



Brasília | ano 50 | nº 200 | Edição especial
outubro/dezembro – 2013

25 anos da Constituição de 1988

O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988

Do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo

ORIONE DANTAS DE MEDEIROS

Sumário

1. Introdução. 2. Breve histórico do controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. 3. Controle difuso: considerações gerais acerca do Recurso Extraordinário, da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante. 3.1. Efeitos da decisão do STF no controle concreto e atuação do Senado Federal. 3.2. Súmula Vinculante. 4. Controle abstrato: Ações Diretas. 4.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). 4.2. Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). 4.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). 5. Críticas e perspectivas de reforma do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil.

1. Introdução

Orione Dantas de Medeiros é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPE) e professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988. Em seus 25 anos de vigência, apesar da compulsão com que tem sido emendada, a Carta Magna de 88 foi capaz de promover a transição de um regime autoritário para um Estado democrático de direito e continua a nos prometer um caminho para a construção de um país mais livre, mais justo e mais democrático.

No tocante ao controle de constitucionalidade, pode-se afirmar que a Constituição inovou ao adotar o modelo híbrido, caracterizado pela combinação de elementos do controle difuso e do controle concentrado (VIVEIROS, 2012). Nesses vinte e cinco anos, verificou-se uma progressi-

va ascendência do controle concentrado sobre o controle difuso, iniciada com a aprovação da Emenda Constitucional nº 3/93, que instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF), e consolidada com a Emenda Constitucional nº 45/2004, com a criação da Súmula Vinculante e do instituto da Repercussão Geral.

Não obstante o constituinte de 1988 ter rejeitado o instituto do controle jurisdicional preventivo (abstrato), a jurisprudência do STF vem tentando introduzir a fiscalização preventiva no caso concreto, mediante o Mandado de Segurança (MS). Um exemplo recente é o MS 32033 (ainda em julgamento no Supremo até a presente data), impetrado pelo senador Rollemberg para suspender a tramitação do Projeto de Lei nº 4.470/2012 (convertido, no Senado Federal, no PLC nº 14/2013).¹

Ademais, no que se refere à relação entre os Poderes, o que se verifica é um protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente pelos órgãos de cúpula. É fato notório nos dias atuais o papel de defesa das minorias desempenhado pela Suprema Corte contra decisões de eventual maioria, muitas vezes provocando tensões entre o Parlamento e o Judiciário. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem traços distintos: a “judicialização da política” e o “ativismo judicial”.

Tudo leva a crer que o ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual combina aspectos do controle difuso norte-americano e do abstrato europeu-kelseniano, sendo considerado um dos mais abrangentes do mundo, denominado aqui de controle híbrido de constitucionalidade.

Por outro lado, em consequência desse ativismo judicial, tramitam no Congresso Nacional várias propostas que têm por finalidade modificar o modelo de controle de constitucionalidade das leis. Tome-se como exemplo a aprovação, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados, da proposta de Emenda Constitucional que visa a alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, a condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e a submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

¹ O Projeto de Lei nº 14/2013 estabelece novas regras para a distribuição de recursos do fundo partidário e para o horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. O relator do MS, o ministro Gilmar Mendes, concedeu, no dia 24 de abril, liminar que suspendeu a tramitação do projeto até o julgamento do mérito da ação, por vislumbrar “possível violação do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a um processo legislativo inconstitucional” (BRASIL, 2013a).

O presente artigo visa a contribuir para o debate da temática do controle de constitucionalidade no Brasil, apresentando aspectos pontuais relacionados com o modelo híbrido de controle de constitucionalidade previsto na Constituição brasileira de 1988 e as tentativas de alteração desse modelo para um modelo misto complexo, sobretudo com a PEC nº 33/2011. No entanto, para entendermos melhor o nível de complexidade ao qual chegou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro nesses vinte e cinco anos, faz-se necessário percorrer um pouco de sua trajetória histórica a partir do texto aprovado na Constituição de 1988.

2. Breve histórico do controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988

A Constituição democrática de 1988 trouxe relevantes alterações no tocante ao controle de constitucionalidade. Valorizou-se sensivelmente o controle concentrado de constitucionalidade, ampliando-se e fortalecendo-se a via da Ação Direta, mas manteve-se o controle difuso, para possibilitar que, pela via incidental, inúmeras questões (principalmente aquelas relacionadas aos direitos e garantias individuais e sociais) pudessem chegar à apreciação dos Tribunais e do Supremo Tribunal Federal – neste último, por meio do Recurso Extraordinário.²

Ao fixar a competência originária do STF, o texto original da Lei Maior dispunha, em seu art. 102, que:

“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente: 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; julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; e d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal” (alínea *d* acrescentada pela EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004).

O texto original aprovado em 1988 foi alterado pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que acresceu à alínea *a* do inciso I do artigo 102, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) de lei ou ato normativo federal. Também foi acrescentado o §1º ao mencionado artigo, por intermédio do qual se deu a criação de um novo instituto, a

² Verificando-se os dados estatísticos do STF (BRASIL, 2012a), impressiona o número de Recursos Extraordinários que são protocolados na Corte. Vejamos os dados de 2011: autuados: 11.067; distribuídos: 6.388; julgados: 20.125 (Estatísticas do STF. Pesquisa por Classe. Processos Protocolados, Distribuídos e Julgados de 1990-2011).

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), assim disposto: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (CF/88, art. 102, §1º).

Em relação à Ação Declaratória de Constitucionalidade, prescreve a Constituição, em seu art. 102, § 2º, que: “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”.

Essa redação do § 2º foi dada pela EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004. O texto anterior, redigido pela EC nº 3/93, dispunha: “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 do Poder Executivo”.

A vigente Constituição Federal consagrou novos institutos e inovações no controle de constitucionalidade por via de Ação Direta. Destaque-se a ampliação do número de legitimados para a instauração do controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, quebrando-se o monopólio, até então existente, do Procurador-Geral da República. Prevê o art. 103: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

O rol de legitimados para a propositura das Ações Diretas contempla órgãos, pessoas e entidades. Por um lado, a ampliação da legitimação ativa tem democratizado o acesso ao Supremo Tribunal Federal; por outro, tem provocado um considerável aumento³ das referidas Ações Diretas perante essa Corte Suprema.

