

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Fernando Reverendo Vidal Akaoui

Jurisdição constitucional e a tutela dos direitos
metaindividuais

Tese apresentada à banca examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção do título de
Doutor em Direito do Estado sob a orientação do
Prof. Doutor Vidal Serrano Nunes Júnior.

São Paulo

2009

AGRADECIMENTOS

A Deus Pai Todo-Poderoso, que nos dá a vida, e nos guia de maneira a que possamos honrar este dom divino, através da busca pelo caminho que Jesus Cristo nos ensinou.

A minha família, que mesmo subtraída de tantos momentos em razão de meus estudos, sempre me incentivou a continuá-los.

Aos tantos colaboradores que tive neste estudo, mas especialmente ao meu ilustrado orientador, Prof. Dr. Vidal Serrano Nunes Júnior, que com seus conselhos fraternais sempre dissipou minhas dúvidas.

Ao Ministério Público do Estado de São Paulo, Instituição à qual pertenço, e da qual cada dia mais me orgulho.

RESUMO

A presente tese procura demonstrar de forma esquemática que os princípios e regras constitucionais devem ser sempre considerados como direitos e interesses difusos e coletivos, enquanto abstratamente previstos em nosso ordenamento jurídico, ainda que o seu exercício seja realizado de forma individual. Também, que qualquer atentado às Constituições Federal e Estaduais, através da edição de atos normativos com elas incompatíveis, se traduz em verdadeira afronta àqueles, ante sua característica transindividual e indivisível.

Faz-se a distinção entre direitos difusos e coletivos primários e secundários, onde estes primeiros seriam justamente aqueles que estão abstratamente dispostos nas Constituições Federal e Estaduais, e que dão o necessário amparo a todo o arcabouço jurídico pátrio; os secundários, por seu turno, são aqueles já concretamente específicos nos vários atos normativos infraconstitucionais, e que são decorrentes da base sólida criada pelos primários, que lhes dão sustento.

Procura-se demonstrar, ainda, que, apesar da importância ímpar que envolve o controle concentrado de constitucionalidade, possuidor da natureza de uma verdadeira ação coletiva, o rol de legitimados ainda não é suficiente para dar a garantia necessária à sociedade, notadamente em face dos posicionamentos políticos comumente adotados pela maioria dos que ali estão consignados.

Sob nossa ótica, o princípio federativo encontra-se extremamente enfraquecido a partir do momento em que a instituição a quem a Constituição incumbiu a defesa da ordem jurídica e o estado democrático de direito, qual seja, o Ministério Público, está representada, no que pertine às ações de controle concentrado de atos normativos que ofendam a Constituição Federal, apenas pelo Chefe do Ministério Público da União, como se ele tivesse algum tipo de hierarquia ou ascendência sobre os Ministérios Públicos dos Estados.

Desta sorte, se hoje o Governador do Estado ou a Mesa da Assembléia Legislativa não ajuizar a medida cabível para corrigir ato lesivo a direito constitucionalmente previsto, não poderá fazê-lo o Ministério Público Estadual, somente lhe restando o direito de representar ao Procurador-Geral da República, que poderá, ou não, abraçar a tese levantada.

É premente a necessidade de alteração da Constituição Federal, através de Emenda, de sorte a alargar no rol dos legitimados à propositura das ações que visem o controle concentrado de constitucionalidade, em respeito à população destes entes da Federação.

Palavras-chave

ADC – ADI – ADPF – controle de constitucionalidade – Constituição – direitos difusos – direitos coletivos – legitimidade – Ministério Público

ABSTRACT

The present thesis try to demonstrate on a esquematic way that the constitutionals principles and rules should be always considerad as a diffuse or collective rights or interests, while abstractively arranged on our legal system, it doesn't matter if its exercices be individually realized. Also, that any attempt to the Federal and States Constitutions, through the edition of normative acts that with then are incompatible, traslate a true offense to those, because of its transindividual and indivible characteristics.

It does the distinction between primary and secondary diffuses and collective rights and interests, where the first ones would be just those that are disposed on a abstractive way on the Federal and States Constitutions, and give the necessary support to the entire national legal system; the secondary, on a different way, are those concretely specified on the diversity of sub-constitutional normative acts, and, even though, should have a collective protection, are resulting of the solid base criated by the primary, which give then the foundation.

Also tries to demonstrate, that the unique importance that envolves the concentrate control of constitutionality, which has the nature of a collective action, this roll of legitimateds still not suficient to give the necessary guaranty to our society, specially because of the political positions that commonly are taken by those who are listed as capable to it.

On our vision, the federative principle is extremely weacked by the moment that the institution which the Constitution entrust the deffense of the legal order and the democracy it self, the Public Attorney Offices, is represented, on the concentrate constitutional control actions, only by the Chief of the Federal Public Attorney, as if he has any kind of hierarchy or ascendancy to the State Attorney General Offices.

Because of that, if now a days the Governor of a State or the Representatives of the States Deputies do not process the capable actions to correct a offensive act to a constitutional right, the State Attorney General Office can't do it, just having the right to claim to the Federal Attorney General, witch can or canot embrace the thesis.

It is necessary to change the Constitution, to put on the roll of legitimated to iniciate a concentrate control of constitutionality action, the States Attorneys Generals, to pay homage to the federative principle, and on respect to the States population.

Key-words

**ADC – ADI – ADPF – constitutional control – Constitution –
diffuses rights – collective rights – legitimate – Attorney General**

SUMÁRIO

Introdução	001
1. Direitos difusos e coletivos	004
1.1 Evolução histórica	004
1.2 Conceito e classificação. Direitos difusos primários e secundários	016
2. A tutela dos direitos difusos e coletivos	024
2.1 Tutela pré-processual	024
2.1.1 Inquérito civil e outros procedimentos administrativos ..	026
2.1.2 Compromisso de ajustamento de conduta	030
2.2 Tutela processual típica	039
2.2.1 Ação popular	039
2.2.1.1 Legitimidade ativa	041
2.1.1.2 Objeto	046
2.2.2 Ação civil pública	048
2.2.2.1 Legitimidade ativa	052
2.2.2.2 Objeto	058
2.3 Tutela processual atípica	066
2.3.1 Mandado de segurança coletivo	066
2.3.2 Mandado de injunção	069
2.3.3 Controle concentrado de constitucionalidade	072
3. O controle de constitucionalidade dos atos normativos	075
3.1 A supremacia da Constituição	075
3.2 Controle político da constitucionalidade	080
3.3 Controle judicial da constitucionalidade	087
3.3.1 O controle difuso de constitucionalidade	093
3.3.2 O controle concentrado de constitucionalidade	116
4. Ação direta de inconstitucionalidade	126

4.1 Controle em face da Constituição Federal	126
4.1.1 Competência jurisdicional	126
4.1.2 Objeto	128
4.1.3 Legitimidade	135
4.1.4 Intervenções no processo	139
4.1.5 Procedimento	146
4.1.6 Efeitos da sentença	148
4.2 Controle em face da Constituição Estadual	167
4.2.1 Competência jurisdicional	170
4.2.2 Objeto	172
4.2.3 Legitimidade	175
4.2.4 Procedimento	179
4.2.5 Efeitos da sentença declaratória	179
5. Ação declaratória de constitucionalidade	183
5.1 Objeto	183
5.2 Legitimidade	186
5.3 Intervenções no processo	188
5.4 Procedimento	189
5.5 Efeitos da sentença declaratória	192
6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental	194
6.1 Objeto	194
6.2 Legitimidade	203
6.3 Intervenções no processo	208
6.4 Procedimento	210
6.5 Efeitos da sentença	211
7. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	214
7.1 Objeto	214
7.2 Legitimidade	221
7.3 Intervenções no processo	222
7.4 Procedimento	223
7.5 Efeitos da sentença	224

8. Ação direta de inconstitucionalidade interventiva	227
9. A tutela dos direitos difusos e coletivos através do controle concentrado de constitucionalidade	234
9.1 A legitimidade diferenciada	234
9.2 O objeto mais amplo	239
9.3 Importância quanto à extensão da medida	241
9.4 Algumas observações de <i>lege ferenda</i>	243
Conclusão	271
Bibliografia	275

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro é ordenado de forma a estabelecer uma hierarquia normativa, onde a Constituição Federal encontra-se no ápice, vez que nela estão dispostos os princípios e regras que irão reger toda a sociedade.

Como norma orientadora de todo o sistema jurídico, e instrumento de sustentáculo dos mais importantes direitos do cidadão, a Carta de Regência merece especial proteção a possíveis violações.

Tal constatação acabou por determinar a incorporação de um sistema de controle de constitucionalidade tendente a extirpar do ordenamento jurídico qualquer ato atentatório aos princípios e regras constitucionais, de sorte a mantê-lo harmônico.

A importância dessa proteção fica mais evidente a partir do momento em que aceitamos que todo o regramento constitucional se subsume em direitos metaindividuais, pois, enquanto abstratamente previstos, são aplicáveis a todos que vierem a se enquadrar na situação jurídica prevista.

Estes princípios e regras constitucionais são, portanto, de titularidade indeterminável.

No que tange ao sistema de controle de constitucionalidade abarcado pela Constituição, apesar de permitir uma satisfatória tutela do Magno diploma legal, notadamente quando ao denominado controle concentrado, é certo que ainda encontra percalços que impedem uma melhor efetividade.

Com efeito, apesar de um rol relativamente substancial de legitimados à propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade, importantes atores, que poderiam em muito contribuir na busca pela tutela do Texto Maior ainda encontram-se impedidos de agir.

Tais impedimentos, a nosso ver, ofendem a própria Constituição, inclusive em seu pilar de sustentação, que é o regime federativo a que nos submetemos.

Com o presente trabalho pretendemos demonstrar que uma alteração legislativa de âmbito constitucional é premente, para que possa o sistema de controle de constitucionalidade ser aperfeiçoado, e realmente consiga atingir seus objetivo maior, que é o de zelar pelos direitos mais

importantes do cidadão brasileiro, quais sejam, aquelas consubstanciados nos princípios e regras constitucionais.

1.DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

1.1 Evolução histórica

O ordenamento jurídico-civil brasileiro, desde o Código Civil de 1916, está lastreado no Código Civil Francês, que, por sua vez, retrata os clássicos cânones do Direito Romano.

Dentre os dogmas oriundos da Antiga Roma encontra-se a divisão concernente ao direito em público e privado, conforme disposição de Ulpiano contida no Digesto: *“Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatum”*.

A classificação conferida ao direito possui enorme importância doutrinária, na medida em que através da descoberta de sua natureza, muito se esclarece acerca das regras aplicáveis a determinado instituto.

De fato, Tercio Sampaio Ferraz Júnior consigna que “a distinção entre direito público e privado não é apenas um critério classificatório de ordenação dos critérios de distinção dos tipos normativos. Com sua ajuda, podemos, é verdade, classificar as normas, com seus diferentes tipos, em dois grandes grupos. O interesse da classificação, porém, é mais extenso. A distinção permite sistematização, isto é, o estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um ou outro grupo, ou seja, princípios diretores do trato com as normas, com suas conseqüências, com as instituições a que elas referem, os elementos congregados em sua estrutura. Esses princípios decorrem, eles próprios, do modo como a dogmática concebe direito público e privado. E esse modo, não podendo ter o rigor de definição, é, de novo, tópico, resulta da utilização de lugares comuns, de pontos de vista formados historicamente e de aceitação geral”.¹

Percebemos que o critério utilizado para a divisão romana era o da utilidade ou interesse, que se tem entendido como falho, pois, como anota Maria Helena Diniz, “nenhuma norma atinge apenas o interesse do Estado ou dos indivíduos, porque nenhuma norma atinge apenas o interesse do Estado ou do particular. Tais interesses são correlatos, de modo

¹ *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 137.

que a norma jurídica que tiver por finalidade a utilidade do indivíduo visa também a do Estado e vice-versa”.²

Esse ponto de vista foi também abarcado por Pablo Solze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que afirmam que “entende-se o direito público como o destinado a disciplinar os interesses gerais da coletividade (*publicum jus et quod ad statum rei romanae spectat*). Diz respeito à sociedade política, estruturando-lhe organização, serviços, tutela dos direitos individuais e repressão dos delitos”, e que “o direito privado é o conjunto de preceitos reguladores das relações dos indivíduos entre si (*privatum, quod ad singulorum utilitatem*). Arrematam, dizendo que “o fato de pertencer ao ramo do direito privado não quer dizer que as normas componentes do sistema sejam todas de cunho individual”, e que, quanto ao Direito Civil, “a eventual participação do Estado em suas relações não implica sua completa publicização, sendo apenas o reflexo das idas e vindas do perfil ideológico de quem detém o poder político”.³

Outras propostas foram apresentadas pela doutrina, na tentativa de esclarecer adequadamente a distinção entre direito público e direito privado, tais como as de Ihering e Clovis Bevilacqua, que sustentaram

² *Curso de direito civil brasileiro*. V. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14.

³ *Novo curso de direito civil – parte geral*. V. I. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28-29.

que a diferença diz respeito à dominialidade dos bens envolvidos na relação jurídica. Bevilacqua apontou que “em relação às pessoas, a quem os bens pertencem, eles se dividem em publicos e particulares”.⁴ Ihering, entretanto, sustentava a existência da dicotomia, mas baseado na existência de três espécies de propriedade, a saber, a individual, a do Estado e a coletiva.⁵

Savigny, por seu turno, propôs, para explicar a clássica divisão, que esta se basearia na finalidade do direito. Citado por Maria Helena Diniz, teria o autor afirmado que “enquanto no direito público o todo se apresenta como fim e o indivíduo permanece em segundo plano, no direito privado cada indivíduo, considerado em si, constitui o fim deste ramo do direito e a relação jurídica apenas serve como meio para a sua existência e para as suas condições particulares”.⁶

São várias as teses apresentadas para distinguir os bens públicos dos particulares, sempre com possíveis críticas, uma vez que nenhum dos critérios é absoluto.

Nesse sentido a lembrança de Silvio de Salvo Venosa, para quem “em que pesem as dificuldades em dividir os dois grandes

⁴ *Theoria geral do direito civil*. T. I. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1953, p. 246.

⁵ Apud Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 15.

⁶ Obra citada, p. 15.

compartimentos, é preciso optar por um critério. Melhor será considerar como direito público o direito que tem por finalidade regular as relações do Estado, dos Estados entre si, do Estado em relação a seus súditos, quando procede com seu poder de soberania, isto é, poder de império. Direito privado é o que regula as relações entre particulares naquilo que é de seu peculiar interesse. Modernamente, há departamentos de direito e os chamados microssistemas, como o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, que muitos defendem como um terceiro gênero denominado *direito social*, cujos princípios são concomitantemente de direito privado e de direito público”.⁷

Parece-nos interessante, de fato, o critério do interesse, sempre levando em consideração aquele que seja o preponderante, na medida em que, como já anotado, não há como dizer que uma ou outra classificação possa excluir por completo o interesse público ou particular.

Esse critério nos possibilita, inclusive, enxergar além da visão estreita, que perdurou durante séculos, no sentido de que o direito cuida apenas de interesses do Estado ou dos particulares.

A clássica divisão já atormentava há muito grandes doutrinadores, que percebiam que certos bens, considerados legalmente como

⁷ *Direito Civil*. Parte Geral. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 90.

sendo públicos, simplesmente não se encaixavam no estrito conceito, notadamente quando utilizado o critério da dominialidade.

Escorado na doutrina de Aubry et Rau, Pacifici-Mazzoni, Laferrière, Labori e Carvalho de Mendonça, J.M. de Carvalho Santos lembrava que “a doutrina mais aceita nega ao Estado (no sentido amplo) o direito de propriedade sobre esses bens, por isso que a característica do domínio é a plenitude do uso e a livre disposição, o que não ocorre em se tratando de bens de uso comum. Deduzindo daí os mestres que o Estado, ao invés de propriedade, tem apenas o dever de vigilância, tutela e fiscalização para o uso público”. Não se esqueceu, porém, de anotar que “outros tratadistas, ao contrário, sustentam ter o Estado o direito de propriedade, mas uma propriedade *sui generis*, que dura enquanto persiste o domínio ou o destino público, e que se caracteriza por um possessório em nome do interesse de todos”. Sua opinião, entretanto, é no sentido que “as coisas de uso comum são, em verdade, propriedade do Estado”.⁸

A preocupação do ilustre civilista era que se considerassem os bens de uso comum como *res nullius* ou *res omnius*. O problema em relação à primeira posição é que esses bens não teriam proprietários. E a segunda problemática, porque implicaria que o titular do

⁸ Código civil brasileiro interpretado. V. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 103.

domínio seria o povo, e, em face deste, não haveria como se ter o direito à substância da coisa.⁹

A visão apresentada bem retrata como até poucas décadas atrás ainda se encontrava arraigada a sensação do direito de propriedade como algo absoluto, não obstante a Constituição Federal de 1934 já trazer o princípio da função social da propriedade.

Dentro de uma visão ainda restritiva, a doutrina de Renato Alessi¹⁰, que subdivide os interesses públicos em *primários* e *secundários*, acabava por resolver a questão. Os primeiros tutelariam os interesses da sociedade em geral, enquanto os segundos se limitariam aos interesses do Estado, enquanto pessoa jurídica.

