todos,²²⁰ disciplinando os limites subjetivos da tutela de urgência nos mesmos moldes da tutela de mérito.

Conseqüentemente, a decisão liminar obriga todos os membros da sociedade representados pelo legitimado que ajuizou a ação direta e requereu na peça inicial a tutela de urgência.

4.5.3. Eficácia repristinatória?

Prevê o § 2º do artigo 11 da Lei nº 9.868/99 que a concessão da tutela liminar torna aplicável a legislação anterior acaso existente. Diante do mandamento legal, a suspensão da eficácia do preceito normativo até o julgamento do mérito, em princípio, terá o condão de restaurar a aplicabilidade das normas que estavam em vigor antes da edição da lei ou do ato normativo impugnado.

O termo repristinatório significa, segundo DE PLÁCIDO E SILVA:

“palavra formada de partícula latina re(retrocesso, oposição) e de *pristinus* (antigo, de outro tempo, precedente), é tida na terminologia jurídica no sentido de retorno ao antigo, volta ao passado, adoção de preceito que já não se encontra em voga. Assim, repristinatório diz propriamente respeito à eficácia de certa regra, já posta à margem, e que se revigorou, direta ou indiretamente.”²²¹

Repristinação, portanto, pode ser definida como a restauração da vigência de lei revogada diante da perda de vigência da lei que a revogou.

Conceitualmente a repristinação pressupõe que haja a restauração de vigência de uma lei, uma vez que, em princípio, a mesma havia sido revogada por outra que, em momento posterior, também restou revogada.

Trata-se de instituto de direito intertemporal disciplinado na Lei de Introdução ao Código Civil, a qual veda o efeito repristinatório, salvo previsão expressa na lei que revogou a lei revogadora. A vedação ao efeito repristinatório, assim como ocorre com a proteção à coisa julgada, encontra fundamento na necessidade de preservação da

²²⁰ Art. 11, § 1º, da Lei nº 9.868/99.

²²¹ SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27.ed. São Paulo: Editora Forense, 2007, p. 567.

segurança jurídica. A admissão da repristinação, como regra, geraria sérios transtornos na atividade de aplicação do direito.

No caso da liminar na ação direta, a lei de regência²²² assim dispõe:

“Art. 11. (omissis)

§ 1º. (omissis)

§ 2º. A concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em contrário.”

A doutrina identifica na hipótese os contornos dos efeitos repristinatórios no âmbito do procedimento da ação direta, sob o argumento de que a suspensão da eficácia da norma impugnada equivaleria a sua revogação, que seria acompanhada por força da lei, pela restauração de vigência da norma anteriormente revogada.²²³

Em verdade, a peculiaridade do processo de controle de constitucionalidade apresenta um quadro distinto do que poderia chamar-se tradicionalmente de repristinação. É que, com a declaração de inconstitucionalidade, ocorre o reconhecimento de que não teria ocorrido qualquer revogação, uma vez que a norma inconstitucional não possui substrato de validade. A incompatibilidade vertical traz como consequência o vício de origem, o que impede qualquer alusão a efeitos decorrentes da norma invalidada *ab ovo*. A rigor, não houve revogação.

Como, para que seja considerada em vigor, a norma precisa ser válida, não sendo válida, destarte, em momento algum vigeu e, conseqüentemente, não pode uma norma inválida revogar outra norma antecedente.

Em que pese a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade²²⁴, ainda é um traço típico do modelo brasileiro a aplicação do dogma da nulidade da lei inconstitucional, portanto, a cominação de nulidade, ainda que em sede liminar, afeta a validade da norma, o que justificaria a restauração da eficácia normativa²²⁵.

²²² Lei nº 9.868/99, art. 11, § 2º.

²²³ Por todos: PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

²²⁴ Lei nº 9.868/99, art. 27.