Outra significativa inovação da Lei Maior foi a introdução da denominada inconstitucionalidade por omissão, reconhecida nas hipóteses de inércia do legislador ordinário em face de uma exigência constitucional de legislar. Duas novas ações foram especialmente introduzidas com o fim de reparar a omissão legislativa inconstitucional: por um lado, o Mandado de Injunção (CF/88, art. 5º, LXXI) e, por outro, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO (CF/88, art. 103, § 2º). Esta última ação, integrante do sistema de controle abstrato de normas, foi delineada pelo constituinte de 1988 nos seguintes termos: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Desse modo, pode-se afirmar que o controle concentrado, abstrato, passou a desempenhar papel preeminente no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a partir

³ Estatística do STF, Controle concentrado. ADI – decisão final: julgado um total de 3.125; decisão liminar: 419; aguardando julgamento: 1.230; total distribuído: 4.774 (período de 1988 a 31 de agosto de 2012). ADO – julgadas: 7; aguardando julgamento: 11 (dados de 2008 a 31 de agosto de 2012). ADC – decisão final: 20; decisão liminar: 5; aguardando julgamento: 5; total distribuído: 30 (dados de 1993 a 31 de agosto de 2012). ADPF – decisão final: 145; decisão liminar: 14; aguardando julgamento: 97; total distribuído: 256 (dados de 1993 a agosto de 2012).

da Constituição de 1988, mas convivendo lado a lado com um amplo sistema difuso, o que resultou em um modelo híbrido, complexo, com características próprias, *sui generis*.

Tal assertiva decorre não só do fato de terem sido previstas quatro ações distintas na Via Direta (ADI, ADC, ADO e ADPF) e da ampliação dos entes legitimados para a instauração desse processo concentrado de controle abstrato, mas também da permanência, ao lado desse controle concentrado, de um sistema difuso, já tradicional em nossa ordem jurídica, que atribui competência aos juízes e aos tribunais para afastar a aplicação da lei *in concreto*, ou seja, pela via incidental. Por meio de inúmeras ações, como o *habeas corpus*, o Mandado de Segurança (coletivo), a Ação Popular, o Mandado de Injunção (coletivo), o *habeas data* e a Ação Civil Pública, os legitimados podem questionar indiretamente a constitucionalidade das leis.

Após a Emenda Constitucional nº 45/2004, com a previsão dos institutos da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante, o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil tendeu a promover uma aproximação entre o controle difuso e o controle concentrado. Em linhas gerais, esse é o perfil do controle híbrido de constitucionalidade adotado no Brasil a partir da Constituição de 1988.

3. Controle difuso: considerações gerais acerca do Recurso Extraordinário, da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante

O controle difuso, também conhecido como controle por via de exceção ou incidental, permite ao juiz ou ao tribunal realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição.

Quando o Poder Judiciário aprecia uma controvérsia constitucional suscitada diante de um caso concreto a ele submetido, em sede de ações diversas (mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, ação civil pública, ação popular etc.), estamos diante do denominado controle difuso, concreto, incidental.

Ao discorrer acerca do controle difuso e de seus aspectos constitucionais e processuais no mandado de segurança e na ação civil pública, assinala Ivo Dantas (2010, p. 177) que:

“Na hipótese de controle incidental ou difuso, poderá ele ser exercido em qualquer tipo de ação, ou seja, de natureza cível, penal, trabalhista, tributária, etc., em processos de conhecimento, cautelar ou de execução, sendo de destacar que, ocorrendo a arguição, esta é feita em relação processual onde a lide a resolver-se tem por objeto matéria estranha ao controle, entrando a arguição apenas como incidente, e por isto mesmo, podendo ser arguida em qualquer grau ou juízo.”

Essas decisões sobre a constitucionalidade proferidas pelos órgãos inferiores do Judiciário não são, em princípio, definitivas, podendo a controvérsia ser levada até à última instância, alcançando a Corte Suprema (o STF) por meio do Recurso Extraordinário (CF/88, art. 102, III).

O Código de Processo Civil (CPC) regula a matéria no âmbito dos Tribunais, ao prever que, arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o representante do Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara a que tocar o conhecimento do processo (CPC, art. 480).

Nos termos do art. 481, “se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno”.

Destaque-se que, pelo comando do artigo 97 da CF/88, os tribunais só poderão declarar a inconstitucionalidade das leis e dos demais atos do Poder Público pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou pela maioria absoluta dos membros do respectivo órgão especial⁴. Essa regra específica para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais denomina-se “Reserva de Plenário”.

Depois de inúmeros precedentes (AgRg. no AgIn. 472.897⁵ e Recursos Extraordinários: RE 240.096⁶, RE 319.181⁷ e RE 544.246⁸), o STF, com

⁴ O art. 93, XI, da CF/88 faz referência a “órgão especial” nos termos seguintes: “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”.

⁵ AgRg no AI 472.897/PR, 2ª T., j. 18/9/2007, rel. Min. Celso de Mello. A discussão nesse julgamento girou em torno da possibilidade constitucional de a isenção outorgada por Lei Complementar (LC nº 70/91) ser revogada por mera Lei Ordinária (Lei nº 9.430/96) – existência de matéria constitucional.

⁶ RE 240.096-2/RJ, 1ª T., j. 30/3/1999, rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição”.

⁷ RE 319.181-1/DF, 1ª T., j. 21/5/2002, rel. Min. Ellen Gracie. Originário do Distrito Federal, em que a recorrente (União) se insurgiu contra acórdão do Tribunal Federal da 1ª Região, que, por maioria, concedeu mandado de segurança em favor da impetrante, assegurando-lhe o direito de comercializar cigarros em embalagens com quantidade inferior a vinte unidades. Ementa: Controle de constitucionalidade: reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal). Inobservância. Recurso Extraordinário conhecido e provido, para cassar a decisão recorrida, a fim de que seja a questão de inconstitucionalidade submetida ao órgão competente.

⁸ RE 544.246-2/SE, 1ª T., j. 15/5/2007, rel. Sepúlveda Pertence. Recurso Extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, por violação ao art. 5º, XXXVI, e ao art. 97 da Constituição Federal. Ementa: Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): viola o dispositivo constitucional o acórdão proferido por órgão fracionário, que declara a inconstitucionalidade de lei, ainda que parcial, sem que haja declaração anterior proferida por órgão especial ou plenário.

base no art. 103-A⁹ da CF/88, introduzido pela EC nº 45/2004, e na Lei nº 11.417/06, editou a Súmula Vinculante nº 10, de 27 de junho de 2008, determinando que: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.¹⁰

Em matéria de Recurso Extraordinário, importa observar que a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe duas importantes alterações no tocante ao cabimento do referido recurso perante o Supremo Tribunal Federal. A primeira é a ampliação das hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário, passando-se a dispor que o recurso também será cabível quando a decisão recorrida tiver julgado válida lei local contestada em face de lei federal (CF/88, art. 102, III, *d*). Tal competência, até então, era do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de recurso especial.