Todavia, não é recente a percepção de uma nova classe de direitos, que se mostra especialmente a partir da Revolução Industrial, permitindo um salto do individualismo como valor claro para uma sociedade considerada de “massa”, pois “não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado; ele é tragado pela roda-viva dos grandes grupos de que se compõe a sociedade: não há mais a preocupação com as situações jurídicas individuais,

⁹ Op. cit., p. 103-104.

¹⁰ *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3ª ed. Milano: Giuffè, 1960, p. 197-8.

o respeito ao indivíduo enquanto tal, mas, ao contrário, indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias, e *como tais*, normatizados”.¹¹

Em verdade, o que a doutrina passa a perceber é que entre as classes de direitos até então estudadas há um intransponível abismo e somente o reconhecimento de sua existência é capaz de criar a ponte necessária para atravessar esse desfiladeiro.

Com efeito, o denominado *interesse público primário* nem sempre se confunde com o *interesse público secundário*.

Da mesma forma, não há como classificar certos direitos como meramente individuais, quando, não obstante atinjam a pessoa em si mesma, também dizem respeito à coletividade como um todo ou a uma categoria, classe ou grupo.

Daí a doutrina haver desenvolvido o que se denominou de uma classificação dicotômica flexibilizada ou mitigada, em contrapartida à dicotomia pura, onde se reconheceria a existência de interesses difusos, ou seja, os de natureza transindividual (inclusive no que tange ao Estado). Essa

¹¹ Rodolfo de Camargo Mancuso. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 77.

nova categoria, entretanto, seria apenas uma espécie do gênero interesse público, e nada mais, como lembra Pedro Lenza, mas consagraria a chamada dicotomia mitigada.¹²

Mesmo sem reconhecer expressamente a existência de uma nova classe de direitos, o Brasil passou indiretamente a admitir a existência desta, quando permitiu, através da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), que o cidadão, enquanto membro da coletividade, pudesse tutelar um direito metaindividual, visando anular ato lesivo ao patrimônio público.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) deu continuidade a essa nova perspectiva, ao legitimar o Ministério Público para a propositura de ação que visava a reparar danos causados ao meio ambiente e a terceiros, em decorrência de práticas descritas como poluição (art. 3º, III).

A legitimação conferida nesses diplomas legais levava em consideração que os direitos tutelados não se encaixavam na clássica dicotomia público-privado, mas, ao contrário, extrapolavam esses estreitos conceitos, atingindo bens cuja característica máxima é a transindividualidade.

¹² *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59-60.

Por transindividualidade, Celso Antonio Pacheco Fiorillo entende ser a qualidade daqueles direitos “(...) que transcendem o indivíduo, ultrapassando o limite da esfera de direitos e obrigações de cunho individual”.¹³

Não havia mais como o legislador negar a existência de uma nova categoria de direitos, sendo que seu reconhecimento era uma questão de tempo. Aliás, Péricles Prade muito bem consignou que “(...) a carga ideológica espargida na dicotomia *interesse público / interesse privado*” foi o que retardou o reconhecimento legislativo, doutrinário e jurisprudencial dos interesses coletivos.¹⁴

E, chegando a um *point of no return*, o legislador finalmente expressou, através da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), a ocorrência em nosso ordenamento jurídico de direitos e interesses que não se adequam ao direito público ou ao direito privado.

Assim, o projeto de lei que resultou no texto legal mencionado previa em seu art. 1º, inc. IV, que a ação civil pública se prestava à tutela de todos os interesses e direitos encartados nos três primeiros incisos

¹³ *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

¹⁴ *Conceito de interesses difusos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 35.

(de conteúdo tipicamente difuso ou coletivo), além de “qualquer outro direito difuso ou coletivo”.

O dispositivo que finalmente resolvia a questão sobre a existência da nossa classe de bens, entretanto, foi vetado pelo Presidente da República, sob o argumento de que, sem uma definição legal acerca daqueles direitos, sua tutela não se efetivaria.

Não obstante as observações feitas pelo Chefe do Executivo Federal em suas razões de veto ao art. 1º, inc. IV, da Lei nº 7.347/85, é certo que pouquíssimos anos após, o constituinte deixou claro na Constituição de 1988 que aquela classe de direitos e interesses estava presente em nosso ordenamento jurídico.¹⁵

De fato, ao tratar do Ministério Público, o constituinte disse ser sua função institucional “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III). O parágrafo 1º do mesmo artigo da Carta de Regência ainda dispôs que “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de

¹⁵ E o inc. IV, do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública voltou a ser acrescentado, por disposição contida no Código de Defesa do Consumidor.

terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Com isso, não apenas reconheceu a inserção dos direitos difusos e coletivos na estrutura jurídica brasileira, como ainda exemplificou direitos com tal natureza (patrimônio público e social, e o meio ambiente).

Teríamos, então, uma tricotomia quanto à classificação dos direitos ou interesses existentes em nosso ordenamento jurídico, a saber: privados, públicos e coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito).

Não é essa, no entanto, a conclusão a que chega Gregório Assagra de Almeida, ao asseverar que “(...) a norma jurídica ora se destina à proteção ou efetivação do Direito ou Interesse Individual, ora visa a proteção ou efetivação do Direito ou Interesse Coletivo. Esses dois tipos de normas compõem o sistema jurídico constitucional. A divisão das normas constitucionais em normas jurídicas constitucionais materiais e normas jurídicas constitucionais processuais, apresentada por setores da doutrina é perfeitamente adequada para a nova *summa divisio*, pois as normas

processuais constitucionais são instrumentos de proteção e efetivação de Direito Individual ou de Direito Coletivo”.¹⁶

Sob a ótica do ilustre jurista mineiro, suprimir-se-ia de nosso ordenamento jurídico, por ocasião da promulgação da atual Constituição Federal, a classificação de Direito ou Interesse Público.

Nosso entendimento, entretanto, é no sentido da manutenção da tricotomia consignada, uma vez que, como já pontuado, os interesses da coletividade e do Estado nem sempre se confundem, e a nova dicotomia proposta pode levar a uma confusão quanto a real e necessária separação desses interesses.

1.2 Conceito e classificação. Direitos difusos primários e secundários

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) também abarcou a nova classificação dos direitos metaindividuais, distinguindo-a dos direitos e interesses individuais em relação à infância e

¹⁶ *Direito material coletivo – Superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 382.

juventude, e dos da Administração Pública enquanto gestora dos interesses coletivos (art. 201).

Contudo, tal distinção ainda não bastava, pois o reclamado conceito legal de direitos e interesses difusos e coletivos ainda não havia sido conferido pelo legislador.

A espera, no entanto, foi curta, visto que dando cumprimento à determinação contida no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, adveio em nosso arcabouço jurídico o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que não perdeu a oportunidade de, finalmente, nos brindar com o conceito legal de direitos e interesses difusos e coletivos.

No que tange aos direitos difusos (art. 81, par. ún., I), apontam Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano que “são os interesses que, nos termos da lei, possuem natureza indivisível, titulares indeterminados e ligados por circunstâncias de fato. A opção descritiva do legislador trouxe-nos, portanto, os caracteres basilares desta categoria de direitos”.¹⁷

¹⁷ *Código de defesa do consumidor interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 247.

Os direitos difusos fazem parte da categoria que se denominou de direitos ou interesses *essencialmente coletivos*, assim chamados “porque têm em comum o traço da transindividualidade de seus titulares e a indivisibilidade de seu objeto”.¹⁸ Essa transindividualidade, aliás, é que já nos permitiu sustentar que os bens de natureza ambiental, tipicamente difusos, são considerados *res omnius e res nullius* ao mesmo tempo.¹⁹

Ainda, na lição de Sérgio Shimura, “são interesses metaindividuais que, sendo inatingível o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua transitoriedade ou transformação em virtude de alteração na situação fática que os ensejou”.²⁰

¹⁸ Marcelo Abelha Rodrigues. *Elementos de direito ambiental – Parte geral*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 37.

¹⁹ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Direito Ambiental. In: SERRANO JÚNIOR (coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 14.

²⁰ *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 27-28.

A legislação consumerista também trouxe o conceito de direitos ou interesses coletivos, afirmando que são “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (art. 81, par. ún., II).

Gregório Assagra de Almeida afirma que “no sentido dos critérios do CDC, os direitos coletivos são, sob o aspecto *subjetivo*, pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis. Sob o aspecto *objetivo*, por serem também transindividuais e mataindividuais, são indivisíveis e indistinguíveis na forma dos difusos. E sob o aspecto *origem*, seus titulares – grupo, categoria, ou classe de pessoas – estão ligados entre si por uma prévia relação jurídica base, que é mantida entre si ou com a parte contrária”.²¹

Como característica marcante dos direitos ou interesses coletivos, reside justamente a existência de uma relação jurídica base anterior à existência da lesão ou do risco de lesão àqueles. Tal requisito não se encontra previsto para os direitos ou interesses difusos, mas é indispensável para a caracterização dos direitos ou interesses coletivos.

²¹ *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 489-490.

A diferença é anotada por Kazuo Watanabe, para quem “nos interesses ou direitos ‘difusos’, a sua natureza indivisível e a inexistência de relação jurídica base não possibilitam, como já ficou visto, a determinação dos titulares. É claro que, num plano mais geral do fenômeno jurídico em análise, é sempre possível encontrar-se um vínculo que une as pessoas, como a nacionalidade. Mas, a relação jurídica base que nos interessa, na fixação dos conceitos em estudo, é aquela da qual é derivado o interesse tutelando, portanto interesse que guarda relação mais imediata e próxima com a lesão ou ameaça de lesão”.²²

Para alguns, o direito coletivo de que trata o art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor, entretanto, seria aquele *propriamente coletivo*, doutrinariamente considerado espécie do gênero direitos e interesses coletivos *lato sensu*, que abarcaria, ainda, outra espécie, a saber, os direitos individuais homogêneos.

Para outros, entretanto, os direitos individuais homogêneos, que são “os decorrentes de origem comum” (art. 81, par. ún., III, CDC), não passam de direitos puramente individuais, mas que, por uma

²² apud *Código de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 743.

questão de política de defesa do consumidor, podem ser processualmente tutelados de forma coletiva.

Esse parece ser o posicionamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, por darem conta de que os direitos individuais homogêneos são aqueles “cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual comum como homogêneo é sua origem comum. A grande novidade trazida pelo CDC no particular foi permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos *coletivamente* em juízo. Não se trata de pluralidade subjetiva de demandas (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é, grosso modo, a *class action* brasileira”.²³

Na mesma esteira, ainda, o entendimento de Ricardo de Barros Leonel, que afirma que “o tratamento processual coletivo conferido a estes interesses decorre da conveniência da aplicação a eles das técnicas de tutela coletiva. Sua implementação configura opção de política legislativa. Na essência, são interesses individuais e nada impede a demanda atomizada de

²³ Código de processo civil comentado. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1883.

cada qual dos titulares, com v.g., a obtenção de indenização a título pessoal por danos sofridos”.²⁴

No que diz respeito aos direitos ou interesses difusos, entretanto, entendemos que seja pertinente reconhecer a existência daqueles que denominaríamos de *primários*, em contrapartida aos *secundários*.

Os preceitos estabelecidos pelos diplomas legais que tratam das ações coletivas para tutela dos direitos e interesses difusos nos permitem chegar à conclusão de que toda vez que for possível controlar de forma abstrata a observância de um princípio ou regra constitucional coletivamente aplicável, estaremos diante dessa espécie de litígio.

Com efeito, todos os princípios e regras constitucionais são dirigidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, sem distinção, de sorte que, enquanto abstratamente analisados, têm destinatários indeterminados e natureza indivisível.

São os princípios e regras constitucionais, portanto, os direitos e interesses difusos *primários*, dos quais decorrem os demais,

²⁴ *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 108.

estabelecidos em legislação infraconstitucional, e que seriam considerados *secundários*, pois derivados do permissivo constitucional.

Essa conclusão nos leva à possibilidade de defender, através de lides coletivas, direitos que sejam tipicamente individuais, mas que, quando abstratamente previstos pela Constituição Federal ou nas Constituições Estaduais, possuem a natureza jurídica de direitos difusos.

Poderíamos citar, exemplificativamente, o direito ao devido processo legal. Quando desrespeitado em processo judicial ou administrativo, pode ensejar da parte a argüição da violação do preceito constitucional. Entretanto, se desrespeitado sistematicamente por um determinado ente federado em seus processos administrativos, pode a violação ser combatida coletivamente.

A distinção estabelecida é de grande valia para nosso estudo, pois o controle de constitucionalidade mostrar-se-á, como veremos, sempre em típica ação coletiva.

2. A TUTELA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

2.1 Tutela pré-processual

Muito longe ainda de figurar como uma prioridade entre os profissionais do Direito, que em regra são instados a se pronunciar sobre os mais variados conflitos de interesses ocorrentes no seio da sociedade civil, as medidas de prevenção a litígios cumprem um papel importantíssimo na tutela dos direitos difusos e coletivos.

A afirmação referida dá-se em face de dois aspectos relevantes, a saber, a potencialidade de irreversibilidade dos danos em várias áreas dos direitos e interesses desta natureza e a alta relevância social que estes cumprem para a coletividade.

De fato, ao pensarmos em danos causados ao meio ambiente, a direitos do consumidor, à infância e juventude, e outros direitos difusos e coletivos, facilmente nos lembraremos de exemplos de situações em que a ocorrência da conduta socialmente prejudicial não poderá ser reparada pelo causador, restando apenas o pleito indenizatório ou compensatório, o que não se mostra como a solução mais adequada.

Os direitos e interesses difusos e coletivos, por sua própria natureza metaindividual, mostram, em regra, uma relevância superior aos interesses meramente individuais, também chamados por alguns de egoísticos.²⁵ Daí a pertinência de sempre se buscar a tomada de medidas de caráter preventivo, de sorte a evitar o dano, ou, no mínimo, minimizar seus efeitos, com isso almejando “blindar” o objeto da tutela coletiva.

Já não é de hoje que o legislador tem demonstrado, ainda que timidamente, que o caminho a perseguir é justamente o da solução dos conflitos extrajudicialmente. Primeiro, porque além de dar solução mais adequada aos conflitos de interesse por meio do entendimento entre as partes envolvidas, e, portanto, sem a necessidade de intervenção do Estado-Juiz, esses problemas socialmente relevantes são resolvidos com a rapidez que o Poder Judiciário hoje, por inúmeras razões, não consegue conferir. Segundo, porque se dissipa a natural dúvida quanto ao provimento jurisdicional que será proferido pelo órgão jurisdicional.

²⁵ Vale, entretanto, lembrar a lição de Luís Roberto Barroso, que, após sustentar que o interesse público primário deve sempre ter supremacia em face do interesse público secundário, consigna que “o problema ganha em complexidade quando há confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental. A liberdade de expressão pode colidir com a manutenção de padrões mínimos de ordem pública; o direito de propriedade pode colidir com o objetivo de se constituir um sistema justo e solidário no campo; a propriedade industrial pode significar um óbice a uma eficiente proteção da saúde; a justiça pode colidir com a segurança etc. Na solução desse tipo de colisão, o intérprete deverá observar, sobretudo, dois parâmetros: a dignidade humana e a razão política” (in *Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71).

Entendemos que a tentativa de solução dos conflitos em âmbito extrajudicial é um dever de todos, e principalmente dos profissionais da área jurídica, que possuem uma responsabilidade muito grande para com aqueles que lhes outorgaram poderes para em seu nome (do particular, do povo, do Estado-Juiz, etc.) falar. Instigar o litígio, portanto, é conduta altamente repreensível, e, na esfera da tutela dos interesse difusos e coletivos, mais ainda.

Essa postura preventiva é de extrema relevância em sede de tutela dos interesses e direitos difusos e coletivos, uma vez que aguardar a ocorrência de lesão para a adoção de medidas reparatórias, além de não ser prudente, pode acarretar danos de monta à coletividade, que, no caso de defesa da supremacia da Constituição, por exemplo, pode ser vilipendiada em seus direitos fundamentais, sociais, etc.

2.1.1 Inquérito civil e outros procedimentos administrativos

Certamente um dos mais importantes instrumentos existente em nosso ordenamento jurídico para a tutela coletiva é o denominado inquérito civil, previsto no art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/1985.

Tendo como fonte inspiradora o inquérito policial, esse instrumento de investigação de danos e riscos de danos a direitos e interesses difusos e coletivos tem como único legitimado para sua instauração o órgão competente do Ministério Público que também o preside.

Através do inquérito civil, o Ministério Público poderá requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá, entretanto, ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

É através desse instrumento que se dá a maioria das apurações de denúncias que chegam ao conhecimento do *Parquet* na área de tutela dos interesses e direitos difusos e coletivos, e os elementos de prova arrecadados em seu bojo servirão para sustentar eventual firmamento de compromisso de ajustamento de conduta ou a propositura de ação civil pública.