²²⁵ Em Portugal admite CANOTILHO o efeito repristinatório: “Dados os efeitos *ex tunc* atribuídos à sentença de declaração de inconstitucionalidade, estabelece a Constituição (art. 282, *in fine*) a *repristinação*, ou seja, a reentrada em vigor da norma ou normas revogadas pela norma declarada inconstitucional. Trata-se de evitar o

Ao apreciar pedido de medida cautelar em sede de ação direta, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se na ocasião:

“O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de “menor” grau de positividade jurídica guardem, “necessariamente”, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na carta política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito. – A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na carta política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria carta política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo.”²²⁶

Observe-se que a Lei nº 9.869/99 não faz menção expressa à repristinação quando aborda a decisão meritória. No entanto, em seu artigo 27, ao admitir-se a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, obviamente, a modulação temporal dos efeitos da decisão de mérito no procedimento da ação direta de inconstitucionalidade, a restauração da eficácia das normas afetadas pela norma inconstitucional passa a ser uma realidade.²²⁷

vazio jurídico legal resultante do desaparecimento, no ordenamento jurídico, de normas consideradas inconstitucionais.” CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, 1993, pp. 1074/1075.

²²⁶ STF- Pleno -ADIN MC 652-5, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento 2.4.92, *DJ* 2.4.93, p.5615.

²²⁷ A seguir, transcrição de trecho do Informativo nº 472 do STF: Destinação de Custas Judiciais e Efeito Repristinatório das Decisões no Controle Abstrato - 1

É interessante notar que a disposição do § 2º do artigo 11 da lei de regência, como sói acontecer em processos de natureza objetiva, atribui eficácia *ex tunc* à concessão da medida cautelar.

O padrão fixado pela regra é de que a concessão da cautelar resulta no reconhecimento de que a norma que teria sido revogada pela lei suspensa, em verdade, não o foi. A explicação plausível, portanto, revela um efeito retroativo no campo normativo, ainda que não se cogite da repercussão sobre feitos julgados ou relações jurídicas consolidadas.

Diante de situações em que a repristinação não seja aconselhável – no caso do ressurgimento de norma anterior também inconstitucional - caberá ao Supremo Tribunal Federal a avaliação ponderada para definir pelo afastamento dos efeitos repristinatórios, tanto por ocasião da apreciação da medida liminar quanto do mérito.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal pode excluir a vigência da norma cuja vigência restou prejudicada pela edição da norma inconstitucional.

Como se trata de um efeito temporal comum à concessão da medida liminar, o afastamento dos efeitos repristinatórios corresponde à situação que foge à normalidade, deve, portanto, estar revestida de todas as formalidades e dos cuidados necessários, o que a lei de regência formaliza desde que o Supremo Tribunal Federal expressamente decida nessa direção.²²⁸

Com base na jurisprudência pacífica do Supremo no sentido de ser vedada a destinação de custas judiciais a pessoas jurídicas de direito privado, o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade da “Tabela J” do anexo da Lei 1.936/98, na sua redação vigente, dada pela Lei 3.002/2005, e na sua redação original, e do art. 53 e da Tabela V da Lei 1.135/91, todas do Estado de Mato Grosso do Sul, as quais destinam percentual do produto da arrecadação das custas judiciais a entidades de classe de natureza privada. Inicialmente, rejeitou-se a preliminar de não conhecimento da ação, que suscitavam as entidades que ingressaram no feito na qualidade de *amicus curiae*, por não terem sido impugnadas as Leis 340/82 e 1.135/91, que tratam da mesma matéria. Conjugando os entendimentos fixados pelo Tribunal de que, no âmbito do controle em abstrato da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, o requerente deve impugnar todo o complexo normativo supostamente inconstitucional, inclusive as normas revogadas que poderão ser eventualmente repristinadas pela declaração de inconstitucionalidade das normas revogadoras, e de que o processo de controle abstrato destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais, concluiu-se que a impugnação deveria abranger apenas a cadeia de normas revogadoras e revogadas até o advento da Constituição de 1988. Asseverou-se, ademais, que a exigência de impugnação de toda a cadeia normativa supostamente inconstitucional poderia até mesmo ser relativizada, haja vista a possibilidade de o Tribunal deliberar a respeito da modulação do próprio efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade (Lei 9.868/99, art. 11, § 2º c/c o art. 27).

ADI 3660/MS, rel. min. Gilmar Mendes, 18.6.2007.

²²⁸ Lei nº 9.868/99, art. 11, § 2º.