Todavia, a competência repassada ao STF concerne ao exame da controvérsia, em Recurso Extraordinário, tão somente quando a decisão recorrida julgar válida lei local (ato legislativo propriamente dito, em sentido estrito) contestada em face de lei federal. Se o conflito for de ato (atos administrativos em geral) de governo local contestado em face de lei federal, a competência permanece com o STJ, em sede de recurso especial (CF/88, art. 105, III, *b*).

⁹ Veja CF/88: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (BRASIL, 1988).

¹⁰ STF. Súmula Vinculante nº 10, Data de Aprovação: Sessão Plenária de 18/6/2008 (BRASIL, 2011).

A segunda alteração trazida ao Recurso Extraordinário pela EC nº 45/2004 foi a exigência de que o recorrente demonstre a Repercussão Geral¹¹ das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o STF examine a admissão do Recurso Extraordinário. A Constituição Federal, no § 3º do art. 102, traz a seguinte redação: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Por determinação desse dispositivo, a demonstração da Repercussão Geral das questões constitucionais discutidas no caso passou a ser pressuposto constitucional de admissibilidade do Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Em caso negativo – não demonstração da Repercussão Geral das questões discutidas no caso pelo recorrente –, o STF poderá recusar o Recurso Extraordinário, desde que pela manifestação de dois terços de seus membros (oito ministros).

O exame da Repercussão Geral para o conhecimento do Recurso Extraordinário pelo STF foi regulamentado pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou à Lei nº 5.869 (Código de Processo Civil), de 11 de janeiro de 1973, os artigos 543-A e 543-B. Determina esta lei que, “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

É importante ressaltar que a recusa ao Recurso Extraordinário, pela inexistência de Re-

¹¹ A Arguição de Relevância prevista na EC nº 7/77 e a Medida Provisória nº 2.226, de 4/9/2001, são precedentes da Repercussão Geral no ordenamento brasileiro. Neste sentido, confira Dantas (2009).

percurso Geral, somente poderá ser decidida pelo Plenário do STF, por dois terços dos seus membros (oito ministros). Em outras palavras, as Turmas não dispõem de competência para recusar o Recurso Extraordinário em razão da inexistência da Repercussão Geral; elas somente poderão decidir, se for o caso, pela existência da Repercussão Geral, mediante o mínimo de quatro votos, situação na qual o Recurso Extraordinário será admitido sem a necessidade de manifestação do Plenário.

Negada a existência da Repercussão Geral (sempre pelo Plenário), 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 STF¹².

Na prática, o instituto da Repercussão Geral tem funcionado, produzindo resultados em quantidade. Os dados estatísticos do Supremo Tribunal Federal são reveladores. Até 31 de agosto de 2012, o Tribunal já havia reconhecido 423 temas com Repercussão Geral. Isso representa, em termos percentuais, 71,21% do total de pedidos. Os temas negados foram 156 (26,26%); os temas em análise, 15 (2,53%).¹³

Até a presente data, já foram julgados 117 casos de Recursos Extraordinários, cujas matérias tiveram Repercussão Geral reconhecida. Em um dos casos, o STF impediu o terceiro mandato consecutivo de prefeito em municípios distintos, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE 637485) interposto por Vicente de Paula de Souza Guedes contra acórdão do TSE que confirmou decisão de cassar o diploma dos candidatos eleitos para os cargos de prefeito

e vice-prefeita do município de Valença (RJ) no pleito de 2008. Por decisão majoritária, os ministros deram provimento ao recurso, ao entender que o TSE poderia ter modificado antiga jurisprudência sobre a matéria, mas, para isso, deveria modular os efeitos da decisão, por motivo de segurança jurídica.

Por fim, vale registrar que são inúmeras as matérias abrangidas pela Repercussão Geral, incluindo temas vinculados a direito tributário, administrativo, eleitoral, previdenciário, civil, penal, entre outros.

3.1. Efeitos da decisão do STF no controle concreto e atuação do Senado Federal

Conforme já demonstrado, no controle difuso, em qualquer caso, seja perante o juízo singular de primeiro grau, seja perante os tribunais, o que se busca é o simples afastamento da aplicação da lei ao caso concreto. Os efeitos da decisão serão os mesmos, independentemente do órgão de que tenha sido emanada. A decisão no controle difuso só alcança as partes do processo (eficácia *inter partes*), não dispõe de efeito vinculante e, em regra, produz efeitos retroativos (*ex tunc*).

Por que a decisão só alcança as partes do processo? Porque, no controle difuso, o interessado, no curso de uma ação, requer a declaração da inconstitucionalidade da norma com a única pretensão de afastar a sua aplicação ao caso concreto. Logo, é somente para as partes que integram o caso concreto que o juízo estará decidindo, constituindo a sua decisão uma resposta à pretensão daquele que arguiu a inconstitucionalidade.

Desse modo, a pronúncia de inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento jurídico, pois, em relação a terceiros, não participantes da lide, a lei continuará a ser aplicada, integralmente, ainda que supostamente esses

¹² Confira as Emendas Regimentais nos 21 a 24 do STF e a Portaria nº 177, de 26/11/2007 (BRASIL, 2013b), pois aí se encontra a regulamentação da matéria do Recurso Extraordinário no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

¹³ Repercussão Geral. Estatísticas e relatórios (BRASIL, 2012b).

terceiros se encontrem em situação jurídica semelhante à das pessoas que figuram como partes na ação em que foi declarada a inconstitucionalidade.

Embora a regra seja a pronúncia da inconstitucionalidade no controle concreto ter eficácia retroativa (*ex tunc*), poderá o STF, por dois terços dos seus membros (8 ministros), em situações excepcionais, tendo em vista razões de segurança jurídica ou relevante interesse social, outorgar efeitos meramente prospectivos (*ex nunc*) à sua decisão, ou mesmo fixar um outro momento para o início da eficácia de sua decisão. A título exemplificativo, vejamos o caso do RE 197.917-8/SP.

Na apreciação do RE 197.917-8/SP¹⁴, o STF admitiu a tese da declaração de inconstitucionalidade *pro futuro* no controle concreto, excepcionalmente. Esse Recurso versava sobre o número de vereadores proporcional à população, à luz do art. 29, IV, da CF/88. O Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do antigo critério para fixação da composição máxima das Câmaras Municipais em 25 de março de 2004, mas diferiu o início da eficácia de sua decisão para um momento futuro, de forma a só alcançar a formação da legislatura seguinte.

Diferentemente do que ocorre no controle concentrado, abstrato, a decisão no controle concreto não dispõe de força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, nem efeito *erga omnes*, ainda quando proferida pelo STF, ressalvados os casos admitidos e julgados em Recursos Extraordinários com Repercussão Geral.