Hugo Nigro Mazzilli conceitua o inquérito civil como “uma investigação administrativa prévia a cargo do Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que

o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública ou coletiva”.²⁶

Lembra Motaui Ciocchetti de Souza que “a *finalidade* do inquisitivo é a de propiciar a coleta de provas para que o MP possa obter elementos necessários à correta avaliação de um suposto dano a interesse difuso ou coletivo que esteja investigando”.²⁷

Sua importância na busca da verdade em relação a denúncias na área de tutela coletiva se tornou tão clara que o constituinte de 1988 alçou a sua instauração à função institucional do Ministério Público (art. 129, inc. III, CF).

Ademais, sua conceituação não deixa dúvida de que possui a natureza jurídica de mero procedimento administrativo, com caráter puramente inquisitório, eliminando-se, assim, a necessidade do estabelecimento de contraditório.

Nesse diapasão, o pensar de José Luiz Mônaco da Silva, anota que o inquérito civil “é um *procedimento administrativo*

²⁶ *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

²⁷ *Ação civil pública e inquérito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 101.

criado pela lei com a finalidade de coadjuvar o Ministério Público na tarefa de investigar fatos ensejadores da propositura de ação civil pública. Não é *processo* e tampouco *procedimento* judicial. É simplesmente *procedimento administrativo investigatório*.²⁸ É também a lição de Paulo Márcio da Silva, a quem aquele instrumento “é de natureza inquisitorial, nos mesmos moldes do que ocorre com o inquérito policial”.²⁹

Uma vez arquivado o inquérito civil, seja porque após as diligências encetadas não se vislumbrou a existência de indícios de danos ou riscos de danos a direito ou interesse difuso ou coletivo, seja porque, verificando-se essas ocorrências, foi firmado com o interessado compromisso de ajustamento de sua conduta, deverá este ser remetido ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º, § 1º, Lei nº 7.347/1985), no prazo de três dias, sob pena de falta grave. O órgão colegiado, por seu turno, deverá avaliar se o arquivamento resguarda o interesse coletivo, e, não concordando com os termos daquele, designará outro membro da instituição para ajuizar a ação civil pública (art. 9º, § 4º, LACP).

Não restando dúvida de que o inquérito civil é o mais eficiente procedimento de investigação à disposição do Ministério

²⁸ *Inquérito civil*. Bauru: Edipro, 2000, p. 28.

²⁹ *Inquérito civil e ação civil pública – instrumentos da tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 99.

Público, é certo que não é o único de que poderão os membros da instituição se utilizar.

De fato, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público prevê em seu art. 26, inc. I, que “no exercício de suas funções, o Ministério Público poderá ... instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes”. O inc. V do mesmo artigo de lei determina que poderá o órgão ministerial “praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório”.

Assim, não há como negar que, além do inquérito civil, outros procedimentos de cunho meramente administrativo poderão ser instaurados por órgão do Ministério Público para apurar fatos na esfera da tutela coletiva.

No que tange aos demais co-legitimados à propositura da ação civil pública, se tiverem a natureza de órgãos públicos, também poderão instaurar procedimentos administrativos visando à colheita de elementos para melhor instruir a medida judicial pretendida.

2.1.2 Compromisso de ajustamento de conduta

Até o ano de 1990, quando foi editado o Código de Defesa do Consumidor, nosso arcabouço jurídico possuía apenas instrumentos processuais de tutela dos interesses e direitos difusos e coletivos (ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, etc.).

Era frustrante, principalmente aos co-legitimados à propositura da ação civil pública, para poder tutelar adequadamente os bens jurídicos ora em comento, terem de propor medida judicial, quando poderiam tentar a conciliação extrajudicial, obtendo o mesmo resultado, com maior rapidez.

Não olvidamos, por óbvio, a possibilidade de a composição haver sido alinhavada extrajudicialmente, mas com a necessidade de posterior homologação judicial, o que continuava esbarrando na necessidade de se provocar o Poder Judiciário para solução do conflito.

Também havia certa simpatia pelos termos do art. da Lei nº /1981, que previa, tal como hodiernamente o faz o art. 57, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, a eficácia de título executivo extrajudicial aos acordos firmados entre partes conflitantes, e devidamente referendados por órgão competente do Ministério Público.

Entretanto, foi com a introdução do § 6º ao art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, por determinação contida no art. 113 do Código de Defesa do Consumidor, que a sociedade brasileira pôde obter um instrumento de tutela coletiva que faz jus à importância dos direitos e interesses difusos e coletivos.

Com efeito, o referido parágrafo passou a prever que os órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública “poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título extrajudicial”.

O art. 585, VII, do Código de Processo Civil, com a redação da época, permitia de forma clara que o legislador ordinário ampliasse o rol dos títulos executivos extrajudiciais, e foi o que fez o legislador consumerista ao prever tal natureza ao compromisso de ajustamento.³⁰

Entretanto, se no que tange à eficácia esse instrumento possui aquela natureza jurídica, quanto ao conteúdo, há certo

³⁰ Atualmente o inc. VIII, do art. 585 do CPC abarca aquela redação, por força das alterações formuladas pela LF nº 11.382/2006.

cuidado que devemos ter na análise do tema. Isso se dá em face de vários doutrinadores insistirem no sentido de que o compromisso de ajustamento de conduta constitui-se em uma transação, o que é, a nosso ver, um equívoco.

Transação, segundo verificamos do próprio Código Civil vigente (no que manteve o posicionamento do código anterior), em seus arts. 840 e 841, é instituto de caráter eminentemente privado, envolvendo somente direitos patrimoniais, e que importa em concessões mútuas pelos interessados, com vistas a prevenir ou terminar o conflito de interesses existente.

Assim, considerando que o objeto do conflito, mesmo quando tenha caráter patrimonial, não pode ser objeto de concessão mútua, na medida em que os legitimados não são os titulares do direito ou interesse, o instituto é inaplicável à tutela preventiva ou repressiva dos bens jurídicos que tenham aquela natureza.

No mais das vezes, o interesse ou direito difuso ou coletivo tem natureza indisponível, o que inviabiliza por completo qualquer concessão mútua, lembrando que esta significa dispor do próprio direito material supostamente existente.

O compromisso de ajustamento de conduta seria, portanto, um acordo em sentido estrito, espécie do gênero acordo, assim como também o é a transação. A diferença entre essas duas espécies reside justamente no fato de que, no acordo *stricto sensu*, não há possibilidade de concessões mútuas.

Já tivemos a oportunidade de consignar que “não se trata esta figura de uma transação (que impõe necessariamente concessões bilaterais), mas sim, mero acordo, em que a liberdade do órgão público fica restrita apenas à forma pela qual se darão as medidas corretivas e o tempo, porém sempre após análise criteriosa da melhor forma, bem como do tempo mais exíguo possível”.³¹

No que tange ao objeto do compromisso de ajustamento de conduta, temos que qualquer pedido que fosse lícito de ser formulado em sede de ação civil pública também poderá ser alcançado neste título executivo extrajudicial.

Tema relevante, e de certa forma em alguns aspectos polêmicos, é o que diz respeito à legitimidade para tomar o

³¹ Cominação nos termos de ajustamento de conduta: sua importância para a efetiva tutela do bem ambiental. Congresso de Meio Ambiente do Ministério Público de São Paulo, 5º, Campos do Jordão, *Caderno de teses*, 2001, p. 77.

compromisso de ajustamento de conduta, pois, como legalmente previsto, somente os órgãos públicos que podem propor a medida judicial é que formular o acordo para tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos.

De imediato são excluídos do mencionado rol de legitimados as associações civis e os autores populares. As primeiras, pois não podem, sob qualquer ótica, serem consideradas órgãos públicos; os segundos, porque não possuem legitimidade para a propositura da ação civil pública, e, ainda, porque não são órgãos públicos.

Acertou o legislador ao somente conceder tomar ajustamento de conduta os órgãos com natureza pública, pois os rígidos princípios atinentes à Administração Pública amenizam os riscos em relação ao objeto do termo, além de obrigatoriamente impor a publicidade dos atos, o que não ocorre com os particulares.

Parece haver na doutrina certa unanimidade quanto à natureza de órgão público de alguns dos co-legitimados à propositura da ação civil pública, a saber, o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, a Defensoria Pública (cuja polêmica quanto à legitimidade para a tutela dos interesses difusos e coletivos será adiante abordada), as autarquias e fundações públicas.

No entanto, sob nossa ótica, reside discussão, ainda, quanto aos entes paraestatais, quais sejam, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, porque, conforme determina o art. 173, § 1º, II, do Texto Magno, operam em regime de direito privado.

Alguns, como José Emmanuel Burle Filho e Wallace Paiva Martins Júnior entendem que, não obstante operem sob o regime das empresas privadas, possuem os entes paraestatais a *marca pública* necessária a legitimá-las para a tomada do compromisso de ajustamento.³² Já outros, como Geisa de Assis Rodrigues, sustentam que estes nunca poderão ser considerados órgãos públicos para tais fins, pois “(...) ao entrar nos domínios da atividade econômica, ou mesmo ao escolher uma instituição privada para prestar serviços públicos, o Estado de despe de sua personalidade pública, recebendo o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas estritamente privadas, ressalvadas as normas de controle do cumprimento dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência”.³³

³² Compromisso de ajustamento de conduta e entidades paraestatais. *Revista do Ministério Público Paulista*. São Paulo: APMP, jul.-ago., 1996.

³³ *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 161-162.

A solução está, entendemos, na clássica divisão estabelecida pelo Direito Administrativo aos entes paraestatais, pois, como preconiza Celso Antônio Bandeira de Mello, “através destes sujeitos auxiliares o Estado realiza cometimentos de dupla natureza: a) explora atividades econômicas que, em princípio, competem às empresas privadas e apenas suplementarmente, por razões de súbita importância, é que o Estado pode vir ser chamado a protagonizá-las (art. 173 da Constituição); b) presta serviços públicos ou coordena a execução de obras públicas, ambas atividades indubitavelmente pertinentes à esfera do Estado”.³⁴

Fica patente, como já nos pronunciámos em trabalho anterior³⁵, que “as empresas públicas e sociedades de economia mista que se enquadram dentro da primeira classificação, ou seja, a de empresas exploradoras de atividades econômicas, por operarem em regime jurídico o mais próximo possível das pessoas de Direito Privado, não possuem a conveniência de serem legitimadas a tomar o compromisso de ajustamento de conduta, porquanto não foram criadas, como as da segunda classificação, para atuar dentro da esfera de atribuições do Estado”.

³⁴ *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 120.

³⁵ *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p.76-77.

Com esse posicionamento, compromissos firmados por pessoas jurídicas de clara atuação na esfera pública, como a Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental – CETESB, no Estado de São Paulo, por exemplo, não ficariam tolhidas da possibilidade de exigir das pessoas físicas ou jurídicas atingidas por seu poder de polícia o cumprimento das normas ambientais exigidas no ordenamento jurídico.

Firmado o ajustamento de conduta, espraiam-se efeitos jurídicos bastante relevantes, retirando-se dos órgãos públicos co-legitimados à propositura da ação civil pública o interesse processual quanto àqueles objetos já abarcados no acordo, provocando a carência superveniente pela mesma razão em relação aos pedidos formulados em ação coletiva já proposta.

Com efeito, não há justificativa para se querer obter um título executivo judicial quanto a um objeto já alcançado em título executivo extrajudicial. Ambos têm força executiva necessária para compelir o violador da norma ao cumprimento do que ficou descrito como obrigações por este devidas.

Outro aspecto de suma importância diz respeito ao estabelecimento de cominações para o caso de descumprimento das

cláusulas obrigacionais fixadas no compromisso de ajustamento de conduta, requisito este essencial ao ato jurídico mencionado, pois expressamente determinado no art. 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública.

2.2 Tutela processual típica

2.2.1 Ação popular

Esse instrumento processual de tutela coletiva foi o grande precursor das lides de tal natureza no Brasil, previsto que foi na Lei nº 4.717/1965, entretanto, com espectro de abrangência mais restrita.

Com efeito, o regime instituído pelo citado diploma legal abarcava apenas a tutela de interesses da coletividade quando ligados a ato lesivo ao patrimônio da administração direta ou indireta.

A Constituição Federal de 1988, entretanto, modificou substancialmente o objeto daquele instrumento de tutela coletiva, ao prever que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao

patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (art. 5º, LXXIII).

Apesar de claramente o constituinte ter deixado de prever como objeto de tutela pela via da ação popular outros reconhecidos direitos de natureza difusa (ou coletiva), tais como os do consumidor, da infância e da juventude, dos idosos e dos portadores de deficiência física, é certo que já houve significativo avanço em relação às possibilidades antes tratadas pela norma infraconstitucional.

Heraldo Garcia Vitta, em grato trabalho sobre a tutela de bens ambientais pela via da ação popular, pôde consignar que essa medida processual, “embora não tenha sido muito utilizada na proteção ao meio ambiente, pode corresponder a um dos mecanismos de preservação e reparação dos danos causados a ele, bastando termos em conta sua importância jurídica e social”.³⁶

Não obstante a referida citação retrate especificamente a situação relativa à tutela do meio ambiente, a lição pode ser transposta a todas as demais áreas de incidência da ação popular, que realmente tem se mostrado um instrumento muito pouco invocado.

³⁶ *O meio ambiente e a ação popular*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 54-55.

Quando bem utilizado, no entanto, mostra eficientes resultados, como podemos extrair das palavras de José Carlos Barbosa Moreira, que lembra que “por essa via impugnou-se a legitimidade de atos administrativos relacionados com o aterro parcial da Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio de Janeiro, para erguer-se prédio destinado ao comércio, alegando-se que a consumação do plano desfiguraria local de particular beleza paisagística; procurou-se impedir, em São Paulo, a demolição de edifício de suposto valor histórico e artístico, em cujo lugar se projetara erguer uma das estações do Metropolitano, e bem assim a construção do aeroporto internacional, em nome da preservação de matas naturais; combateu-se a instalação de quiosques, tapumes e toldos, ordenados a atividade comerciais, sobre o gramado da principal praça pública da estância hidromineral de Águas de Lindóia, área reservada ao repouso e à recreação dos habitantes e dos turistas; impugnou-se ato que permitiu a determinada associação carnavalesca a utilização de praça pública no Rio de Janeiro, para fins privados e incompatíveis com o uso normal do logradouro pela população”.³⁷

2.2.1.1 Legitimidade ativa

³⁷ *Temas de direito processual – Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 212.

O art. 5º, LXXIII, da Carta de Regência conferiu legitimidade para propor a ação popular ao *cidadão*, o que, aliás, já ocorria com a Lei nº 4.717/1965 (art. 1º, *caput*).

Dispõe o art. 1º, § 3º, da Lei de Ação Popular que “a prova da cidadania para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que ele corresponda”.

A questão atinente à legitimidade ativa nessas ações, a nosso ver, tem sido muitas vezes tratada de forma equivocada, diminuindo o espectro de pessoas habilitadas à propositura da medida que visa tutelar direitos tão significativos para a coletividade como um todo.

Realmente, a maioria dos ilustres doutrinadores que se debruçaram a estudar a matéria afirmam que as regras procedimentais relativas à ação popular ainda estão regidas pela Lei nº 4.717/1965, o que também entendemos, mas não sem anotar que alguns dispositivos não foram recepcionados pela nova ordem constitucional.

É justamente o caso do mencionado art. 1º, § 3º, que parece confundir o conceito de cidadão com o de titular do direito ao sufrágio.

Conforme ensinamento de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “o direito de sufrágio não é mero direito individual, pois seu conteúdo, que predica o cidadão a participar da vida política do Estado, transforma-o em um verdadeiro instrumento do regime democrático, que, por princípio, só pode realizar-se pela manifestação dos cidadãos na vida do Estado”.

A cidadania precede o direito de votar e ser votado, sendo um pressuposto para tanto.

Não faltam vozes contrárias, entretanto, como podemos extrair do ensinamento de André Ramos Tavares, para quem “a ação popular é um dos instrumentos de participação política do cidadão na gestão governamental. Se a ação é uma forma de participação política, então se pode dizer que seu exercício é também o exercício de um direito, o de participação, e não apenas o exercício de uma garantia (ação judicial). Assim, embora tenha a natureza jurídica de ação judicial, consiste, em si mesma, numa forma de participação política do cidadão”.³⁸

³⁸ *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 871.

Em sentido idêntico, Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que “no tocante às partes que compõem a ação popular, o pólo ativo sói ser integrado por uma pessoa física, *singular* – cidadão eleitor – (...)”.³⁹ Era também o pensar do saudoso Hely Lopes Meirelles, ao fixar que “o primeiro requisito para o ajuizamento da *ação popular* é o de que o autor seja *cidadão brasileiro*, isto é, pessoa humana, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, requisito esse que se traduz na sua qualidade de *eleitor*”.⁴⁰

Com posicionamento diverso quando o objeto da tutela pela ação popular sejam bens de natureza ambiental, Celso Antonio Pacheco Fiorillo consigna que “a legitimidade ativa da ação popular vem explicitada no art. 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/65, dizendo que a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com título eleitoral ou com documento que a ele corresponda. Esse conceito de cidadão só pode continuar servindo para os casos em que a ação seja utilizada para proteger *coisa pública (res nullius)*, uma vez que, nessas situações, é perfeitamente compreensível a relação entre o conceito de cidadão e a utilização desse remédio constitucional”.

³⁹ *Ação popular*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1996, p. 73.

⁴⁰ *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. 13ª ed. São Paulo: RT, 1989, p. 90.