Talvez por isso, o Supremo Tribunal Federal não tem conhecido as ações diretas, diante da inexistência de pedido de extensão, quando a suspensão da norma impugnada resulta na restauração de eficácia normativa de norma também eivada pelo vício de inconstitucionalidade. Nesse caso, a Suprema Corte, diante da ausência de impugnação na petição inicial do dispositivo que seria reprimado, tem decidido pelo não conhecimento da ação.²²⁹

É que, apesar da ampla liberdade cognitiva atribuída ao Supremo no exercício do controle abstrato, fica o Pretório Excelso condicionado ao pedido, cabendo a análise da compatibilidade dos dispositivos legais apontados pelo requerente. A causa de pedir seria aberta, no entanto o pedido deveria ser interpretado restritivamente. Do contrário, segundo entendimento consolidado no STF, estaria nossa Suprema Corte instalando o exercício da jurisdição sem a necessária provocação por parte do detentor da legitimidade ativa.

Nesse sentido, resumem bem a tese FREDIE DIDIER, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA:

“Nos casos em que numa ADIN, a norma impugnada está ligada a outra, formando com ela um sistema, uma rede, é fundamental que também essa outra norma seja impugnada, sob pena de não conhecimento. Isto porque não se pode expurgar do sistema algumas normas e deixar que nele permaneçam outras, que com ela se associavam numa rede, eis que estas restariam sem sentido. Tampouco pode o STF, sem que tenha havido pedido nesse sentido, estender a decretação de invalidade também à norma não impugnada, sob pena de agir sem a necessária provocação, instalando *ex officio* a sua jurisdição.”²³⁰

Entendemos que a restrição defendida não é compatível com o papel de guardião da Constituição próprio do Supremo Tribunal Federal e com a natureza atípica da jurisdição constitucional concentrada.

²²⁹ STF-Pleno -ADIN 2574-AP, Relator Ministro Carlos Velloso, STF-Pleno-ADIN 2224-DF, Relator Ministro Nelson Jobin.

²³⁰ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *In* DIDIER, Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: Edições Podium, 2006, p. 374.

Ora, não nos parece lógico que, diante de uma evidente situação em que se constata a inconstitucionalidade de dispositivo normativo, apontada no bojo de uma ação direta, possa a Corte Constitucional negar-se a promover a tutela da lei fundamental sob o argumento técnico de que deixou o requerente de estender seu pedido à norma cuja eficácia normativa seria restaurada.

Entendemos, que diante da ausência do pedido, o Supremo Tribunal deve apreciar a compatibilidade vertical da norma anteriormente revogada e, caso chegue à conclusão de que se trata de norma inconstitucional, especialmente se o fundamento da inconstitucionalidade for o mesmo, deve promover a expansão da declaração de inconstitucionalidade e afastar o efeito repristinatório.

O pedido na ação direta atrai a norma que eventualmente tenha sido revogada pela norma impugnada na petição inicial.²³¹

²³¹ Como ensina ZENO VELOSO: Embora falte no direito brasileiro regra expressa a respeito, somos de parecer que se deve prestigiar o dogma da supremacia da Constituição, expandindo-se a declaração de inconstitucionalidade a outras normas, ainda que não mencionadas diretamente no pedido, e desde que haja conexão, correlação, relação de dependência entre os preceitos. A *fortiori*, até em nome do postulado da segurança jurídica – que tem a mesma hierarquia, o mesmo valor que o princípio da legalidade – deve o STF proclamar a inconstitucionalidade – se for o caso – de norma anterior, que havia sido revogada pela lei cuja inconstitucionalidade foi reconhecida [...]. Defendemos, no capítulo antecedente, que pode e deve o Excelso Pretório estender a declaração de inconstitucionalidade à norma pretérita, que tinha sido revogada pelo dispositivo impugnado, e que, em princípio, voltará a vigorar. Se esta norma antiga, que vai ressuscitar, por sua vez, agride e afronta o Texto Magno – quiçá com maior vigor, intensidade e escândalo do que o preceito revogado -, qual a razão de não ser declarada, imediatamente, a sua inconstitucionalidade? A pura lógica e os sós princípios teóricos não podem se sobrepor ao mais evidente interesse da segurança social e da defesa do ordenamento jurídico [...] VELOSO, Zeno. *op. cit.*, p. 194 e 203.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conhecimento dos procedimentos de garantia da supremacia constitucional, no nosso entendimento, é de fundamental importância para preservação do projeto de país modelado como resultado do consenso democrático estabelecido pela Assembléia Nacional Constituinte de 1987.