Por outro lado, além da hipótese aludida, existem mais duas situações nas quais há a ampliação dos efeitos da declaração incidental de

inconstitucionalidade: a primeira, mediante a suspensão da execução da lei por ato do Senado Federal; a segunda, por meio da aprovação de uma Súmula Vinculante pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Analisemos brevemente essas hipóteses.

Declarada definitivamente a inconstitucionalidade da lei pelo STF no âmbito do controle difuso, a decisão é comunicada ao Senado Federal para que este, entendendo conveniente, suspenda a execução da lei, conferindo eficácia *erga omnes* à decisão da Corte Suprema.

Não obstante a tradição e a clareza do texto constitucional (art. 52, inciso X, da CF/88), atualmente se vem tentando uma “nova” compreensão acerca da participação do Senado no controle incidental. Trata-se do fenômeno da mutação constitucional, resultante da interpretação judicial.

Toma-se aqui um caso prático: a Reclamação nº 4.335-5/AC. O julgamento dessa Reclamação tem suscitado polêmica no meio jurídico e no parlamento pátrio, em relação à interpretação do art. 52, X, da CF/88. Até a presente data, não se tem um julgamento final; o caso ainda se encontra em discussão no Plenário do STF. O que está em questão é se uma decisão anterior proferida em sede de controle difuso poderia ter validade *erga omnes* sem a edição da resolução suspensiva pelo Senado Federal.

A (hipó)tese que tenta viabilizar a aplicação do fenômeno da mutação constitucional é defendida por dois dos Ministros da Excelsa Corte, Gilmar Mendes e Eros Grau (aposentado). Para eles, houve uma “clássica mutação constitucional” do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988. Tudo indica que, se a tese da mutação constitucional for vitoriosa no STF, estaremos diante de uma nova perspectiva no controle difuso (MEDEIROS, 2010; DANTAS, 2010).

A outra hipótese de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade,

¹⁴ RE nº 197.917-8/SP – Tribunal Pleno, j. 6/6/2002, rel. Min. Maurício Corrêa. Recorrente: Ministério Público Estadual; Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrelas e Outros.

no controle incidental, seria por meio da aprovação de uma Súmula Vinculante pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

3.2. Súmula Vinculante

O instituto da Súmula Vinculante foi criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (a denominada Reforma do Judiciário). Antes só se falava em efeito vinculante ou caráter vinculante das decisões do STF, no âmbito do controle concentrado, nas Ações Diretas. O texto constitucional anterior, redigido pela EC nº 3, de 17 de março de 1993, dispunha: “Art. 102. (...) § 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 ao Poder Executivo”.

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, ampliou o caráter vinculante ao determinar, em seu art. 28, parágrafo único, que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Posteriormente, com a EC nº 45/2004, o texto do art. 102, § 2º, foi revisto nos termos seguintes: “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”.

Por outro lado, a ausência de força vinculante nas decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle concreto faz com que milhares de processos judiciais com o mesmo objeto cheguem ao conhecimento da Corte Suprema para que ela declare, em cada caso, o entendimento inúmeras vezes já assentado. Na busca de solução para tal problema, com consequências insuportáveis ao jurisdicionado, o constituinte brasileiro, por meio da EC nº 45/2004, introduziu no sistema de controle brasileiro a figura da Súmula Vinculante.

Para a edição de Súmula Vinculante pelo STF, a Constituição Federal exige, especialmente, a observância de quatro requisitos cumulativos, a saber: matéria constitucional; existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre essa matéria constitucional; existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública; e o fato de a controvérsia acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

A Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 20 de dezembro de 2006, regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal e alterou a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Cabe inicialmente observar que a Súmula se limita à matéria constitucional. Nesse sentido, coube ao STF a titularidade para editar, revisar e cancelar enunciado de Súmula Vinculante (art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.417/06).

O Supremo Tribunal Federal poderá aprovar, rever ou cancelar Súmula Vinculante: por iniciativa própria (de ofício) ou por iniciativa de qualquer dos legitimados na Constituição e na lei. Eis um dos pontos positivos da lei: a ampliação do rol de legitimados a provocar o STF.

A Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos

judiciários ou entre esses e a Administração Pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.417/06).

Seguindo a lógica das leis que tratam do controle abstrato de constitucionalidade (Lei nº 9.868/99, arts. 22 e 27; Lei nº 9.882/99, art. 11), o legislador repetiu a regra geral, ao admitir que a Súmula terá eficácia imediata, podendo o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, 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 (art. 4º).

A Lei nº 11.417/06, em seu art. 7º, estatui que a decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de Súmula Vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente poderá ser objeto de Reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou de outros meios admissíveis de impugnação.

Entretanto, contra omissão ou ato da Administração Pública, o uso da Reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. Seguindo-se a crítica de Ivo Dantas, esse dispositivo é de constitucionalidade duvidosa (DANTAS, 2010, p. 235).

Ao julgar procedente a Reclamação, “o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso” (art. 7º, § 2º).

Se a Reclamação estiver sendo ajuizada contra uma decisão administrativa que o administrado entenda haver violado enunciado de Súmula Vinculante, o STF, acolhendo a Reclamação, dará ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento de recurso, que deverão adequar as futuras decisões

administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal (Lei nº 9.784/99, art. 64-B, acrescido pela Lei nº 11.417/06).

Várias questões foram suscitadas, no âmbito doutrinário, acerca da Súmula Vinculante. Uma delas se refere à possibilidade de o STF conferir efeito vinculante às suas atuais súmulas, isto é, àquelas súmulas que já estavam vigentes na data de publicação da EC nº 45/2004. É possível desde que a súmula seja confirmada por decisão de 2/3 (dois terços) dos ministros do STF e publicada na imprensa oficial¹⁵.

Finalmente, já passados mais de 8 anos da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe novos institutos de direito processual constitucional ao sistema jurídico pátrio, como a súmula dotada de efeito vinculante, regulamentada pela Lei nº 11.417/06, o Supremo Tribunal Federal, por um lado, já aprovou, até o presente momento, um número de 32 (trinta e duas); por outro, existem várias propostas de súmula vinculante aguardando a apreciação da Corte.

4. Controle abstrato: Ações Diretas

A Constituição de 1988 consagra, ao lado do controle concreto, o controle abstrato, consubstanciado na jurisdição outorgada ao Supremo Tribunal Federal para as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, quando são impugnados leis ou atos normativos federais ou estaduais, por ofensa à Constituição Federal. Trataremos aqui, resumidamente, dos aspectos mais gerais das Ações Diretas, ou seja, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO),

¹⁵ As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial (EC nº 45/06, art. 8º).

da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

4.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

A primeira delas, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, é a ação típica do controle abstrato brasileiro. Sua previsão é expressa no texto da Constituição Federal de 1988, que prescreve: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: 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”.