E continua o citado doutrinador afirmando que “todavia, aludida relação em sede de ação popular ambiental não é acertada, porquanto estaria restringindo o conceito de cidadão à idéia ou conotação política, ou seja, somente o indivíduo quite com as suas obrigações eleitorais poderia utilizar-se da ação popular”.⁴¹

Ousamos ir além da colocação formulada, para sustentarmos que, em verdade, não apenas nas ações populares que visem à tutela de bens ambientais deve ser afastada a necessidade de demonstração da condição de eleitor, mas em toda e qualquer ação dessa natureza, na medida em que, repetimos, cidadania e direito de sufrágio não se confundem.

A participação política não se inicia somente a partir do alcance do direito de sufrágio, que é, de fato, um *plus* à cidadania já exercitada pelos brasileiros desde seu nascimento ou à aquisição da condição de cidadão, e aos estrangeiros, a partir do momento em que fixam residência neste País.

Ao dispor o Texto Maior que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou

⁴¹ Op. cit., p. 402.

diretamente, nos termos dessa Constituição” (art. 1º, par. ún.), não houve qualquer *ponte* estabelecida entre o exercício da cidadania e o direito de sufrágio.

Diante disso, sustentamos que qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no País, ainda que não seja eleitor, poderá ingressar com ação popular para tutela dos direitos e interesses mencionados no art. 5º, LXXIII, da Carta Constitucional.

2.2.1.2 Objeto

O objeto do litígio, ou pedido, é fator de suma relevância para a demanda, à proporção que delimita abrangência do instrumento processual utilizado, e possibilita a correta identificação daquele que deva figurar no pólo passivo da ação.

Rodolfo de Camargo Mancuso anota que “(...) na ação popular o *pedido imediato* é de natureza desconstitutiva-condenatória, ao passo que o *pedido mediato* será, precipuamente, a *insubsistência* do ato lesivo a estes interesses difusos: a) *patrimônio público*, não só no sentido estrito de ‘erário público’ (= dinheiro ou tesouro público),

mas em senso largo, abrangendo também as entidades de que o Estado participe e tomando-se esse termo ‘patrimônio’ de maneira a compreender os bens e valores históricos, artísticos, turísticos, paisagísticos, sacros, arquitetônicos, etc., que componham, enfim, o conceito de ‘patrimônio cultural’; b) *meio ambiente*, no sentido atual desse conceito; c) *moralidade administrativa*, a que nos referimos em item específico, infra; d) *interesse do Estado ou da sociedade civil enquanto consumidores, (...)*”.⁴²

Notamos, portanto, que ao contrário de outros instrumentos de tutela dos interesses difusos e coletivos, a ação popular tem, por força constitucional, objeto mais restrito, impedindo uma atuação mais contundente na defesa dos mesmos.

André Ramos Tavares lembra que “pode-se obter, por meio dessa ação, a invalidação de atos ou contratos administrativos, que sejam lesivos à moralidade pública, ao meio ambiente, ou ao patrimônio histórico ou cultural”.⁴³

Já Hely Lopes Meirelles, sustenta que “dentre os *atos ilegais e lesivos* ao patrimônio público pode estar até mesmo a

⁴² Op. cit., p. 77.

⁴³ Op. cit., p. 875.

lei de efeitos concretos, isto é, aquela que já traz em si as conseqüências imediatas de sua atuação, como a que desapropria bens, a que concede isenções, a que desmembra ou cria municípios. Tais leis só o são em sentido formal, visto que materialmente se equiparam aos atos administrativos e por isso mesmo são atacáveis por ação popular ou por mandado de segurança, conforme o direito ou o interesse por elas lesado, mas é incabível a ação popular contra a *lei em tese*”.⁴⁴

O ato lesivo atacado é, portanto, somente aquele que pode produzir efeitos concretos, excluindo-se os atos abstratos.

2.2.2 Ação Civil Pública

A falta de adequada utilização da ação popular como meio de tutela dos interesses difusos acabou por levar o legislador a criar em diploma legal ordinário outro instrumento para proteção daqueles bens jurídicos. Trata-se da ação civil pública.

⁴⁴ Op. cit., p. 99.

A ação civil pública vem, na verdade, disciplinar as ações que órgãos públicos promoviam para a tutela de interesses difusos e coletivos, notadamente através do Ministério Público, que já propunha medidas judiciais nas áreas do meio ambiente (com base no art. 14, § 1º, segunda parte, da Lei nº 6.938/1981) e do consumidor (com fulcro no art. 82, inc. III, do CPC).

Esse instrumento de tutela coletiva teve sua discussão iniciada no início da década de 1980, através de estudo formulado por insígnies professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Conforme lembra Hugo Nigro Mazzilli, “o anteprojeto pioneiro para a defesa de interesses transindividuais em juízo foi elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, todos professores ligados ao Departamento de Processo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). A seguir, foi apresentado como tese no I Congresso Nacional de Direito Processual, em Porto Alegre (julho de 1983). Como relator da tese, José Carlos Barbosa Moreira expediu parecer favorável ao anteprojeto, mas sugeriu ‘além de modificações formais, a previsão do

controle da medida liminar, nas ações inibitórias, nos moldes da suspensão da execução da liminar prevista para o mandado de segurança””.⁴⁵

O referido anteprojeto de lei foi apresentado no Congresso Nacional pelo então Deputado Federal Flávio Bierrenbach, sendo certo que seus autores tiveram clara influência nas *civil actions* do direito norte-americano, como podemos observar nas palavras de Pedro da Silva Dinamarco, para quem este instituto alienígena “inspirou o legislador pátrio na criação da ação civil pública”.⁴⁶

Paralelamente, Antônio Augusto de Mello Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior, todos membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, debruçaram-se sobre o anteprojeto citado, reformulando-o de sorte a que fossem incorporadas algumas alterações e inclusões, que redundaram na apresentação, por parte do Poder Executivo Federal, de um novo anteprojeto, que acabou determinando o nascimento da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Com isso nasce esse poderoso meio de tutela coletiva, que, para Hely Lopes Meirelles “é o instrumento adequado

⁴⁵ *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115.

⁴⁶ *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 123.

para reprimir ou impedir danos ao *meio ambiente*, ao *consumidor*, a *bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico* (art. 1º), protegendo assim os *interesses difusos da sociedade*".⁴⁷ E, como preconiza Motaui Ciocchetti de Souza, "(...) a Lei federal 7.347/1985 foi, sem dúvida, o principal marco na instituição, em nosso ordenamento jurídico, de mecanismos procedimentais adequados à tutela dos denominados *interesses metaindividuais*".⁴⁸

Alerta o Ministro Teori Albino Zavascki, entretanto, que "no domínio do processo coletivo, seria importante ter presente que, quando se fala em ação civil pública (seja adequada ou não esta denominação que a Lei 7.347, de 1985, lhe atribuiu), está-se falando de um procedimento destinado a implementar judicialmente a tutela de direitos transindividuais, e não de outros direitos, nomeadamente de direitos individuais, ainda que de direitos individuais homogêneos se trate. Para esses, o procedimento próprio é outro, ao qual também seria importante, para efeitos práticos e didáticos, atribuir por isso mesmo outra denominação ('ação coletiva' e 'ação civil coletiva' foi como a denominou o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 91)".⁴⁹

⁴⁷ Op. cit., p. 121.

⁴⁸ *Ação civil pública – competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 43.

⁴⁹ *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006, p. 65.

Todavia, Sérgio Shimura simplifica a questão anotando que “sem embargo da nomenclatura, o importante é conceber tais espécies de demandas como vias instrumentais concorrentes, jamais excludentes, de proteção aos interesses coletivos *lato sensu*”.⁵⁰

A ação civil pública acabou por ganhar contornos constitucionais, quando o art. 129, inc. III, consignou tratar-se sua propositura de função institucional do Ministério Público e estendeu essa possibilidade àqueles a quem a lei ordinária conferisse a mesma legitimidade (art. 129, § 1º).

O instrumento de tutela coletiva constitui-se, de fato, num importantíssimo meio de acesso à justiça. Mesmo não sendo, como verificaremos, utilizado diretamente pelos cidadãos, é aplicado no seu benefício, e, como tal, deve ser bastante prestigiado.

2.2.2.1 Legitimação ativa

Entendendo claramente o legislador que seria por demais perigoso legar um instrumento de proteção a interesses e direitos tão importantes da sociedade somente a um ou

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 45.

pouquíssimos legitimados, é que a Lei nº 7.347/1985 trouxe um sistema de legitimação concorrente e disjuntiva, na expressão coroada por José Carlos Barbosa Moreira.

Com efeito, a Lei nº 7.347/1985 acabou, num primeiro momento, prevendo que são legitimados para o ajuizamento da ação civil pública: a) o Ministério Público; b) a União; c) os Estados; d) os Municípios; e) as autarquias; f) as empresas públicas; g) as fundações; h) as sociedades de economia mista; e i) as associações civis.

Nesse último caso (legitimidade das associações civis), há necessidade da demonstração da representatividade adequada, que, pelo sistema instituído, se dá com a verificação de que a associação está constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que preveja entre suas finalidades a proteção de interesses e direitos difusos e coletivos específicos.

A Carta Constitucional de 1988, como já mencionado garantiu a pluralidade de legitimados à propositura da ação civil pública (art. 129, § 1º), mas conferiu somente ao Ministério Público legitimação constitucional (art. 129, inc. III).

Recentemente, a Lei nº 11.448/2007, ampliando o rol de legitimados do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, inseriu nesse contexto o Distrito Federal e a Defensoria Pública.

No que tange ao primeiro, a doutrina já sustentava de forma pacífica a possibilidade de esse ente federado propor ações civis públicas. Alguns juristas, por entenderem que a falta de sua nomeação no art. 5º da lei específica não passou de um equívoco do legislador; outros, porque tal legitimação já estaria inserida no art. 82, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à Lei de Ação Civil Pública.

Nesse sentido o ensinamento de José Marcelo Menezes Vigliar, ao sustentar que “mesmo antes do advento da Lei 8.078/1990, já se entendia que, diante do fato de o Distrito Federal ter a mesma natureza jurídica das demais entidades integrantes da Federação Brasileira, a omissão não teria o condão de afastar a legitimação daquela entidade política para a ação civil pública. Isso representaria, por parte do legislador, a dispensa de tratamento desigual a pessoas iguais, fato que afronta o princípio da isonomia, além de atentar contra o sentimento de justiça”.⁵¹

⁵¹ *Ação civil pública*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 70.

Não havia qualquer sentido em isolar o Distrito Federal da possibilidade de, através da ação civil pública, proteger os interesses difusos e coletivos daqueles que habitam essa parte do território nacional, e, até mesmo, no caso dos direitos e interesses difusos, de todo o Brasil. Era, de fato, um tratamento desigual, que ora já foi expressamente reparado.

Polêmica certamente está ocorrendo em face da também novel legitimação conferida à Defensoria Pública, na medida em que muitos sustentam, em face das redações dos arts. 5º, inc. LXXIV e 134, *caput*, ambos da Carta de Regência, que não poderia tal Instituição promover o estudado instrumento de tutela coletiva.

A Confederação Nacional do Ministério Público – CONAMP – já ajuizou ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, questionando a possibilidade de a Defensoria Pública proteger, pela via da ação civil pública, interesses e direitos difusos e coletivos.⁵² E, se esta for julgada procedente, haverá efeito vinculante, inclusive quanto à fundamentação a ser invocada, em face da teoria da transcendência dos motivos determinantes.⁵³

⁵² ADI nº 3943 – Rel. Min. Carmen Lúcia.

⁵³ Quanto a esta teoria, cf. item 5.1.6.

Já nos pronunciamos quanto à Defensoria Pública, consignando que “(...) o importantíssimo e zeloso trabalho que vem esta instituição desenvolvendo em todo o País já demonstrava ser ela merecedora de expressa legitimação para atuar na tutela coletiva, não obstante tal realidade fosse possível de se extrair do texto constitucional. É o que podemos extrair da Carta Magna, ao afirmar que lhe incumbe a ‘orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV’ (art. 134, *caput*), demonstrando de forma inequívoca que quis alcançar, também, a tutela coletiva dos necessitados”.⁵⁴

Em recente julgamento, o Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu que “(...) nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências”.⁵⁵

⁵⁴ *Compromisso ...* p. 47.

⁵⁵ REsp nº 912849/RS – Rel. Min. José Delgado – 1ª Turma – j. 26.02.2008.

Certo é que o real interesse da coletividade consiste em que a legitimação para essa medida processual seja ampla, podendo, assim, um co-legitimado suprir a eventual omissão do outro, fechando-se o círculo pelo qual transitam os conflitos de natureza difusa ou coletiva.

Outro tema que ainda suscita alguma polêmica diz respeito à legitimidade dos entes paraestatais para a propositura da ação civil pública, a rigor do que já dissemos em relação ao compromisso de ajustamento de conduta, e com solução que entendemos deva ser idêntica.

Ademais, previu-se que o Ministério Público, quando não for o autor da ação, deverá obrigatoriamente officiar no feito na condição de *custos legis* (art. 5º, § 1º, Lei nº 7.347/1985).

Quanto a essa intervenção do Ministério Público na condição de fiscal da lei, alerta Motauri Ciocchetti de Souza que “muito embora o art. 5º, § 1º, pareça ter cometido à Instituição dever absoluto, de atuar em toda e qualquer ação civil pública, é de ver que a sua análise há de ser feita em harmonia com os princípios constitucionais que

tratam do MP”. E arremata no sentido de que “(...) a interpretação a ser dada ao art. 5º, § 1º, da LACP é a de que a intervenção do MP como fiscal da lei nas ações civis públicas propostas pelos demais legitimados ativos será obrigatória desde que na demanda esteja sendo tutelado um interesse indisponível”.⁵⁶

2.2.2.2 Objeto

A Lei nº 7.347/1985, de início, previu um objeto bastante restrito para as ações civis públicas, pois seu art. 3º dispõe que ela “poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Entretanto, os pedidos passíveis de serem formulados em sede de ação civil pública foram radicalmente ampliados a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor, pois este, em seu art. 83, determina que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 54-55.

Quanto ao teor do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, já se pronunciaram Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery no sentido de que “a norma deixa clara a possibilidade da utilização de todo e qualquer tipo de ação judicial para a defesa dos direitos previstos no CDC. O fato de o CDC 91 tratar da ação condenatória de reparação do dano de que foram vítimas titulares de direito individual homogêneo, não significa que essa ação seja apenas de cunho condenatório. A norma ora comentada, situada na parte geral da defesa do consumidor em juízo, abre possibilidade para o ajuizamento de ação de conhecimento (declaratória, constitutiva e condenatória), cautelar e de execução, na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor”.⁵⁷

Ainda sobre o tema, Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano anotam que “seguindo moderna tendência do processo civil – com olhos voltados à efetividade do processo, dando-se menos atenção ao formalismo excessivo – trouxe o Código artigo de cunho eminentemente explicativo e didático, com o fulcro de ampliar o limite máximo e ceder eficácia irrestrita à tutela jurisdicional do consumidor”.⁵⁸

⁵⁷ Ob. Cit., p. 1888-1889.

⁵⁸ Ob. Cit., p. 258.

Aparentemente cabível

somente à tutela coletiva relativa aos direitos dos consumidores, a regra consignada foi estendida a todos os direitos difusos e coletivos por haver o art. 117 do Código Consumerista introduzido um vigésimo primeiro artigo à Lei de Ação Civil Pública, que determina a aplicação dos dispositivos de seu Título III, no que for cabível.

Nelson Nery Júnior, em

trabalho coletivo editado pelos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, consigna esse posicionamento com propriedade: “Diz o art. 83, do CDC, que são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Por consequência, a proteção dos direitos difusos e coletivos pela LACP, como os relativos ao meio ambiente e bens e valores históricos, turísticos, artísticos, paisagísticos e estéticos, não mais se restringe àquelas ações mencionadas no preâmbulo e arts. 1º, 3º e 4º da LACP. Os legitimados para a defesa judicial desses direitos poderão ajuizar qualquer ação que seja necessária para a adequada e efetiva tutela desses direitos, em razão da ampliação do objeto da tutela”.⁵⁹

⁵⁹ *apud Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 955.

O largo espectro tomado pela ação civil pública a partir de sua integração com o Código de Defesa do Consumidor, entretanto, não possibilitou que através de meio processual pudessem seus co-legitimados obter, como parece sustentar a doutrina, todo e qualquer pedido.

Com efeito, nossos Tribunais frearam as tentativas de, através desse instrumento de tutela coletiva, se obter a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, salvo incidentalmente.⁶⁰

Portanto, a inconstitucionalidade do ato normativo pode ser utilizada como causa de pedir na ação civil pública, mas não pode redundar em pedido de declaração da inconstitucionalidade, pois, por via oblíqua, estaria substituindo o instrumento jurídico elencado pelo constituinte como apto ao controle concentrado.