Esses procedimentos, notadamente seus desdobramentos de natureza processual, se bem utilizados, servirão como instrumentos eficazes para sustar as constantes violações ao texto constitucional que persistem na realidade política e jurídica de nosso país.

Imbuído deste propósito, foi feito este trabalho, como modesta contribuição para o maior conhecimento da temática apresentada.

Nunca é demais lembrar que, através da jurisdição constitucional, é promovida a tutela da Constituição, conseqüentemente, de todos os valores e preceitos fundamentais escolhidos por nossa sociedade por ocasião da celebração do pacto vivencial.

Conhecer a jurisdição constitucional, o processo constitucional e seus instrumentos significa contribuir para o conhecimento aprimorado dos meios de tutela de nossa Carta Fundamental.

Nesse sentido, inicialmente, foi apresentada a jurisdição constitucional, seu conceito, objeto específico e ainda discutidas importantes questões acerca de sua legitimação democrática.

Daí a nossa preocupação na justificação democrática da jurisdição constitucional, cujo órgão principal no modelo brasileiro, a nosso ver, deve ser constituído de forma plural, que reflita a heterogeneidade de nossa sociedade.

Ademais, como afirmamos, a legitimidade passa pela necessária abertura do procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, como também pela definição, constitucional, de um rol de competências jurisdicionais que aproximem o Supremo Tribunal Federal do modelo próprio dos Tribunais Constitucionais da Europa.

Concluimos nosso trabalho com a firme convicção de que a busca pelo equilíbrio entre as intervenções da jurisdição e as deliberações do estado democrático é o caminho para legitimação mencionada.

São instâncias complementares e necessárias para o aperfeiçoamento da democracia. Pois, como a experiência histórica tem revelado, em alguns exemplos vivos ainda na memória, sem mecanismos de controle, mesmo em modelos que preservam a vontade da maioria, é possível cogitarem-se eventuais excessos em nome do regime, alguns deles direcionados à supressão de direitos de minorias, inclusive do direito de participação nas deliberações do estado democrático.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, cuja iniciativa é reservada à parcela minoritária das Casas Parlamentares no Brasil, são um belo exemplo de como os representantes de minorias em nosso parlamento podem participar ativamente da fiscalização da gestão pública.

O controle judicial realizado pelo Supremo Tribunal Federal, ao assegurar às minorias no Parlamento a possibilidade de instauração do inquérito parlamentar, ainda que contra a vontade da maioria, pode ser considerado como uma salutar intervenção do Tribunal, portanto, do exercício da jurisdição constitucional, na proteção do direito de participação das minorias nas deliberações do estado democrático.

Resta saber quais as possibilidades e limites das intervenções. É um tema tormentoso que está longe do consenso. Mas que, dentro das limitações do autor e da temática proposta, foi abordado, ainda que de forma incipiente.

Por sua vez, a análise do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade teve como objetivo não permitir que o enfrentamento do tema relacionado às medidas cautelares e liminares nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, fosse apresentado fora de contexto e, ainda, que não fosse antecedido de conceitos necessários para o enfrentamento adequado das questões que surgiram.

Portanto, o tratamento da legitimidade ativa, as características singulares decorrentes da natureza objetiva dessas ações, exceção feita à arguição de descumprimento de preceito fundamental que, como visto, pode apresentar indiscutível feição subjetiva e a

análise dos procedimentos específicos facilitaram sobremaneira o desenvolvimento da temática acerca da natureza jurídica das medidas cautelares, o disciplinamento dos efeitos do mecanismo adequado para garantia da observância obrigatória das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Inserido nesse contexto, o estudo da utilização de medidas liminares no âmbito do exercício da jurisdição constitucional de controle da compatibilidade vertical revela-se imprescindível em face de sua influência direta no cotidiano de todos os operadores do direito, bem como da sociedade em geral; ainda mais diante do tradicional quadro de eternização da vigência de medidas antecipatórias, dada a superlotação da pauta do Supremo Tribunal Federal.