Seu processo é regulado pela Lei nº 9.868, de 11 de novembro de 1999, que também disciplina os processos da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Esta última é regulada pela Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009, que acrescentou à Lei nº 9.868/99 o Capítulo II-A.

A ADI tem como objeto a suposta inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual. Refere-se a duas coisas distintas: a lei como gênero, dada a sua posição preeminente no sistema de fontes, e, por outro lado, os atos normativos federais ou estaduais, como figuras equiparadas à lei, considerando-se a sua capacidade de inovar na ordem jurídica.

A caracterização do objeto é uma exigência da própria natureza de excepcionalidade do controle de constitucionalidade, o qual recomenda postura rigorosa na determinação das categorias lei ou ato normativo, federal ou estadual, e na apresentação da violação do texto constitucional. A definição de ato normativo é oferecida pelo STF com base nas ideias de generalidade e abstração próprias das denominadas normas primárias, as quais inovam o ordenamento jurídico, não apenas pelo nome ou título do tipo normativo.

Ao contrário do que ocorre com a lei formal, em relação aos atos normativos se exigem, para efeito de controle de constitucionalidade, certas qualidades jurídicas que os diferenciam de outros atos normativos não passíveis desse tipo de fiscalização. Fala-se da generalidade e da abstração, atributos próprios da noção de lei, como ato do poder público, como norma. O sentido do significante nem sempre é de fácil determinação, mas a locução “ato normativo”, prevista no art. 102, I, alínea *a*, da CF/88, dá sempre a ideia de ato do poder público que comunica uma norma (CLÈVE, 2000, p. 188-189).

O STF estabeleceu que somente se mostram susceptíveis de controle abstrato atos normativos concebidos no sentido material, ou seja, reves-

tidos do mínimo grau de abstratividade e generalidade. Ato normativo em sentido formal, que tenham objeto e destinatário certos, não importando a esfera de competência da qual provenham, só se submetem ao controle de constitucionalidade judicial do tipo concreto (difuso) (BRASIL, 1992).

Com base na exigência de generalidade e abstração da norma, que deve disciplinar relações *in abstracto*, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem excluído do controle de constitucionalidade todo ato administrativo que tenha objeto determinado e destinatários certos, ainda que ele seja editado sob a forma de lei (lei meramente formal). Estes são os chamados atos de efeito concreto (MARTINS; MENDES, 2007, p. 177).

O objeto da ADI é a lei ou o ato normativo federal ou estadual impugnado, desde que editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal. Frise-se: federal ou estadual. Nesse sentido, o direito municipal (Lei Orgânica e leis e atos normativos municipais) não pode ser impugnado em sede de ADI, perante o STF. O direito municipal somente poderá ser declarado inconstitucional pelo STF no âmbito do controle difuso, quando uma controvérsia concreta chega ao Tribunal por meio do Recurso Extraordinário, ou, excepcionalmente, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade visa à defesa da ordem constitucional, possibilitando a extirpação de lei ou ato normativo inconstitucional do sistema jurídico. Não se visa – como ocorre no controle incidental – à garantia de direitos subjetivos, à libertação de alguém no acatamento de uma lei inconstitucional. O autor da ADI não atua na qualidade de alguém que postula interesse próprio, pessoal, mas na condição de defensor do interesse coletivo, traduzido na preservação da higidez do ordenamento jurídico.

Diferentemente do que ocorria no regime da Carta de 1967/69, em que a legitimação ativa para a Ação Direta de Inconstitucionalidade pertencia exclusivamente ao Procurador-Geral da República, a Constituição de 1988 ampliou significativamente o rol dos legitimados ao exercício do controle concentrado. Isso tem sido um dos mais importantes fatores de transformação da jurisdição constitucional no Brasil.

O procedimento da ADI, nos termos disciplinados na Lei nº 9.868/99, tem incorporado os principais dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e a experiência desse Tribunal ao julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade genérica, introduzidas no sistema constitucional brasileiro com a EC nº 16/65.

Prescreve o artigo 3º da Lei nº 9.868/99 que o autor deve indicar o dispositivo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações e o pedido, com suas especificações. Deverá

a inicial conter cópia do ato impugnado e procuração quando a peça for suscitada por advogado (BRASIL, 2003).

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 (art. 27, Lei nº 9.868/99).

A falta desse mecanismo de fixação dos efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade asfixiava o sistema de controle, pois acabava por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais. Limitar os efeitos era preciso para adequá-los às situações da vida.¹⁶

Por último, cumpre ressaltar que a Lei nº 9.868/99, em seu art. 28, parágrafo único, previu a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculatório das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos processos de controle de constitucionalidade. Antes a EC nº 3/93 só previa eficácia contra todos e efeito vinculante nas decisões definitivas de mérito nas ações declaratórias de constitucionalidade. A Emenda Constitucional nº 45/2004 unificou os efeitos e elevou o instituto ao nível constitucional.

Quanto à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), há um aspecto que a diferencia da ADI. Trata-se do pedido do autor, que, na ADI, é pela declaração da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo federal ou estadual, enquanto, na ADC, é pela declaração da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal. Por essa razão, doutrinariamente se diz que a ADC é uma ADI de sinal trocado.

Quanto aos legitimados para propor a ADC, a redação original da EC nº 3/93 previa os seguintes legitimados: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República.

O artigo 13 da Lei nº 9.868/99, em conformidade com o texto constitucional, como não poderia deixar de ser, reproduziu o dispositivo constitucional. A Emenda Constitucional nº 45/2004, contudo, estendeu o direito de ação a todos os órgãos e entes previstos no artigo 103 da Constituição, equiparando-os, assim, aos legitimados da ADI.

¹⁶ Pela ADI 4029-DE, o STF não declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 11.516/07 (criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade), originária de Medida Provisória que tramitou no Congresso Nacional (CN) em desconformidade com o rito legislativo. O Tribunal deu um prazo de dois anos para que o CN edite nova norma para garantir a continuidade da autarquia. Com a decisão, a lei em questão e as demais MPs convertidas em lei sob o rito previsto na Resolução 1/2002 foram validadas, e o CN deverá seguir, daqui para frente, o trâmite previsto na Constituição Federal (BRASIL, 2012c).

4.2. Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)

Outra modalidade de Ação Direta prevista na Constituição de 1988 é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Essa ação foi introduzida no direito brasileiro sob a influência da Constituição Portuguesa de 1976, que, em seu artigo 283º, prevê a hipótese de inconstitucionalidade por omissão.

Como modalidade abstrata de controle, a ADO destina-se a tornar efetiva disposição constitucional que dependa de complementação (norma constitucional não autoaplicável), não concretizada por causa da omissão do órgão encarregado da elaboração normativa, que fica inerte. Sua regulamentação se deu pela Lei nº 12.063, de 27 de outubro 2009, que acrescentou à Lei nº 9.868/99 o Capítulo II-A.