Nesse sentido o alerta de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, pois “admitida a utilização da ação civil pública como instrumento adequado de controle de constitucionalidade, tem-se *ipso jure* a outorga à

⁶⁰ Quanto a esta última possibilidade: REsp nº 794145/RS e REsp 699970/DF.

jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal. É que, como visto, a decisão sobre a constitucionalidade de lei proferida pela Excelsa Corte no caso concreto tem, necessária e inevitavelmente, eficácia *inter partes*, dependendo a sua extensão de atuação do Senado Federal”.⁶¹

De fato, o resultado transcrito ocorreria em face do efeito *erga omnes* conferido às decisões lançadas no bojo das ações civis públicas, criando uma situação bastante afrontosa ao sistema, já que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional teria menos eficácia do que aquela originada em juízo de primeiro grau. Esta última não se submeteria, pois, a posterior atuação do Senado da República.

À conclusão similar chega José Adonis Callou de Araújo Sá, ao afirmar que “a decisão em ação civil pública, embora faça coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, alcançando tão-somente a comunidade titular do interesse lesado, não tem por efeito a retirada da norma tida por inconstitucional no exame da questão prejudicial. Somente com a providência prevista no art. 52, inciso X, do Senado Federal, ou seja quando o Supremo Tribunal Federal declarar definitivamente, na via

⁶¹ *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1040.

recursal, a inconstitucionalidade da norma, ficará suspensa a execução da lei”.⁶²

No mesmo diapasão, Gregório Assagra de Almeida: “O que não se pode é formular, em sede de *ação civil pública*, pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, haja vista que a competência, no caso, é originária do STF, ressalvada a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal para o controle concentrado de constitucionalidade”.⁶³

Não se impede, no entanto, que a ação civil pública incorpore pedido de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos de efeitos concretos, pois esta, em verdade, tida como um ato administrativo, é lei somente no sentido formal, e não material.

É o que podemos extrair de decisão da lavra do Ministro Ilmar Galvão no Reclamação nº 602-6/SP, de 03.09.1997:

⁶² *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 145.

⁶³ Ob. cit., p. 342.

“Reclamação. Decisão que, em Ação Civil Pública, condenou instituição bancária a complementar os rendimentos de caderneta de poupança de seus correntistas, com base em índice até então vigente, após afastar a aplicação da norma que o havia reduzido, por considerá-la incompatível com a Constituição. Alegada usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, I, a, da CF. Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada,

*entre partes contratantes,
na persecução de bem
jurídico concreto,
individual e perfeitamente
definido, de ordem
patrimonial, objetivo que
jamais poderia ser
alcançado pelo Reclamado
em sede de controle in
abstracto de ato normativo.
Quadro em que não sobra
espaço para falar em
invasão, pela corte
reclamada, da jurisdição
concentrada privativa do
Supremo Tribunal Federal.
Improcedência da
Reclamação”.*

A mencionada decisão
também é importante pelo só fato de demonstrar com clareza que, ao declarar
incidentalmente a inconstitucionalidade de lei em sede de ação civil pública, a

sentença ali proferida não está a usurpar função que seria privativa do Supremo Tribunal Federal.⁶⁴

Entretanto, na mesma Corte Suprema, há entendimentos diversos, como o patenteado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello na Reclamação nº 1.519-0, que concedeu liminar para sustar o trâmite de ação civil pública que tinha como objeto invalidar os atos de enquadramento dos Censores Federais nos cargos de Delegado de Polícia Federal e Perito Criminal Federal.

2.3 Tutela processual atípica

2.3.1 Mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança coletivo vem sendo apontado por muitos doutrinadores como instrumento de tutela coletiva, com a vantagem de abarcar dentre seus legitimados entidades que, na ação civil pública, costumam sofrer certas restrições quanto à sua legitimidade, como é o caso das confederações, conselhos de classe e partidos políticos.

⁶⁴ No mesmo sentido as Reclamações de nº 600-0/190-SP e nº 611-PR, interpostas perante o STF.

Dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, inc. LXX, que “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: *a*) partido político com representação no Congresso Nacional; *b*) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Diante desse quadro constitucional, “ocorrendo violação ou risco a direito líquido e certo dos membros e associados dos partidos políticos, entidades de classe, organização sindical e associações constituídas há mais de um ano, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoas jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, surgirá a possibilidade de se impetrar o mandado de segurança coletivo para afastar o risco ou reparar o dano”.⁶⁵

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado no sentido de que, para impetração do mandado de segurança coletivo, não é devida a observância do que exige o art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, que determina que “nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e

⁶⁵ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso ...* p. 53-54.

fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”.⁶⁶

Sobre o tema já consignaram Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery, apontando que “a legitimidade ativa para impetração do *mandamus* será sempre estendida ao Ministério Público, principalmente quando se tratar de defesa de direitos difusos, como é o nosso caso. Só se poderá excluir tal possibilidade, quando o mandado de segurança coletivo tiver de ser usado para defesa de direito individual disponível”.⁶⁷

Entendemos, no entanto, que em face do que dispõem os arts. 129, inc. IX, da Constituição Federal e 83, do Código de Defesa do Consumidor, o Ministério Público tem ampla legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo, visto que qualquer instrumento processual é admissível para a tutela dos interesses difusos e coletivos.

⁶⁶ MS 23.769/BA – Rel. Min. Ellen Gracie – DJU de 30.04.2004.

⁶⁷ *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 200.

Essa assertiva nos leva à conclusão de que o rol do art. 5º, inc. LXX, do Texto Magno, é meramente exemplificativo, o que, no entanto, não tem sido o posicionamento do Pretório Excelso, que, em mandado de segurança coletivo impetrado por Estado-membro em face da União para suposta proteção de interesses da população residente naquele território, declarou-se a carência da ação, já que se trata de legitimidade restrita.⁶⁸

Infelizmente, esse *writ*, apesar de se traduzir em eficiente instrumento de tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos, não conta com grande utilização dos legitimados, que, no mais das vezes, preferem se socorrer de outros meios judiciais para alcançar a defesa dos bens daquela natureza ou até mesmo deixar de exercer sua legitimidade, provocando outro órgão que tenha atribuição para a tutela dos interesses e direitos difusos e coletivos, como o Ministério Público, por exemplo

2.3.2 Mandado de injunção

No que tange ao mandado de injunção, essa novidade da Constituição Federal de 1988 veio disciplinada em seu art. 5º, inc. LXXI, que consigna que “conceder-se-á mandado de injunção sempre

⁶⁸ MS 21.059/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 19.10.1990.

que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Sobre a importância deste *writ* já pronunciou Nelson Nery Júnior, discorrendo que “o mandado de injunção veio, em boa hora, mitigar a omissão legislativa no regramento das denominadas normas constitucionais programáticas, que no sistema constitucional revogado ficavam sem eficácia por falta de lei complementar ou ordinária infraconstitucional que as regulamentasse. Por isso é que, se a norma constitucional tiver eficácia, isto é, for auto-aplicável, descabe o mandado de injunção”.⁶⁹

Outro alerta sobre o cabimento de impetração do mandado de injunção é dado por Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery, no sentido de que “(...) se existir determinada norma, ainda que seja injusta ou imoral, o julgamento do mandado de injunção, eventualmente impetrado, deverá ser dado por carência da ação, justamente por faltar o requisito do interesse processual”.⁷⁰ A omissão legislativa é, pois, pressuposto do mandado de injunção. Se o poder

⁶⁹ *Princípios constitucionais do processo civil na Constituição Federal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 112.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 235.

legiferante não se omitiu, então não é possível lançar mão deste remédio constitucional, mesmo se a norma existente for imprestável.

Questão de interesse diz respeito à legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção, cujo entendimento tem sido no sentido de que qualquer pessoa possa fazê-lo, desde que os direitos e liberdades cuja tutela seja pretendida estejam constitucionalmente previstos.

Entretanto, já se delineiam na doutrina duas espécies de mandado de injunção, quais sejam, o individual e o coletivo. É o que podemos extrair das palavras de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, para quem “no mandado de injunção individual o legitimado ativo é aquele que em tese é titular do direito, liberdade ou prerrogativa previstos em norma constitucional, cujo exercício está inviabilizado por sua não-regulamentação. Saliente-se que tanto poderá ser pessoa física como pessoa jurídica, bastando a titularidade para embasar a legitimação ativa”.⁷¹

Já tivemos oportunidade de consignar sobre o que se denominaria de mandado de injunção coletivo que “(...) seria limitado a viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de natureza difusa e coletiva, o que nos permite concluir que todos aqueles que possuem

⁷¹ *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 169.

legitimidade para, de qualquer forma ajuizar ação em defesa dos interesses difusos e coletivos, podem também impetrar o mandado de injunção coletivo”.⁷²

No que tange ao pólo passivo no mandado de injunção, percebemos três orientações doutrinárias, a saber: a) o impetrado seria somente o ente político regulamentador em mora; b) o impetrado seria apenas a pessoa jurídica de direito privado ou público que deve satisfazer o direito do impetrante, porém não o faz sob o argumento de que não existe a norma regulamentadora; c) ambos os anteriormente mencionados devem figurar no pólo passivo.

Paralelamente ao mandado de injunção, que como já mencionado tem a missão de combater a omissão legislativa, o constituinte também previu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF). Esses dois instrumentos têm tantos pontos comuns como divergentes. Exploraremos tais aspectos em momento mais oportuno deste trabalho.

2.3.3 Controle concentrado de constitucionalidade

⁷² *Compromisso ...* p. 55.

O tema será a seguir abordado com todas as suas minúcias, mas não poderíamos deixar de consignar desde já que o controle concentrado de constitucionalidade, através das ações específicas previstas na própria Carta Magna, se constituem em instrumento de tutela dos interesses difusos e coletivos, sempre.

Com efeito, é sabido que a Constituição Federal é a lei fundamental de um Estado Democrático de Direito, tal como o é o Brasil (art. 1º, *caput*, CF), nela devendo constar os princípios e regras mais importantes para caracterizar a Nação, tais como os fundamentos republicanos e federativos, os direitos e garantias individuais e coletivos, os direitos sociais, a repartição de competências entre os entes federados, a estrutura dos Poderes da República etc.

Muitos desses princípios e regras são normalmente exercidos individualmente, como, por exemplo, o devido processo legal em um processo criminal onde o réu esteja sendo tolhido em seu direito de defesa. Ou o direito de liberdade religiosa, quando uma determinada pessoa esteja sendo discriminada em razão de credo.

Entretanto, quando um ato normativo de características abstratas viola preceitos contidos na Constituição Federal, com

potencialidade de causar danos aos direitos individuais e coletivos indivisíveis, cuja titularidade remonta a pessoas indeterminadas, a grupo, categoria ou classe (art. 81, par. ún., incs. I e II, CDC), então estaremos diante de uma lesão a interesse difuso ou coletivo (em sentido amplo).

Sob nossa ótica, portanto, toda tutela da integridade e superioridade da Constituição se traduz numa tutela de interesses difusos e coletivos, porque, ao extirpar do ordenamento jurídico o ato normativo inquinado de inconstitucional, estará o Poder Judiciário beneficiando não apenas um ou alguns indivíduos, mas todos aqueles que estejam sob a esfera de incidência da norma, que, em se tratando de Constituição Federal, são pessoas indeterminadas ou, se determináveis, pertencentes a grupo, categoria ou classe.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS

3.1 A supremacia da Constituição

Adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “o controle de constitucionalidade *sine qua non* da imperatividade da Constituição. Onde ele inexistente ou é ineficaz, a Constituição perde no fundo o caráter de norma jurídica, para se tornar um conjunto de meras recomendações cuja eficácia fica à mercê do governante, mormente do Poder Legislativo. Ao contrário, quando não só é previsto na Carta, mas tem meios de impor-se efetivamente, esta é a Lei Suprema, a que todos os Poderes têm de curvar-se. Assim sempre foi nos Estados Unidos da América, onde, graças a Marshall, o controle cedo se impôs, como ainda hoje se impõe”.⁷³

Adolfo Pliner, jurista argentino, aponta de maneira peremptória a necessidade de proteção da Constituição, como forma de manutenção do próprio Estado de Direito. Afirma este que “la validez de todo el orden jurídico en que se traduce el estado de derecho finca en su subordinación al ordenamiento fundamental, y en su conformidad con él. De

⁷³ Aspectos do direito constitucional contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219.

donde las normas secundarias o derivadas – o, más precisamente, condicionadas – son derecho en tanto se acuerden con las reglas superiores de aquel ordenamiento fundamental que en la pirâmide jurídica es la constitución política del Estado. Quiero esto decir que la regla jurídica – o que tiene su forma exterior – no es obligatoria por el solo hecho de haber sido producida, aún dada por el órgano específico instituído, si sus preceptos están em contradicción con las prescripciones de la norma superior”.⁷⁴

É de fato a Constituição a Lei Maior, ou seja, aquela que dá o norte para a sociedade, anotando seus principais preceitos jurídicos (de forma expressa ou tácita). Assim, estando no mais alto patamar normativo, não se pode conceber que a legislação que a ela esteja hierarquicamente inferior possa afrontá-la.

Guilherme Ferreira da Cruz sustenta que, “como *determinantes negativas*, as normas constitucionais desempenham uma função limite relativamente às normas de hierarquia inferior; como *determinantes positivas*, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas

⁷⁴ *Inconstitucionalidad de las leyes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 9-10.

constitucionais) e o infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), mas também uma verdadeira conformidade material”.⁷⁵

O princípio da supremacia da Constituição surge como disciplinador do controle de constitucionalidade, pois somente através de uma intensa fiscalização dos atos normativos inferiores é que se poderá dar garantia à Lei Maior.

Vale consignar as palavras do eminente jurista português J.J. Gomes Canotilho, para quem “o Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de *garantias* e de *sanções*: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição. A ideia de *protecção, defesa ou garantia* da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de *defesa do Estado*, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fáctica do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições).⁷⁶

⁷⁵ *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

⁷⁶ *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 781.

No mesmo diapasão, a conclusão de Aloysio Vilarino dos Santos, no sentido de que “o *princípio da supremacia da Constituição* tem por função preservar o Texto Magno e não admitir que as normas que estejam hierarquicamente abaixo da Constituição, inclusive as emendas constitucionais, sejam contrárias ao ordenamento supremo”.⁷⁷

Todavia, o citado jurista lusitano adverte que “a defesa da constituição pressupõe a existência de **garantias da constituição**, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental. Como se trata de *garantias de existência* da própria constituição (cfr. a fórmula alemã: *Verfassungsbestandsgarantien*), costuma dizer-se que elas são a <constituição da própria constituição>”.⁷⁸

É um dever de todos zelar pela integridade da Constituição, denunciando judicial ou extrajudicialmente os atentados pela mesma sofridos, a fim de que se extirpem do mundo jurídico as normas que porventura estejam com o Magno Texto incompatíveis.

⁷⁷ *A defesa da Constituição como defesa do Estado – controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional*. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 42-43.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 781-782.

Jorge Miranda, no entanto, alerta para a diferenciação entre *garantia da Constituição* e *garantia da constitucionalidade*, e consigna que “a garantia da Constituição é a da Constituição no seu complexo normativo tomada como um todo. A garantia da constitucionalidade é a garantia de que, em cada relação jurídica, rege uma norma conforme ao dispositivo constitucional e de que se pratica um acto permitido pela Constituição; ou, por outras palavras, é a garantia de que cada norma e cada acto subordinados à Constituição lhe são conformes. A primeira implica a segunda, porque a Constituição existe para ser interpretada, aplicada, cumprida, desenvolvida, posta em vigor. Por sua vez, a garantia de constitucionalidade volta-se para a garantia da Constituição, na medida em que a validade de cada norma e a validade de cada acto jurídico-público repousam na validade da Constituição. Há, por conseguinte, dois conceitos – e não apenas um – que se atraem e que não podem ser compreendidos senão um em função do outro”.⁷⁹

Para arrematar, são de grande valia as palavras do célebre professor da Universidade de Freiburg e Juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão, Konrad Hesse, que anota que “a Constituição é a *ordem fundamental jurídica da coletividade*. Ela determina os princípios

⁷⁹ *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. 1ª ed. 1968 reimpressa. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 237.

diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é ‘o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade’”.⁸⁰

3.2 Controle político da constitucionalidade

Não obstante o constituinte tenha criado um eficiente sistema de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos a serem efetivados em âmbito judicial, é certo que não se pode declarar que a prevenção não tenha sido priorizada.

Com efeito, a par do sistema de controle judicial da constitucionalidade dos atos normativos, é certo que os Poderes Legislativo e Executivo podem, também, contribuir em muito para evitar que normas legislativas inconstitucionais venham a ser inseridas em nosso arcabouço jurídico.

⁸⁰ *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 37.

Os mecanismos postos à disposição desses Poderes são as Comissões Parlamentares e o poder de veto conferido ao Chefe do Poder Executivo. A essa forma de controle denomina-se, além de controle político, de controle preventivo.

Quanto ao primeiro instrumento de controle político de constitucionalidade, é preciso consignar que as comissões têm amparo na Constituição Federal (art. 58, *caput*), cabendo-lhe, dentre outras competências, a de “discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de 1/10 (um décimo) dos membros da Casa” (art. 58, § 2º, inc. I).

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados prevê que incumbe à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania discutir e aprovar projetos de lei, inclusive, terminativamente, aqueles que não sejam de competência absoluta do Plenário (art. 32, IV). No mesmo sentido é o Regimento Interno do Senado Federal (arts. 77, inc. III; 90; 91 e 101).