Diante da constatação de que as medidas cautelares têm servido como instrumento imprescindível para que o Supremo Tribunal Federal promova a manutenção da supremacia constitucional, salta aos olhos a importância do conhecimento sobre a natureza e, especialmente, da repercussão da concessão de liminares com força vinculante com repercussão na dimensão normativa e material dos atos de responsabilidade da Administração Pública e da sociedade como um todo.

Especificamente no que respeita à natureza jurídica das cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, chegamos à conclusão de que apresentam características próprias de medidas antecipatórias. Busca-se através de ambas a antecipação dos efeitos da própria decisão de mérito. Não há outra relação processual futura para garantir sua viabilidade, apenas configura-se, em face dos objetivos pretendidos com o manejo das cautelares, claro propósito antecipatório.

Já no caso das liminares em sede da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nosso posicionamento foi determinado pela natureza híbrida do processo, como também pela amplitude do objeto.

Como discurremos no trabalho, a medida pode assumir feições meramente acauteladoras ou antecipatórias. Tudo depende do tipo de procedimento escolhido, principal ou incidental, e do objeto escolhido, se ato normativo ou ato material.

Finalizando, a principal contribuição almejada foi a de suscitar, mais uma vez, o debate. Não tivemos a pretensão de esgotar o assunto, ainda que o trabalho realizado tenha sido pautado por sincero interesse na investigação da temática proposta.

FONTES CONSULTADAS

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica.** Trad. Cláudia Toledo. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. **Constitucionalismo discursivo.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n° 217, Julho/Setembro, 1999

AMARAL JÚNIOR, José Levi do. **Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade. Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Darlan. **Manual de Direito Processual Civil.** Vol. I. Barueri: Manole, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n° 240, Abril/Junho, 2005.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BILHALVA, Jacqueline Michels. **A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

_____. Aspectos processuais do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n° 218, Outubro/Dezembro, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madri: Trotta, 2003.

BURDEAU, Georges; TROPER, Michel e HAMON, Francis. **Direito Constitucional**. 27. ed. Barueri: Manole, 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Lições de direito processual civil**. Vol.III, 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

_____. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

CARNELLUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Vol. I. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Franca: Lemos & Cruz, 2004.

CARVALHO, José Luiz Tuffani de. **Constituições estrangeiras**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

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

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELFIN, Ricardo Alessi. **Ação declaratória de constitucionalidade e os princípios constitucionais do processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

DIDIER JR., Fredie (org.). **Ações constitucionais**. Salvador: Edições Podium, 2006.

_____. **Direito Processual Civil**. Vol. I. 5. ed. Salvador: Edições Podium, 2005.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 2. Salvador: Jus Podium, 2007.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. Salvador: Jus Podium, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAVOREAU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

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

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

FISS, Owen. **Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coordenação da Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. **Tutela Efetiva. Garantia constitucional de justiça eficiente**. Recife: Printer Gráfica e Editora, 2006.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia**. In: ELSTER, Jon (org.) **Constitucionalismo y Democracia**. Trad. Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

JAY, John; MADISON, James; HAMILTON, Alexander; **O Federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea. Uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHARDT, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento.** 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa de. **Direito processual constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; SILVA MARTINS, Ives Gandra. 2. ed. **Controle concentrado de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil.** São Paulo: Celso Bastos, 2000.

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental.** Revista Jurídica Virtual. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 14 set. 2002.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

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

_____. **Direito Constitucional.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Análise à luz da Lei nº 9.882/99.** São Paulo: Atlas, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NETO, Luiz Orione. **Processo cautelar.** São Paulo: Saraiva, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PACHECO, José da Silva. **O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitución y Democracia**. In: **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2003.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (org.). **Controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999.

SAADI, Bernardo de Vilhena. *A constitucionalidade da súmula vinculante*. In: **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, n° 244, Janeiro/Abril, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

SCHELP, Diogo. *Suprema Corte à imagem de Bush*. In: **Revista Veja**, edição n° 1.922, ano 38, n° 37, pp. 90-92, setembro, 2005.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27.ed. São Paulo: Editora Forense, 2007.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação declaratória de constitucionalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Reforma do Poder Judiciário no Brasil Pós-88. (Des)estruturando a Justiça.** São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2002.

TRIBE, Laurence e DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.