A ADO possui a mesma natureza jurídica da ADI. Elas são ações do controle abstrato, instauram processos tipicamente objetivos de fiscalização da validade das leis e dos atos normativos, podem ser ajuizadas pelos mesmos legitimados e são de competência exclusiva do STF quando propostas em face da Constituição Federal.

O objetivo da ADO é implementar a norma faltante no ordenamento jurídico, promovendo a função integrativa do sistema jurídico. Contrariamente ao que sucede na ADI, cuja finalidade é expelir a norma impugnada do ordenamento, o fim da ADO é a obtenção de uma sentença contendo um comando dirigido ao poder ou ao órgão competente para que ele atue em obediência à norma constitucional a fim de “colmatar a lacuna jurídica”.

Podem-se perceber claramente as diferenças existentes entre as duas ações judiciais. No plano prático, é de se observar que a ADO e o Mandado de Injunção não têm trazido os resultados esperados, sobretudo quando a

orientação do STF, na maioria dos casos, apenas reconhece a “mora” em relação a quem deveria legislar, transformando os institutos em “letra morta”. A jurisprudência brasileira não tem sabido dar uma aplicação verdadeiramente efetiva ao mandado de injunção (ROSA, 2000, p. 469).

O reconhecimento da mora representou um passo importante para a construção jurisprudencial do Mandado de Injunção, inclusive com a admissão do Mandado de Injunção Coletivo (STF – MI 20-4/DF, Confederação dos Servidores Públicos do Brasil X Congresso Nacional, rel. Celso de Mello, 22/11/1996). Foi, entretanto, com os julgamentos do MI 712-PA e do MI 670-ES, na sessão de 7 de junho de 2006, que a Corte Suprema buscou revisar parcialmente o entendimento até então adotado.

Por outro lado, no tocante à ADO, o poder competente que for declarado como omissor tem 30 dias para adotar as medidas necessárias (art. 103, § 2º, da CF/88; art. 12-H, §1º, da Lei 9.868/99, acrescentado pela Lei nº 12.063/09). Quando houver necessidade de o Poder Legislativo adotar providências, em casos de ausência de lei para garantir o direito constitucional, o prazo poderá ser estipulado pelo tribunal.

Na prática, a propósito, mencione-se o caso da ADI nº 2.061-7/DF, na qual o STF reconheceu a omissão do Presidente da República em relação ao art. 37, X, da CF/88 (com a redação dada pela EC nº 19, de 4 de junho de 1998), que trata da revisão geral da remuneração dos servidores da União (BRASIL, 2002).

Nesse julgado, ficou claro que, sem a fixação de prazo e sem ter como obrigar o legislador a produzir a espécie legislativa, a ADO se apresenta como “mero conselho”, como afirma Ivo Dantas (2007, p. 514-515).

Com efeito, este tem sido o entendimento do Pleno do STF em relação ao instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: ela confere ao Supremo Tribunal

Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Nesse sentido, não assiste ao Supremo Tribunal Federal criar regras, em face dos próprios limites fixados pela Lei Maior, em sede de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF/88). Essa prerrogativa de expedir provimentos normativos compete ao órgão legislativo em mora.

4.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

Por último, outro mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade das normas, previsto na Constituição Federal de 1988, é o instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), denominada também de Ação. Essa ação veio completar o sistema de controle de constitucionalidade concentrado no Brasil.

Sua previsão se encontra no artigo 102, § 1º, da Constituição de 1988. Regulamentada só depois de mais de dez anos, pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a ADPF veio preencher um espaço até então não contemplado pelas ADIs. Os exemplos mais notórios são a possibilidade de impugnação de atos normativos municipais em face da Constituição da República e o cabimento da ação quando houver controvérsia envolvendo direito pré-constitucional. Também por meio dessa Ação Direta, pode ser impugnado qualquer ato do Poder Público de que resulte lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição Federal.

Esse novo instituto representou uma relevante alteração no sistema de controle de constitucionalidade. Até a instituição da ADPF, o direito municipal e o direito pré-constitucional não podiam ter a sua validade em abstrato impugnada perante o STF, uma vez que, conforme já demonstrado, a ADI e a ADC só admitem como objeto de questionamento as leis e os atos normativos praticados na vigência da Constituição Federal de 1988.

O pressuposto essencial para o ajuizamento da ADPF é o descumprimento de “preceito fundamental”, expressão que nem a Constituição, nem a Lei definem, remetendo-se à doutrina e à jurisprudência a sua compreensão (MENDES, 2011, p. 36). Por tratar-se de um conceito indeterminado, de alto teor axiológico em sua definição, o instituto se viu envolvido em inúmeras controvérsias.

A primeira questão a ser enfrentada seria definir o termo “descumprimento”, sem confundir-lo com a noção de inconstitucionalidade *lato sensu*. Na técnica jurídica, o termo “cumprimento” significa ato ou efeito de cumprir, satisfazer um dever legal (SILVA, 1994, p. 592) ou executar algo; seu oposto, portanto, é a não satisfação ou não execução, desviando-se daquilo que se prescreve.

A segunda questão diz respeito ao sentido e ao alcance da expressão “preceito fundamental”. Em relação ao alcance da expressão, o preceito compreende apenas os princípios, e não as regras constitucionais? O que é fundamental, exigido pela Constituição?

Em relação à primeira questão, André Ramos Tavares sustenta que o termo “preceito” não se identifica com o mero princípio, tampouco com a mera regra, mas que deve ser tomado como norma constitucional; em relação à segunda questão – a expressão “preceito fundamental” –, traduz-se o que é imprescindível, basilar ou irrecusável no ordenamento constitucional. São eles, precisamente, por um lado, parcela dos princípios constitucionais, bem como, por outro, regras cardinais de um sistema constitucional, constituídas essencialmente por um conjunto normativo assegurador de direitos humanos (TAVARES; ROTHENBURG, 2001, p. 152-153).

A noção do que é fundamental conduz, em uma interpretação finalista e sistemática, a superar a ideia de que todo princípio constitucional, por si só, seria fundamental. Convém reconhecer que os princípios têm distintas potencialidades e que, para o alcance do conceito, há que partir da determinação do âmbito de incidência de cada princípio e avançar em direção àqueles preceitos que se impregnam de valores transcendentais, que têm aplicação não apenas em certos setores, mas na totalidade do ordenamento constitucional, isto é, princípios como valores fundamentais, que governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica (BONAVIDES, 2010, p. 288-289).