Como se depreende, o controle de constitucionalidade se inicia no nascedouro do ato normativo advindo do Poder Legislativo, pois, uma vez apresentado o projeto de Lei Ordinária, de Lei Complementar ou de

Emenda à Constituição, ele passará, no mínimo, pela Comissão de Constituição e Justiça.

De absoluta importância para a elaboração de atos normativos que não afrontem o texto constitucional, as decisões das Comissões de Constituição e Justiça têm sido pautadas, muitas das vezes, infelizmente, por elementos estritamente políticos, e não jurídicos. Essa afirmação ganha força diante do número, já grande, e a cada ano crescente, de medidas judiciais visando à declaração de inconstitucionalidade de leis, com razoável êxito junto ao Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça dos Estados.

Muitas vezes os membros das Comissões de Constituição e Justiça sequer possuem o cabedal jurídico necessário para a análise técnica dos projetos a eles submetidos, apesar de alguns ostentarem títulos de profissionais do Direito. E, não obstante possam sempre se valer de pareceres de profissionais da Casa Legislativa à qual pertençam, é certo que diante do desconhecimento dos temas abordados, nem mesmo conseguem compreender o que se encontra disposto nesses trabalhos jurídicos.

Essas colocações parecem retratar, também, o posicionamento do recém empossado Presidente do Supremo Tribunal

Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que em discurso proferido no Congresso Brasileiro de Carreiras Jurídicas de Estado teria dito, em relação ao processo legislativo, conforme artigo do jornal *O Estado de São Paulo*, que “há um certo voluntarismo nesse processo, esquecendo-se de que há uma Constituição. É como se fizessem uma lei e dissessem: ‘Está feito o meu trabalho’. Mas já se sabe que terão um encontro marcado com o Supremo no dia seguinte”.⁸¹

Todavia, se de um lado os parlamentares não se encontram utilizando adequadamente do instrumento que lhes foi colocado à disposição para o controle de constitucionalidade, é certo que os Chefes do Poder Executivo têm feito uso constante do mecanismo que lhes foi conferido pela Carta de Regência.

De fato, o instituto do veto encontra-se previsto no § 1º, do art. 66 da Carta de Regência, que dispõe: “Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias

⁸¹ Fonte citada, publicado no dia 14.06.2008, p. A6. Na mesma reportagem há menção a um levantamento feito pela Prof. Maria Tereza Sadek, do Departamento de Ciências Políticas da USP, que aponta que, de 1988 a 2007, 8.994 ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas no STF, tendo este Tribunal anulado parcialmente, de 1988 a 2002, mais de duzentas leis federais. Ainda, o mesmo estudo dá conta de que no México, de 1994 a 2002 só vinte e uma leis foram anuladas. Já nos Estados Unidos da América, em toda a sua história, somente 35 leis federais foram consideradas inconstitucionais.

úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

Descartamos de nosso estudo a verificação quanto ao veto por falta de interesse público no projeto aprovado, fixando nosso olhar no veto por inconstitucionalidade, pois se trata de exercício claro do sistema de freios e contrapesos existente em nosso ordenamento jurídico e que alça o Chefe do Executivo à condição de tutor da Constituição Federal.

Anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “enquanto o veto por inconveniência apresenta o Presidente como defensor do interesse público, o veto por inconstitucionalidade o revela como guardião da ordem jurídica. Esse poder, na verdade, o coloca na posição de defensor da Constituição e numa posição privilegiada, visto que pode exercer um controle preventivo para defendê-la de qualquer arranhão resultante da entrada em vigor de lei inconstitucional”.⁸²

Luiz Francisco Isern atenta que o veto tem natureza jurídica de ato executivo, e não legislativo, como propõem alguns doutrinadores. Consigna o mencionado jurista que é “(...) na natureza executiva do Poder exercido pelo Chefe de Estado que está, a nosso ver, a

⁸² *Do processo legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 222.

solução do problema quanto ao caráter executivo ou legislativo do *veto*. Logo, se a essência desse Poder é executiva, tal circunstância se estende a todos os atos oriundos do mesmo Poder, os quais, pela sua origem, nascem com a natureza executiva. E, como a sanção e o *veto* se incluem entre eles, são, portanto, de caráter executivo”.⁸³

O sistema não se aplica apenas aos projetos de lei aprovados pelas Casas Legislativas da União (Câmara dos Deputados e Senado Federal), mas também a todas as Assembléias Estaduais, à Assembléia Distrital (Distrito Federal) e às Câmaras Municipais.

No que pertine ao prazo de quinze dias para que o Chefe do Executivo analise o texto do projeto apresentado pelo Poder Legislativo, ele é decadencial, posto que, transposto sem que tenha havido a manifestação expressa do Executivo quanto à concordância, total ou parcial, com o diploma encaminhado, ou à discordância, também total ou parcial, deverá ele ser sancionado (art. 66, § 3º, CF).

O óbice do Chefe do Executivo, quanto ao diploma legal a ele submetido, somente poderá abranger texto integral de artigo, parágrafo, inciso ou alínea (art. 66, § 2º, CF), excluindo-se, portanto, o veto a

⁸³ *Controle de constitucionalidade por meio do veto municipal*. São Paulo: Método, 2002, p. 138.

palavras ou expressões. Essa regra, “estabelecida para eliminar abuso por parte dos parlamentares, o veto parcial, todavia, passou a servir entre nós para abusos por parte do governo. Embora a doutrina unanimemente sustentasse que o veto parcial não poderia servir para desfigurar o projeto, na prática, o Executivo veio a colher pelo veto até palavras isoladas dentro do texto, mudando-lhe não raro radicalmente o sentido, ou o alcance. E essa prática, apesar da repulsa doutrinária, foi aprovada pelos tribunais”, como alerta Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸⁴. Após um período em que tal prática, execrada pela doutrina, voltou a ser admitida, a saber, durante a vigência da Emenda nº 1 à Constituição de 1967, como acima já se consignou, a Constituição de 1988 voltou a trilhar o rumo democrático e aboliu essa conduta.

Chegando à Casa Legislativa de origem o projeto de lei vetado, terá este o prazo de 30 (trinta) dias, contados do recebimento do texto pelo Executivo, para apreciar o veto (art. 66, § 4º, CF), sob pena de trancamento da pauta (art. 66, § 6º, CF). Se o veto não for mantido, será o projeto enviado ao Chefe do Executivo para promulgação (art. 66, § 5º, CF).

Percebemos que o poder do Chefe do Executivo no controle político da constitucionalidade de leis tem limitações muito claras,

⁸⁴ *Curso de direito constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 197.

pois caso seu veto venha a ser derrubado na Casa Legislativa de origem, só lhe resta lamentar, ou tomar providências em âmbito judicial (quando possui legitimidade), ou extrajudicial (tal como representar a quem porventura tenha legitimidade para a propositura da medida judicial adequada). E nem poderia ser diferente, pois o poder de legislar é precipuamente conferido ao Poder Legislativo, e com este deve permanecer a última palavra, no âmbito político, quanto à constitucionalidade ou conveniência da lei.

3.3 Controle judicial da constitucionalidade

Conforme verificado no tópico anterior, o constituinte colocou à disposição do legislador mecanismos de controle de constitucionalidade dos atos normativos, notadamente daqueles que são elaborados mediante processo de competência do Poder Legislativo.

Destarte, possuem os Poderes Legislativo e Executivo a chance de corrigir no nascedouro as eventuais constitucionalidades existentes nos atos originados no seio daquele primeiro.

Entretanto, por motivos variados, pode ser que a norma seja editada sem que se tenham tomado as providências para expurgar sua

inconstitucionalidade, passando ela a vigir no mundo jurídico, não obstante a violação ao Texto Magno.

Importante aspecto nos é lembrado por Marcelo Figueiredo, que atenta no sentido de que, após a segunda guerra mundial, o direito constitucional teria absorvido algumas novas características, dentre elas, a *dessacralização da lei*. Sobre essa, anota o citado jurista que “as experiências de guerra, notadamente do fascismo e do nazismo provocaram o fenômeno conhecido como ‘dessacralização’ da lei; o legislador não é mais infalível; o Parlamento pode se enganar; a lei pode causar dano às liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos; é, portanto, necessário proteger-se também contra ela e não mais exclusivamente contra os atos do poder executivo; a lei não está mais no centro do sistema normativo”.⁸⁵

No mesmo diapasão é a anotação de José Jesus Cazetta Júnior, para quem “a idéia de que todos os poderes são limitados pela Constituição superou, historicamente, a doutrina política burguesa, que fundara o Estado de Direito. A corrente anterior via na lei a expressão da vontade geral e considerava os órgãos representativos como os verdadeiros depositários da soberania, precisamente por lhes competir o exercício da

⁸⁵ O controle de constitucionalidade: algumas notas e preocupações. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Coord.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 176.

função legislativa, em nome do povo. Bem por isso, a Constituição não valia, na prática ou em teoria, como limite intransponível para o Poder Legislativo, que podia alterá-la, suspendê-la ou revogá-la. Quando este, à semelhança dos demais, passa a ser visto como um poder limitado – e se torna inferior ao poder constituinte –, o Estado de Direito dá lugar ao Estado Constitucional de Direito”.⁸⁶

É justamente aí que entra o papel do Poder Judiciário como guardião máximo da ordem constitucional, missão esta que lhe é inerente, notadamente porque seu mais alto tribunal, o Supremo Tribunal Federal, tem dentre suas competências justamente decidir sobre a constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal.

Não olvidemos que, apesar dos atos normativos emanarem de uma vontade política dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, não podem ser subtraídos à apreciação do Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal legou o poder de dizer o que é ou não constitucional dentro do ordenamento jurídico vigente.

⁸⁶ Apontamentos sobre as categorias fundamentais da jurisdição constitucional. In: *Justitia*. Vol. 197, São Paulo, 2007, p. 149.

O preclaro jurista Themistocles Brandão Cavalcanti consignou em clássica obra sobre o controle de constitucionalidade, após discorrer que a criação da norma é, essencialmente, uma função legislativa, que “o certo, porém, é que a faculdade de considerar uma lei inconstitucional, quer deixando de aplicá-la porque em conflito com a Constituição, quer declarando inconstitucional uma Constituição estadual, porque em conflito com a Constituição Federal, são atos tècnicamente jurisdicionais, porque envolvem o julgamento da legalidade, mas que representam participação na área normativa (constitucional ou legislativa)”.⁸⁷

Citado jurista vê no controle judicial de constitucionalidade um ato que esbarra na função legislativa, mas que não se torna repugnante, na medida em que o princípio da separação dos poderes pressupõe, inclusive, a possibilidade de um poder praticar atos que venham a atingir o exercício de funções de outros poderes.⁸⁸

O ilustre constitucionalista Carlos Roberto Siqueira Castro, após apontar as inúmeras dificuldades em se delinear o que venham a ser as denominadas “questões políticas”, acabou por concluir que “o máximo que se pode (e que se deve) dizer a propósito desse controvertido assunto é

⁸⁷ *Do contrôle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 32.

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 33.

que, por exclusão, não serão consideradas “*políticas*”, ou excluídas da apreciação judicial, as questões que envolvam, ainda que em tese, lesão (ou ameaça de lesão) a direito individual ou coletivo”.⁸⁹

Essa análise de constitucionalidade de leis e demais atos normativos se dá por duas vias, a saber, a difusa e a concentrada. A primeira, também chamada de via *indireta, de exceção* ou *de defesa*, ocorre no curso de um processo comum, em que uma das partes arguiu a matéria em defesa de seu direito (pode ser tanto o autor como o réu). Na segunda hipótese, ainda denominada de *direta, de ação* ou *de controle abstrato*, o constituinte previu medidas judiciais próprias para o combate à inconstitucionalidade. Nessa última hipótese, o debate sobre a inconstitucionalidade não se apresenta como causa de pedir, mas como pedido.

Vale o alerta de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, no sentido de que “(...) o art. 97 da Constituição da República consolida regra geral, válida tanto para a via difusa como para a concentrada, pela qual os tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de outro ato normativo pelo voto da maioria absoluta de seus

⁸⁹ *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 282.

membros ou do respectivo órgão especial. É o chamado princípio da reserva de plenário”.⁹⁰

Cabe destacar, ainda, que o controle judicial de inconstitucionalidade de atos normativos pode se dar por vícios de ordem formal ou material, ou seja, que destaquem falhas no processo legislativo, tal como determinado na própria Lei Fundamental, ou por questões atinentes ao conteúdo das normas inquinadas de inconstitucionalidade.

Paulo Bonavides ensina que “o controle forma é, por excelência, um controle estritamente *jurídico*. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado”. E, quanto ao controle material, afirma o mesmo jurista que este “(...) é delicadíssimo em razão do elevado teor de *politicidade* de que se reveste, pois incide sobre o *conteúdo da norma*. Desce ao fundo da lei, outorga a

⁹⁰ *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28.

quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais”.⁹¹

3.3.1 O controle difuso de constitucionalidade

O controle difuso de constitucionalidade, também denominado de *controle por via de exceção* ou *controle concreto*, se dá no âmbito de uma medida judicial qualquer, em que uma das partes sustenta como fundamento de suas objeções a inconstitucionalidade de determinado ato normativo que se pretenda aplicar-lhe ou já se lhe tenha aplicado.

A afirmação de inconstitucionalidade da lei (em sentido amplo) surge como causa de pedir ou em sede de contestação, não se tratando do objeto principal da demanda, que visa à obtenção de provimento jurisdicional diverso.

E nem poderia ser diferente, porque o controle direto, também denominado de concentrado, seria entregue à competência do Supremo Tribunal Federal, quando tomasse como parâmetro a Constituição

⁹¹ *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 268-270.

Federal (art. 102, I, “a” e § 1º; e art. 103, § 3º, CF), e aos Tribunais de Justiça dos Estados, quando o parâmetro seja a Constituição Estadual.(art. 125, § 2º, CF).

No controle difuso não se discute abstratamente a inconstitucionalidade de certo ato normativo; ao contrário, só é possível estabelecer-se essa forma de análise da coerência da norma com a Carta Magna a partir do caso concreto, e, mais do que isto, que tenha sido o Poder Judiciário provocado a sobre tal se pronunciar.

Uma vez provocado o órgão jurisdicional para dirimir algum conflito de interesses, poderá o juiz, seja ele pertencente a foro estadual, federal, trabalhista, eleitoral ou militar⁹², se pronunciar sobre eventual inconstitucionalidade de ato normativo que fundamente o posicionamento de qualquer das partes. E, para tanto não há necessidade de que a arguição tenha advindo de uma das partes.

Com efeito, tratando-se de matéria constitucional, e, portanto, de ordem pública, o juiz poderá sobre esta se

⁹² Anota Vasco Della Giustina que “(...) a argüição de inconstitucionalidade, pela via de exceção, pode ser deduzida em qualquer juízo ou Tribunal, e nas várias Justiças especializadas” (*Controle de constitucionalidade das leis – Ação direta de inconstitucionalidade – Tribunal de Justiça e Município*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 138).

pronunciar independentemente de manifestação das partes, lançando manifestação de ofício.

É o que se depreende, por exemplo, e a contrário senso, do art. 128 do Código de Processo Civil, que dispõe no sentido de que “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. Ou seja, quando a lei não exigir a iniciativa da parte, então poderá o juiz tratar sobre estas matérias de ofício.

A declaração de inconstitucionalidade na via difusa é incidental, e pressupõe que seja analisada antes da tomada da decisão de mérito, que poderá culminar na procedência ou improcedência da ação.⁹³

Não obstante o mencionado quanto à competência do Excelso Pretório para o julgamento das ações que visem ao controle concentrado de constitucionalidade, é certo que o mesmo Tribunal poderá analisar a questão atinente à inconstitucionalidade de atos normativos pela via da exceção. Essa afirmativa se dá, seja porque exerce em

⁹³ O ilustre constitucionalista português Jorge Miranda, entretanto, aduz que em primeiro grau de jurisdição, “a inconstitucionalidade constitui objecto de uma *questão prejudicial* – eis como deve ser antes de mais caracterizada. Se as questões acessórias que surjam no decorrer de um processo, poder ser ou de natureza substantiva ou de natureza adjectiva, revela-se muito claro que a inconstitucionalidade é uma questão prejudicial, e nunca incidental. Na verdade, perante uma questão de inconstitucionalidade, o juiz coloca-se, não no Direito processual, mas sim no Direito constitucional” (*Op. cit.*, p. 259).

determinadas causas a única instância, nos casos de competência originária, seja porque a lide subiu ao Supremo Tribunal Federal para apreciação de recurso extraordinário.

Sobre o recurso extraordinário é de valia lembrar as palavras de José Duarte, ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, quando a Capital Federal ainda era sediada no Rio de Janeiro, no sentido de que “ao Supremo Tribunal se deixaram, na forma tradicional, os recursos extraordinários. A Comissão Constitucional, no projeto primitivo, tentou atribuir ao Tribunal Federal de Recursos alguns dêsses recursos, mas a oposição que surgiu fê-la voltar ao sistema anterior, e daí resultou o texto do projeto revisto”. E continua afirmando que “como os Estados, na Federação, tinham a faculdade de legislar, elaborar leis substanciais, poderia acontecer que os poderes locais se sublevassem contra os federais. Os próprios tribunais estaduais estariam sujeitos, então, aos ímpetos autonomistas, exagerados. Para evitá-lo, criou-se o recurso que, por sua natureza, e como a própria palavra indica, é extraordinário, destinado a corrigir a situação excepcional, o que implica no respeito à preeminência da lei federal, colocando a Constituição sob a guarda do Tribunal máximo, de julgamentos incontroversos”.⁹⁴

⁹⁴ *A Constituição brasileira de 1946*. 2º Volume. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, p. 321.

A decisão adotada no caso concreto em que se declarou a inconstitucionalidade de ato normativo somente faz coisa julgada *inter partes*.⁹⁵ De fato, não possui ela o condão de aniquilar com a norma tida por inconstitucional, pois, para tanto, seria necessário que o Senado Federal viesse a suspender sua execução, no todo ou em parte, e mesmo assim somente quando a declaração tivesse o respaldo do Supremo Tribunal Federal (art. 52, inc. X, CF).

Sobre os efeitos da decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade, aduz Oswaldo Luiz Palu que “na via *difuso-concreta*, os efeitos são retroativos *para o caso concreto e inter partes*; após a resolução do Senado Federal, efeitos *ex nunc* (para os demais casos), *erga omnes*. Para os *casos idênticos e findos*, nenhuma alteração, mesmo após a resolução do Senado Federal. Para os *casos idênticos e futuros*, a obrigatoriedade de observância da nova situação (resolução com efeitos *erga omnes*) é clara; para os *casos idênticos e pendentes* quando da resolução do

⁹⁵ Nesse sentido o jurista gaúcho Nelson Oscar de Souza, para quem “o julgador antes mesmo de examinar o mérito da pretensão do autor, há de se pronunciar sobre a alegada inconstitucionalidade. A decisão, nesses casos, apenas terá efeitos *inter partes*, isto é, os efeitos dessa decisão não se estendem a todos. O juiz deixará de aplicar a norma invocada apenas naquele caso. Mas, como não pode deixar de decidir, ele o fará amparado em uma norma sadia e que seja aplicável, ou decidirá por analogia, de acordo com os costumes ou com os princípios gerais de Direito, na forma do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil” (*Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 171).

Senado, se ainda possível algum recurso, a aplicação da nova situação é de rigor (*retroatividade mínima*, art. 462, do Código de Processo Civil).⁹⁶

Caso o Senado Federal venha a decidir pela suspensão da norma, o fará por resolução, prevista em seu Regimento Interno (art. 386), cuja edição se encontra no âmbito discricionário dessa Casa Legislativa.

Justamente em face dessa discricionariedade é que muitos sustentam a impossibilidade de aplicação de efeitos *erga omnes* e retroativos (*ex tunc*) à resolução. Como poderia ser adequadamente solucionado um caso em que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a inconstitucionalidade de determinada norma, e o Senado Federal, utilizando-se da prerrogativa que lhe é conferida (leia-se discricionariedade), leve, digamos, dois anos para baixar a mencionada resolução? Se os efeitos de fato fossem *ex tunc*, todas as situações consolidadas durante o trânsito em julgado da ação e a edição da resolução, incontáveis situações jurídicas que se estabilizaram seriam prejudicadas.

O tema requer certa reflexão. Vejamos.

⁹⁶ *Controle de constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 167.

Generalidade e abstração são características das leis e somente persistem até o momento em que incidem num determinado caso concreto, resguardando o direito subjetivo⁹⁷ de alguém, ainda que para tanto haja necessidade de que um juiz lance mão das conhecidas regras de interpretação e integração jurídica.

Quando ocorre a incidência da lei a um caso concreto, surge o eventual conflito de interesses entre o titular de um direito e aquele que se encontra obrigado, por este mesmo direito, a uma prestação jurídica. Se esse conflito não se soluciona extrajudicialmente, surge, visto que a Constituição Federal garante amplo acesso à Justiça (art. 5º, inc. XXXV), a possibilidade de sua resolução judicial.

Sobre a reparação de um direito violado lembra Giuseppe Chiovenda que “com o tema da lesão dos direitos está em estrita conexão o tema da ação, no sentido de que a ação é *um* dos direitos que podem fluir da lesão de um direito; e eis como aquela se apresenta na maioria dos casos: como um direito por meio do qual, omitida a realização de uma

⁹⁷ Luiz Antonio Rizzatto Nunes esclarece que “(...) o direito subjetivo é a prerrogativa colocada pelo direito objetivo, à disposição do sujeito do direito. Essa prerrogativa há de ser entendida como a possibilidade de uso e exercício efetivo do direito, posto à disposição do sujeito. Assim, o direito subjetivo é tanto o efetivo exercício do direito objetivo quanto a potencialidade do exercício desse mesmo direito” (*Manual de introdução ao estudo do direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 117).

vontade concreta da lei mediante a prestação do devedor, se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo”.⁹⁸

É durante a solução judicial de conflitos envolvendo pessoas determinadas que poderá surgir, como argumentação de alguma das partes, que determinado ato normativo não deve ser aplicado no caso concreto, por padecer de inconstitucionalidade, formal ou material, total ou parcial.

A partir dessa alegação pela parte, ou mesmo de ofício, é que deverá o juiz iniciar a investigação quanto à eventual ocorrência de violação a princípios ou regras constitucionais, que, no plano vertical de hierarquia normativa de nosso sistema jurídico, deve ser combatido pelos órgãos do Poder Judiciário, o primordial defensor da Carta de Regência.

Na doutrina, tem-se o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1803, com decisão da lavra do lendário Juiz John Marshall, como o precursor do controle difuso de constitucionalidade.⁹⁹

⁹⁸ *Instituições de direito processual civil*. V 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 37-38.

⁹⁹ Carlos Roberto de Castro Jatahy, aliás, consigna em primoroso artigo sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02 que, não apenas o referido caso é o *leading case* da análise de inconstitucionalidade de leis em sede de ações individuais, mas também do próprio controle de constitucionalidade norte-americano, que teria influenciado em muito nosso constitucionalismo. Anota o referido autor que “o controle de

Em um caso concreto, sendo o juiz provocado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de certo ato normativo, deverá enfrentar a questão. Mas, se o argumento persistir ao ser o processo submetido a um tribunal, deverá ser a questão submetida ao pleno ou órgão especial deste, com a finalidade de analisar a suposta inconstitucionalidade. E isso porque a Constituição Federal exige a chamada *cláusula de reserva de plenário*, consistente em que somente pelo voto da maioria absoluta dos membros do órgão competente do tribunal é possível a declaração de inconstitucionalidade (art. 97).

E, a fim de garantir o estrito cumprimento dessa regra constitucional, o Pretório Excelso editou recentemente a Súmula Vinculante nº 10, no sentido de que “viola a cláusula de reserva de plenário (CB, artigo 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”.

constitucionalidade das leis, conforme idealizado no Constitucionalismo americano, é vital para a compreensão do tema para o Direito Brasileiro, especialmente em face da influência que Rui Barbosa e demais constituintes de 1891 obtiveram dos precedentes da América do Norte para a implantação do sistema no ordenamento jurídico brasileiro. A noção de supremacia formal da Constituição e da inconstitucionalidade de normas que lhe sejam incompatíveis nasceu do célebre caso *Marbury Vs Madison*, ocorrido em 1803 e que se revela – decorridos dois séculos – de extrema atualidade para o direito contemporâneo” (Jurisdição constitucional: a atualidade do caso *Marbury VS Madison* e a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 19, jan./jun. 2004, p. 81).

A súmula citada tem como escopo evitar que, por via oblíqua, outro órgão que não aqueles expressamente indicados no art. 97 da Carta Magna reconheça a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, mesmo que sem declará-la claramente, fazendo-o mediante o afastamento da aplicação da legislação tida como contrária à lei.

Esses órgãos fracionários podem ser Câmaras, Turmas, Seções ou outros quaisquer que não sejam o Tribunal Pleno ou seu Órgão Especial (naqueles tribunais que tenham mais de vinte e cinco julgadores, conforme determina o art. 93, inc. XI, do Texto Maior).

André Ramos Tavares não se furtou a, de imediato, detectar algumas questões práticas que deverão ser enfrentadas em face da edição da novel súmula: “i) o órgão fracionário pode afastar a incidência, no todo ou em parte, de determinada lei ou ato normativo, por motivos outros que não a inconstitucionalidade (não pertinência ao caso concreto, falta de vigência da lei, etc.), caso em que não incide o art. 97, apesar da literalidade da Súmula sugerir o oposto; ii) o CPC (art. 481, parágrafo único) permite que, uma vez já decidida a inconstitucionalidade pelo plenário do respectivo Tribunal ou do STF, o órgão fracionário não tenha de reiterar eternamente o incidente em todos os demais casos concretos com questão constitucional idêntica, bastando aplicar a decisão já consolidada

anteriormente (na sua literalidade, a súmula parece colidir com esse comando). Vale, aqui, uma leitura menor literal da súmula, impedindo que a mesma se transforme em um retrocesso ao nosso modelo de controle de constitucionalidade”.¹⁰⁰

O entendimento que tem prevalecido na Corte Suprema, e hoje respaldado pelo parágrafo único, do art. 481 do Código de Processo Civil, é no sentido de que, quando os órgãos competentes dos Tribunais de Segunda Instância, ou o Supremo Tribunal Federal, já houverem se pronunciado sobre determinada matéria considerada inconstitucional, então não deverá ser novamente submetida esta ao mesmo Colegiado, sob pena de uma incoerente repetição.¹⁰¹

Apesar de entendermos os nobres motivos do entendimento mencionado, é certo que ele tolhe a possibilidade de uma modificação por parte dos Colegiados competentes, que sofrem mudanças constantes em seus quadros de componentes, como, aliás, prevê o art. 93, inc. XI, da Constituição Federal.

¹⁰⁰ Súmula vinculante nº 10. *Carta Forense*, São Paulo, Ed. nº 63, ago. 2008, p. 17.

¹⁰¹ Nesse sentido o RE nº 190.725-8/PR. Em sentido idêntico o Incidente de Inconstitucionalidade nº 70000207571, do TJ/RS, j. em 10.03.2003, tendo como relator o Des. Clarindo Favretto.

Uma das vantagens do controle difuso de constitucionalidade diz respeito à possibilidade de qualquer cidadão exercer a fiscalização dos atos normativos inconstitucionais, podendo, no caso concreto, suscitar o Poder Judiciário a se pronunciar sobre a viabilidade de aplicação de certo ato normativo, em face do que dispõe a Carta Constitucional, que com aquele aparenta ser incompatível.

Quanto a seus efeitos, há um ponto negativo, na medida em que nas lides individuais a sentença somente se limita às partes do processo, não prejudicando terceiros (art. 472, CPC), porém com a retroatividade típica das decisões que tornam nulo certo ato normativo.

O entendimento hoje dominante no Supremo Tribunal Federal é, entretanto, no sentido de que, mesmo no controle difuso de constitucionalidade, é possível conceder à decisão efeito *ex nunc* ou *pro futuro*, tal como preceitua a Lei nº 9.868/1999 (art. 27).¹⁰² Todavia, não podemos perder de vista que a concessão de outros efeitos à sentença que declara a inconstitucionalidade, que não o retroativo, é exceção, que somente deverá incidir quando se verificarem razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

¹⁰² Determinou-se o RE nº 197.917 como o *leading case* na concessão de efeitos diversos do *ex tunc* a uma decisão tirada em sede de controle difuso de constitucionalidade.

A doutrina e a jurisprudência, no entanto, têm dado interessante solução aos efeitos *intra partes* da sentença proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. Iniciemos esta jornada acadêmica a partir do questionamento formulado por Pedro Lenza: “(...) em relação ao efeito *inter partes*, será que não haveria algum instrumento através do qual seria possível estender os efeitos de uma única decisão para todas as pessoas que estiverem em igual situação, evitando, assim, a necessidade de cada um provocar o Judiciário individualmente? Isso é esperado em ações cujo objeto seja comum a um número muito grande de pessoas, como os *cruzados bloqueados*, a **cobrança de um tributo que entendam inconstitucional**, como por exemplo a CPMF etc. Existiria, então, algum meio de produzir efeitos para todos, ou, necessariamente, cada indivíduo, isoladamente, deverá ‘bater às portas’ do Judiciário para obter a tutela jurisdicional pretendida?”.¹⁰³

Pelo texto hoje expresso na Magna Carta, a declaração de inconstitucionalidade de lei federal, estadual, distrital, e até mesmo municipal, proferida incidentalmente em ação que tenha sido levada a seu pronunciamento, somente teria efeito *erga omnes* se editada pelo Senado

¹⁰³ *Direito constitucional esquematizado*. 11ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 178-179 (destaque do original)..

Federal a resolução de que tratam o art. 52, inc. X, da Constituição Federal, e o art. 386 do Regimento Interno da citada Casa de Leis, ou pela Assembléia Legislativa ou Câmara Municipal, quando respectivamente tratar-se de ato normativo estadual ou municipal.

O posicionamento que tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal, no próprio Senado Federal e em abalizada doutrina é no sentido de que a edição da resolução que teria o condão de suspender a execução da lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, é de discricionariedade política daquele órgão legislativo.

Esse o pensar de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, para quem “enquanto não suspensa pelo Senado, a decisão do Supremo Tribunal Federal, como já tivemos oportunidade de ver, não constitui precedente obrigatório, já que, embora sujeitos à revisão por aquele Tribunal, podem os juízes e tribunais considerar de forma diferente da propugnada e até o próprio Supremo Tribunal Federal pode modificar o seu modo de decidir, considerando como constitucional aquilo que já havia decidido como inconstitucional. Todavia, depois da suspensão efetuada pelo Senado, perde a lei ou ato normativo sua eficácia; perde sua executoriedade,

vale dizer, a sua revogação, e, a partir daí, não mais pode ser considerada em vigor”.¹⁰⁴

Surge na própria Corte Suprema uma nova tendência, capitaneada principalmente pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que defende a denominada *teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso de constitucionalidade*, cujo fundamento principal consiste na tese da mutação constitucional, em que se confere nova interpretação ao texto constitucional, sem que tenha ocorrido qualquer modificação formal deste.

É de fato uma tese que nos chama a atenção pela coragem com que se enfrenta uma questão politicamente delicada, pois envolve a disputa de poder por parte de dois Poderes da República. Entretanto, de fato não há como se sustentar que o órgão máximo do Poder Judiciário venha a decidir que determinada lei é inconstitucional e seus efeitos sejam aplicados apenas em relação às partes do processo onde se deu a decisão.

Com efeito, não se mostra justificável que uma ou algumas pessoas, em face de decisão que lhes seja favorável, venham

¹⁰⁴ *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 152.

a se beneficiar da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo, enquanto que todos os demais cidadãos ficam submetidos aos efeitos daquela mesma norma.

Aqueles que sustentam que a nova interpretação esbarraria no princípio da separação dos poderes afirmam que a Constituição Federal teria conferido competência privativa ao Senado Federal para proceder à suspensão da lei (art. 52, inc. X).

Não obstante Regina Maria Macedo Nery Ferrari tenha se posicionado no sentido de que cabe ao Senado Federal proceder à suspensão do ato inquinado de inconstitucional, e, conseqüentemente, conferir à decisão do Supremo Tribunal Federal efeito *erga omnes*, trouxe esta uma esclarecedora passagem sobre a interpretação a ser dada ao texto do art. 52, inc. X, do Texto Magno.

Diz a referida constitucionalista que: “Parece-nos que o mais interessante a ponderar em relação a essa questão é que o dispositivo constitucional, quando determina que ‘compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal’ (art. 52, X), o faz no sentido de que, quando o Senado pratica tal competência,

exercita-a em obediência à decisão do Supremo, o que traz a evidência de ser esse ato de natureza executória, complementar, já que o mesmo só pode ser praticado após e na medida em que for determinada a inconstitucionalidade pelo Supremo. Nosso sistema jurídico não especifica, porém, o prazo para manifestação do Senado e nem mesmo há sanção determinada para o caso, o que nos proporciona pensar que pode ficar omissa por 10, 15 ou 20 anos impunemente”.¹⁰⁵

Sob nossa ótica, o novo posicionamento jurisprudencial que se amolda não só não ofende ao princípio da separação dos poderes, como, ao contrário, homenageia o princípio do equilíbrio entre os poderes, através do conhecido sistema do *balance and checks* (sistema de freios e contrapesos).

De fato, cabe ao Poder Judiciário analisar a constitucionalidade de leis no âmbito repressivo. Uma vez declarada a violação da norma constitucional por ato normativo de hierarquia inferior, não pode aquele poder ficar submetido à vontade política do Senado Federal, órgão de outro poder (Poder Legislativo), sob pena de, aí sim, ocorrer quebra do princípio da separação dos poderes.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 151.