Desde a aprovação da Lei nº 9.882/99 até 31 de agosto de 2012, foram propostas, perante o STF, 256 ADPFs, das quais 145 já foram julgadas em decisão final, 14 em decisão liminar e 97 aguardam julgamento (BRASIL, 2012a). A primeira ADPF admitida pelo STF foi a de nº 4, na qual se procurava evitar lesão a preceito fundamental e dirimir controvérsia sobre ato normativo efetivado pelo Presidente da República quando fixou o salário mínimo por meio da Medida Provisória nº 2.019, de 20 de abril de 2000.

Ressalte-se, por fim, o julgamento recente da ADPF nº 54 – o caso do aborto de feto anencéfalo. Foi concedida, em 2 de agosto de 2004, monocraticamente, liminar requerida para determinar o sobrestamento dos processos e das decisões não transitadas em julgado e para reconhecer o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos. Na sessão de 20 de outubro 2004, o Tribunal negou referendo à liminar concedida.

O julgamento final se deu na sessão plenária do dia 12 de abril de 2012. O Tribunal decidiu, por maioria e nos termos do voto do relator, julgar procedente a ação (ADPF nº 54) para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto

anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo ministro Celso de Mello; e contra os votos dos ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Estavam ausentes, justificadamente, os senhores ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli (BRASIL, 2004).

Ademais, vale destacar que as decisões proferidas pelo STF em sede de ADPF são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o que significa dizer que as orientações firmadas pela Corte Suprema nessa ação nortearão o juízo sobre a legitimidade ou a ilegalidade de atos de teor idêntico editados pelas diversas entidades federadas.

5. Críticas e perspectivas de reforma do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil

Depois de analisadas as principais características do controle híbrido de constitucionalidade no Brasil, parece conveniente cogitar as críticas e as perspectivas de reforma desse sistema de controle das leis.

É certo que os modelos jurisdicionais de controle da constitucionalidade, quando postos em prática, frequentemente apresentam imperfeições, sobretudo quando se trata de modelos importados sem qualquer alteração – seja o modelo europeu-kelseniano (concentrado), seja o modelo norte-americano (difuso), seja ainda o modelo híbrido, que une elementos dos dois anteriores. Por essa razão, estão sempre a reclamar mudanças, reformas e ajustes.

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade inaugurado a partir da Constituição de 1988 tem passado por reformas e ajustes ao

longo desses últimos vinte anos. Com a Emenda nº 3, de 17 de março de 1993, introduziu-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Em nível infraconstitucional, ressaltou-se a aprovação da Lei nº 9.868/99 e a da Lei nº 9.882/99, dispondo a primeira sobre o processo e o julgamento da ADI e da ADC perante o STF, e a segunda, sobre o processo e o julgamento da ADPF. A EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituiu novos mecanismos no sistema de controle concreto de constitucionalidade. No âmbito do controle concreto, a Emenda Regimental do STF nº 45, de 18 de maio de 2011, ampliou a competência das Turmas do STF para o processo e o julgamento de várias classes processuais e suas respectivas matérias, tais como: extradições, mandados de segurança, mandados de injunção, *habeas corpus* e outras ações de interesse da magistratura e dos tribunais.

As críticas segundo as quais o STF tem assumido uma postura “mais política” em suas decisões vêm de vários segmentos da sociedade, inclusive de ex-ministros da Corte, hoje aposentados. Em entrevista publicada pelo jornal *Valor Econômico*, o ministro aposentado do STF José Carlos Moreira Alves revela a sua perplexidade com o rumo que a Corte Constitucional brasileira vem tomando nesses últimos dez anos: “Hoje, o STF está adotando uma posição mais política do que antigamente”. Sobre o ativismo judicial, disse: “No meu tempo não havia isso; mas vão dizer que estou ficando velho e não compreendo os temas novos” (ALVES, 2011).

Na época em que atuou como ministro, a tese seguida fielmente pelo STF era a de que não cabe à Corte criar ou indicar normas, caso o Congresso demore a aprovar leis. Argumentou o ministro que, na atualidade, esta não tem sido a orientação do Tribunal, que tem ultrapassado o “semáforo” dessa regra. Exemplo disso deu-se em 2007, quando o STF decidiu que, na falta de aprovação pelo Congresso de uma lei sobre a

paralisação do trabalho pelos servidores públicos, eles teriam de seguir a lei de greve do setor privado.

O Supremo, nesse sentido, tornou-se ativista? O ministro respondeu: “Esse é o problema”, porque, “ao se elaborar uma lei ou ao se indicar quando ela será aplicada, se conduz a um poder político de dizer: a normatividade é essa”.

Explicou Moreira Alves que, antes, ao receber pedidos judiciais para que o Congresso aprovasse uma lei, via Mandado de Injunção ou ADO, o STF apenas fazia uma comunicação aos parlamentares de que eles estavam demorando para garantir um direito à população. Em sua opinião, o Mandado de Injunção é um instituto que não possibilita a criação de normas, mas apenas constitui um instrumento de alerta ao Congresso Nacional para que ele crie as normas.

Outro aspecto revelador do ativismo judicial, que não existia na época do ministro Moreira Alves, refere-se à sentença aditiva, segundo a qual o tribunal acrescenta regras à lei a fim de que uma decisão seja cumprida. Isso aconteceu em pelo menos dois casos julgados, com grande repercussão: no julgamento que autorizou as pesquisas de células-tronco (ADI – 3.510-DF), quando o STF criou regras para a realização dessas pesquisas (BRASIL, 2010); e na demarcação da reserva Raposa Serra do Sol (PET – 3388), quando os ministros fixaram novas condições para que a terra fosse devolvida para os indígenas.

Na verdade, o STF vem assumindo o perfil de um verdadeiro Tribunal Constitucional, mais preocupado em resolver grandes questões do país, e, por isso, passou a indicar qual é o direito a ser aplicado mesmo na falta de leis. O problema é saber justamente se a Constituição outorga esse poder ou se ele foi criado pelo próprio STF. O certo é que existe essa tendência no Tribunal, e, pelos últimos julgamentos da Corte, pode-se concluir que é uma tendência irreversível, a curto prazo.

O grande desafio do STF é ficar no terreno do razoável, e não começar a criar normas absolutamente “novas” em matéria de direito. Trata-se de tarefa bastante difícil e polêmica, que o Tribunal tem levado adiante, enfrentando questões relevantes e populares, que dividem a opinião pública do país, tais como: “a relação homoafetiva e a entidade familiar” (ADI 4.277-DF e ADPF 132-RJ), decidida em 5 de maio de 2011; “o aborto de feto anencéfalo” (ADPF 54), decidida em 12 de abril de 2012; e “as cotas raciais em universidades” (RE 597285), tema com repercussão geral, julgado em 9 de maio de 2012.

No âmbito do controle difuso, lembremos o julgamento da Reclamação nº 4.335-5/AC, no qual há uma tentativa de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, pela via interpretativa. A questão posta é a seguinte: se uma decisão anterior proferida em sede de controle difuso poderia ter

validade *erga omnes* sem a edição de Resolução Suspensiva pelo Senado Federal. Tudo indica que, se a tese da mutação constitucional for vitoriosa no STF, estaremos diante de uma nova perspectiva no controle difuso.

Entre as críticas relacionadas à posição mais política do STF ou ao ativismo judicial, merece destaque a Proposta de Emenda Constitucional que visa a estabelecer limites à Corte Suprema. Trata-se de proposta aprovada por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados, que autoriza o Congresso a sustar atos normativos do Poder Judiciário. A proposição, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, altera o artigo 49, V, da CF/88 para consignar ao Congresso Nacional competência para sustar também os efeitos de decisão judicial que implicar usurpação de competência privativa do Poder Legislativo.

No mesmo sentido, na Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, que tramita na Câmara dos Deputados e já foi aprovada pela CCJ, o mesmo parlamentar propõe, entre outras coisas, a ampliação – de seis para nove – do número mínimo de ministros do STF necessários para declarar a inconstitucionalidade de normas. Com isso, o proponente acredita que contribui para reduzir o ativismo judicial na Suprema Corte. Argumenta-se que: “Em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Judiciário vem deslocando do Legislativo boa parte do debate de questões relevantes, como as ações afirmativas de cotas raciais e a questão das células-tronco” (CONSULTOR JURÍDICO, 2011).

No campo doutrinário, as críticas ao STF são generalizadas. A principal delas se refere à falta de legitimidade da Suprema Corte para decidir sobre questões de natureza política, normativa, fazendo as vezes do legislador, o que viola o princípio republicano da separação dos poderes.

Para respaldar tal postura, é necessário conferir maior legitimidade ao STF. No entanto,

para que isso aconteça, teria de ser feita uma reforma, alterando-se a escolha de seus membros: uma parte seria indicada pelo Presidente da República, sem o *referendum* do Senado Federal, e a outra parte, eleita pelo Congresso Nacional, com mandato determinado, como acontece com os membros dos Tribunais Constitucionais, por exemplo, em Portugal.

Outra proposta de reforma no modelo brasileiro, menos radical, no âmbito do controle abstrato, seria inserir a fiscalização judicial preventiva de algumas matérias, tais como: tributária, administrativa, previdenciária. Essa proposta foi defendida pelo ministro do STF Dias Toffoli, quando comentou a fiscalização preventiva adotada em Portugal. Para ele, o controle preventivo de constitucionalidade poderia ser uma boa solução para problemas enfrentados pelos brasileiros. O controle de leis antes da sanção presidencial, na visão do ministro, seria admitido em duas hipóteses: nas normas tributárias e nas leis sobre remuneração de servidor público – neste último caso, porque faz com que muitos aposentados ou funcionários públicos de outras carreiras peçam equiparação. Em suas palavras: “Estas duas espécies de leis, editadas em todos os entes da federação (União, estados, Distrito Federal e municípios), são as mais questionadas quanto à constitucionalidade. Evitaríamos inúmeras ações se o STF já pudesse definir sua validade” (SCRIBONI, 2011).

São propostas que, por um lado, transformariam o controle híbrido de constitucionalidade em um sistema misto complexo, no qual haveria parte das leis controlada por um órgão político e parte controlada por um órgão jurisdicional, sendo a última palavra do órgão político. Por outro lado, transformaria o Supremo Tribunal Federal em um autêntico Tribunal Constitucional. Isso, contudo, não seria tarefa de um Poder Reformador, em razão dos limites constitucio-

nais impostos. Salvo melhor juízo, somente seria possível por meio de uma Assembleia Nacional Constituinte.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. Carta não autoriza STF a criar normas, diz Moreira Alves. São Paulo, 2011. *Valor Econômico*, São Paulo, 23 ago. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão julgamento de MS que questiona projeto de lei sobre novos partidos. *Portal STF*, Brasília, 5 jun. 2013a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=240362>>. Acesso em: 6 jun. 2013.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (med. liminar) 54. *Portal STF*, Brasília, 17 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=ADPF%2054&processo=54>>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____. Regimento interno anual. *Portal STF*, Brasília, 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 20 set. 2011.

_____. Estatísticas do STF: processos protocolados, distribuídos e julgados por classe processual – 1990 a 2013. *Portal do STF*, Brasília, [2012a]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 4 set. 2012.

_____. Estatísticas e relatórios. *Portal do STF*, Brasília, 2012b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg>. Acesso em: 9 out. 2012.

_____. Tramitação de novas MPs no Congresso terá de obedecer rito previsto na Constituição. *Portal do STF*, Brasília, 8 mar. 2012c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=202191>>. Acesso em: 9 mar. 2012.

_____. Súmulas vinculantes. *Portal do STF*, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032>. Acesso em: 16 abr. 2013.

_____. *Revista trimestral de jurisprudência*, Brasília, v. 140, p. 1-350, abr. 1992.

_____. *Revista trimestral de jurisprudência*, Brasília, v. 179, p. 417-836, jan./mar. 2002.

_____. *Revista trimestral de jurisprudência*, Brasília, v. 214, p. 43-310, out./dez. 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

CONSULTOR JURÍDICO. PEC submete decisão do STF ao crivo do Congresso. *Conjur*, São Paulo, 22 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-22/pec-preve-submissao-decisoes-supremo-crivo-congresso>>. Acesso em: 24 out. 2011.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

DANTAS, Ivo. *Novo processo constitucional brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. *Constituição & processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *Mandado de injunção*: guia teórico e prático. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à lei n. 9.868, de 10-11.99. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO FILHO, José Celso de. Algumas reflexões sobre a questão judiciária. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 75, p. 43-53, abr. 2004.

MEDEIROS, Oriane Dantas. Mutação constitucional resultante de interpretação judicial e perspectivas do controle difuso no Brasil: reflexões acerca da reclamação 4.335-5/AC. *Revista Idéia Nova*, Recife, ano 8, n. 4, p. 239-260, jun./dez. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguic o de descumprimento de preceito fundamental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSA, André Vicente Pires. *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SCRIBONI, Marlia. Toffoli aprova controle prévio de constitucionalidade. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-17/publicidade-julgamentos-brasil-conquista-democracia>>. Acesso em: 18 jan. 2011.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguic o de descumprimento de preceito fundamental*: análise   luz da lei n. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

VIVEIROS, Mauro. *El control de constitucionalidad brasile o*: u modelo híbrido o dual. Madrid: Acad mica espanhola, 2012.