Interessante posicionamento é sustentado por Walter Claudius Rothenburg no sentido de que a Constituição Federal sofreu uma mutação constitucional que exigiria uma nova interpretação quanto a essa discricionariedade do Senado Federal para suspender a eficácia da lei inconstitucional. E, após consignar que da Carta Magna não é mais possível extrair o entendimento de que o controle abstrato de constitucionalidade se sujeite, ao final, a uma decisão política daquela Casa Legislativa, que teve “deslegitimada sua atuação nesse importante modo de fiscalização de constitucionalidade”, concluiu o referido autor que “após o êxito do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, cumpre indagar se ainda faz sentido a histórica atuação do Senado como corretivo à fiscalização concreta e difusa. Parece que não mais”.¹⁰⁶

Não poderíamos, ainda, deixar de lembrar das palavras do abalizado constitucionalista Clèmerson Merlin Clève sobre o assunto, para quem “parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, hoje, não apenas a fiscalização incidental, mas também a ‘em tese’, decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimimento de omissão. Parece que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões

¹⁰⁶ *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito – a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59-60.

constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item”.¹⁰⁷

Mas, se no âmbito dos julgamentos emanados do Supremo Tribunal Federal há intensa discussão acerca dos efeitos de tal decisão, como ficariam os efeitos dos provimentos jurisdicionais de juízos de primeiro instância e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais, quando incidentalmente declaram a inconstitucionalidade de um ato normativo, e, por não haver recurso, ou não tendo este sido recebido, ocorre o trânsito em julgado? Terão essas decisões efeito *erga omnes* ou somente *intra partes*?

Parece-nos que a resposta dependerá da esfera do ato normativo, pois, se for municipal, então terá o juiz de primeiro grau e o Tribunal competência para atribuírem efeitos *erga omnes* à sentença. Se for norma estadual, então somente o Tribunal terá a possibilidade de conferir aquele efeito. Mas, se for federal a norma, somente se apreciada pelo Supremo Tribunal é que se conferirá o efeito contra todos.

Cumpra-se, entretanto, a análise do controle difuso, ainda, sob a perspectiva da tutela coletiva. Vejamos.

¹⁰⁷ A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 97-98.

As ações coletivas têm como objeto material a tutela dos direitos e interesses metaindividuais, sendo estes os que possuem titularidade múltipla, e que estão devidamente descritos no parágrafo único, do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

É justamente esse o ensinamento de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, ao anotar que “dentre as espécies de direitos e interesses metaindividuais que a Lei n. 8.078/1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, elenca nos incisos do parágrafo único do art. 81, sem dúvida é a categoria dos denominados **direitos e interesses individuais homogêneos** que mais controvérsias tem suscitado: desde sua própria **caracterização e classificação como espécie distinta**, ao lado dos **direitos e interesses difusos e coletivos** (em sentido estrito)”.¹⁰⁸

Os denominados direitos e interesses metaindividuais estão escorados em princípios e regras constitucionais, como facilmente podemos verificar nas lides que visam tutelar os direitos do meio ambiente (arts. 225; 170, inc. VI; 182; 186, inc. II; e 215/216), à saúde pública (arts. 196 a 200), à educação (arts. 205 a 214), da infância e da

¹⁰⁸ *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 1.

juventude (art. 227), dos idosos (art. 230), do consumidor (arts. 5º, inc. XXXII e 170, inc. V) etc.

Diante disso, não é raro ocorrerem debates incidentais nas lides coletivas, envolvendo a questão atinente à inconstitucionalidade de atos normativos que estão a afrontar o Texto de Regência.

Surge a partir dessa situação a possibilidade de se proceder ao controle difuso de constitucionalidade, pois, em cada caso concreto, a inconstitucionalidade de determinado ato normativo prejudica a garantia de tutela de interesses difusos ou coletivos (em sentido amplo).

Durante certo tempo houve quem sustentasse a viabilidade de a ação coletiva ter como objeto pedido a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo inquinado deste vício. Entretanto, a questão acabou pacificada pelos Tribunais Superiores, no sentido de que não é possível, através de ações daquela natureza, se buscar pedido daquela espécie, como supedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.

Com efeito, notadamente através das ações civis públicas, buscou-se em inúmeras oportunidades, a declaração de inconstitucionalidade como objeto principal da demanda, quando, pela visão

dos Tribunais, esta somente pode ocorrer *incidenter tantum*, por ser questão prejudicial ao mérito.

O fundamento jurídico para a recusa residia no fato de que, permitindo-se que o objeto da ação civil pública fosse a obtenção da declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, estaria sendo usurpada a competência do Pretório Excelso, na medida em que aquele instrumento de tutela coletiva possui efeitos *erga omnes*.¹⁰⁹

No que tange à possibilidade de declaração incidental da inconstitucionalidade, entretanto, solidificou-se no Supremo Tribunal Federal, sendo de valia transcrever ementa da Reclamação nº 602-6/SP, da lavra do Ministro Ilmar Galvão, no sentido de que:

“Reclamação. Decisão que, em Ação Civil Pública, condenou instituição bancária a complementar rendimentos de caderneta de poupança de seus correntistas, com base em índice até então vigente, após afastar a aplicação da norma que o havia reduzido, por considerá-la incompatível com a

¹⁰⁹ Nessa esteira: STF - Rcl nº 434 – Rel. Min. Francisco Rezek – DJU de 09.12.1994.

*Constituição. Alegada usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, I, a, da CF. Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo Reclamado em sede de controle in abstracto de ato normativo. Quadro em que não sobre espaço para falar em invasão, pela corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da Reclamação”.*¹¹⁰

Com especial argúcia, José Adonis Callou de Araújo Sá anota que “as posições contrárias a esse controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas muito mais refletem tendências doutrinárias concentradoras de poder nos tribunais superiores, tão bem

¹¹⁰ J. em 03.09.1997.

caracterizadas nas propostas de reforma do Judiciário que transitam no Congresso Nacional”.¹¹¹

De fato, não se justifica qualquer impedimento ao controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, e o Supremo Tribunal Federal, em inúmeros arestos, já decidiu neste diapasão, resguardando a possibilidade de se enfrentarem os abusos normativos em casos concretos. E, ainda que se afirme que se trata de ação sem partes ou que é processo objetivo, em nada deve prejudicar a análise do texto inquinado de nulidade.

Basta, portanto, que o pedido de declaração de inconstitucionalidade seja fundamento jurídico da ação, e não pedido, como restou assentado na Reclamação nº 2.224 do Supremo Tribunal Federal, em que o Ministro Sepúlveda Pertence consignou que “ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configura hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade”.¹¹²

3.3.2 O controle concentrado de constitucionalidade

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 142-143.

¹¹² DJU de 10.02.2006.

A história do controle de constitucionalidade no Brasil coincide com a República, pois, somente no ano de 1889, com a edição do Decreto nº 1, elaborado por Rui Barbosa, e denominado de *Constituição provisória*, é que passamos a tratar da matéria.

Entretanto, foi o Decreto nº 510, de 1890, que especificou a competência do Supremo Tribunal Federal para exercer o controle difuso de constitucionalidade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição.

A Constituição de 1891 confirmou o controle de constitucionalidade difuso (art. 59, § 1º, “b”), que não sofreu alteração com a reforma ocorrida por força de emendas ao Texto Magno, em 1926.

Importante a confirmação dessa tendência pela Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que em seu art. 13, § 10, dispôs que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Já a Carta de Regência de 1934, manteve o controle difuso (art. 76, inc. III, “b” e “c”) e trouxe inovações nessa matéria, sendo que algumas podem ser percebidas até hoje em nosso sistema de controle de constitucionalidade, tal como a exigência de quorum especial para a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais (art. 179). Ainda, houve a previsão de que ao Senado Federal competia suspender a execução do ato normativo inquinado de inconstitucional (arts. 91, inc. IV e 96).

Alguns enxergam na Constituição de 1934 a precursora no controle de constitucionalidade por ação, na medida em que conferia ao Procurador-Geral da República a legitimidade para apresentar representação junto ao Supremo Tribunal Federal (denominado neste Diploma Maior de Corte Suprema) para intervenção nos Estados-membros.

Lembra Nagib Slaibi Filho que “da Europa continental, herdamos o *controle por ação, ou controle principal*, em que a questão de constitucionalidade, apreciada em tese, é a questão principal, razão da existência do processo. A própria criação do controle por ação apresenta características pioneiras, pois a representação para intervenção, instituída na Constituição de 1934, tão influenciada pela Constituição de Weimar, de 1919, incumbiu o Procurador-geral da República para, exclusivamente, representar junto ao Supremo Tribunal Federal quando houvesse a violação da ordem

constitucional por norma estadual que atentasse contra aos princípios constitucionais sensíveis, quais sejam, aqueles que ensejariam a intervenção no Estado-membro”.¹¹³

O Texto Magno de 1937 manteve a possibilidade de o Pretório Excelso realizar o controle difuso de constitucionalidade (art. 101, inc. III, *b* e *c*), inclusive em face de leis locais, e a necessidade de voto da maioria absoluta do Tribunal competente para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República (art. 96, *caput*), porém trouxe inusitada situação apontada como sendo uma *reconstitucionalização*, nas palavras de André Ramos Tavares¹¹⁴, de sorte a prevalecer em face da Constituição.

Essa hipótese prevista na Carta de 1937 consistia na possibilidade de o Presidente da República, amparado na necessidade de manutenção do bem-estar do povo, ou, ainda, na promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, submeter a lei tida pelo Tribunal como inconstitucional novamente ao Parlamento, e, se confirmada por dois terços do voto de cada uma de suas Casas Legislativas, ficaria sem efeito a decisão judicial (art. 96, par. un.). No caso, espanta não apenas a possibilidade

¹¹³ *Ação declaratória de constitucionalidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 84-85.

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 266.

do Poder Legislativo, provocado pelo Poder Executivo, tornar sem efeito um ato do Poder Judiciário, em flagrante atentado ao princípio da separação dos poderes, mas, também, a possibilidade de o poder derivado manter vigente uma lei que afronta a Constituição e que emanou do poder originário.

Pontes de Miranda, entretanto, mostrou-se um grande defensor da possibilidade de intervenção política nas decisões do Supremo Tribunal Federal, por entender que “politicamente, o art. 96, § único, veio a obviar às tendências reaccionárias da Justiça, que sóia cortar, como inconstitucionais, medidas salutareis ou preceitos fiscais que de modo nenhum o eram. Tal diferença de nível entre a mentalidade judiciária e a técnica constitucional se fêz sentir mais ao-vivo após a Constituição de 1934, que fôra grande passo para o intervencionismo econômico”. Arremata a questão firmando entendimento no sentido de que “o art. 96, § único, instituiu o recurso singular do pronunciamento do Parlamento sôbre a lei que êle fêz. Contra o reaccionarismo do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer Tribunal, ou juiz, ele, pode o Presidente da República, quando entenda necessário ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interêsse nacional de alta monta, sendo uma lei declarada inconstitucional, submetê-la, novamente, ao Parlamento”.¹¹⁵

¹¹⁵ *Comentários à Constituição Federal de 10-11-1937*. Tomo III. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938, p. 55 e 57.

O texto primitivo da Constituição de 1946 nada tratou acerca do controle de constitucionalidade, porém a Emenda nº 16, de 1965, previu nova redação à alínea “k”, do inc. I do art. 101 do Texto Maior, criando “a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual”, a ser encaminhada ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República, único legitimado. A mesma Emenda nº 16 introduziu o inc. XIII ao art. 124, fixando que “a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado”.

Por seu turno, a Carta de 1967 previu como de competência do Supremo Tribunal Federal “julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes, quando a decisão recorrida: *a)* contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; *b)* declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; *c)* julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; *d)* dar à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal” (art. 114, inc. III). O mesmo art. 114, em seu inc.

I, alínea “I”, previa “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, deu nova redação à Carta de 1967 e, em seu art. 59, § 1º, instituiu o veto presidencial a projeto de lei que contenha inconstitucionalidade. Também repetiu os demais dispositivos já anteriormente existentes, conforme se depreende do art. 119, incs. I, alínea “I” e III.

Finalmente, a Constituição de 1988 criou um moderno sistema de controle de constitucionalidade, como se depreende dos arts. 102, inc. I, alínea “a” e §§ e 103, prevendo, além de ação direta de inconstitucionalidade de leis e atos federais e estaduais, por violação a preceitos constitucionais, também a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ainda, a atual Carta Magna continua a prever o veto presidencial às leis aprovadas no Congresso Nacional (art. 66, § 1º) e que faz parte do sistema de controle de constitucionalidade instituído. Tudo isso sem contar o controle exercido pelas comissões, notadamente a de

Constituição e Justiça, existente nas Casas Legislativas em âmbito federal, e normalmente existentes nos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Portanto, como vemos, o sistema constitucional de controle de constitucionalidade é caracterizado pelos denominados controles preventivo e repressivo.

Marcelo Figueiredo não deixa de anotar, entretanto, as vantagens do controle concentrado de constitucionalidade, afirmando que “(...) o sistema concentrado de constitucionalidade, se por um lado, pode, *abstratamente considerado* não ser tão criativo e original quanto o americano – na medida em que não dispõe da variedade de juízes analisando a matéria constitucional – o que supõe, no mínimo um maior número de decisões e interpretações sobre a mesma norma impugnada – ganha com em uma especialização presumida. É dizer, *supõe-se* que, em havendo um único Tribunal moldado e estruturado para analisar a matéria constitucional, estaríamos todos nós, os seus jurisdicionados, mais seguros de que a tarefa de dizer o direito constitucional em definitivo estaria em melhores mãos”.¹¹⁶

Não resta dúvida de que o controle difuso cumpre importante papel na interpretação da Constituição, e,

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 183.

consequentemente, na verificação de eventual incompatibilidade de leis infraconstitucionais com o Texto Maior. Porém, seu maior trunfo é justamente abrir caminho para que as questões constitucionais que surgem nos processos em geral possam, pela via recursal, ser submetidas à apreciação da Corte Constitucional.

Imaginar um sistema onde exista apenas o controle difuso, com a possibilidade de dezenas, centenas ou até milhares de entendimentos diversos quanto a uma determinada lei não se mostra como um panorama tão alentador, revelando que não há segurança jurídica para a sociedade.

Ao contrário, num sistema que abrigue o controle concentrado de constitucionalidade há um tribunal específico para o julgamento das ações dessa natureza, apresentando uma especialização que garante uma abordagem mais técnica quanta à matéria e uma uniformidade nos entendimentos sobre as mais variadas questões constitucionais.

Esse dilema quanto ao sistema de controle de constitucionalidade ideal já foi abordado em voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADECON nº 1, quando consignou que a convivência dos controles difuso e concentrado “não se faz sem uma

permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma questão só de direito”.¹¹⁷

Vale consignar que a Corte Suprema já deixou estampado que “à vista do modelo dúplice de controle de constitucionalidade por nós adotado, a admissibilidade da ação direta não está condicionada à inviabilidade do controle difuso”.¹¹⁸

¹¹⁷ ADECON nº 1 – Rel. Min. Moreira Alves – j. 01.12.1993.

¹¹⁸ ADI nº 3.205-4 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – D.J.U. de 17.11.2006.

4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO

4.1 Controle em face da Constituição Federal

4.1.1 Competência jurisdicional

O controle concentrado de constitucionalidade, como pudemos verificar, tem sido historicamente atribuído à competência do Supremo Tribunal Federal. A tradição foi mantida como regra na Carta Política de 1988, pois, tirante quando o parâmetro seja a Constituição Estadual, cuja competência iremos nos deter mais à frente, o Pretório Excelso continua como o guardião máximo da Lei Fundamental.

De fato, como se verifica dos arts. 102, inc. I, “a” e § 1º e 103, *caput* e § 2º, ambos do Texto Maior, a Corte Suprema recebeu a incumbência de decidir, originariamente, as ações de controle concentrado de constitucionalidade, apenas mantendo a possibilidade de outros órgãos jurisdicionais realizarem o controle difuso, como acima já explicitado.

Sobre essa competência anota Patrícia Miranda Pizzol que “a competência para processar e julgar a ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, bem como a argüição de descumprimento de preceito fundamental, é do STF (competência originária), à luz do art, 102, I, *a* e § 1º, da CF, isso se a norma atacada for federal”.¹¹⁹

Alguns dados interessantes sobre a ADI são encontrados na página da Corte Suprema na internet. Vejamos.

Nos últimos vinte anos, ou seja, de 1988 a 2008 (até o dia 29 de setembro), foram distribuídas naquela Corte 4.130 (quatro mil, cento e trinta) ações diretas de inconstitucionalidade, sendo certo que destas, 2.708 (duas mil, setecentas e oito) já foram julgadas, totalizando 65,6% das ações dessa natureza ajuizadas perante o Pretório Excelso. Das julgadas, 659 (seiscentas e cinquenta e nove) foram procedentes (16,0%); 167 (cento e sessenta e sete) foram procedentes em parte (4,0%); 163 (cento e sessenta e três) foram improcedentes (3,9%); e 1.719 (um mil, setecentos e dezenove) não foram conhecidas (41,6%). Ainda pendem de julgamento 957 (novecentas e cinquenta e sete) ADI, o que significa 23,2% do total das distribuídas.¹²⁰

¹¹⁹ *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 569.

¹²⁰ Dados obtidos em: [<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>].

Chama a atenção o enorme percentual das ações distribuídas e não conhecidas (41,6%), não havendo nas estatísticas os motivos da extinção daquelas ações sem resolução de mérito.

4.1.2 Objeto

Cumpra esclarecer, de chofre, que aqui abordaremos a denominada *ação direta de inconstitucionalidade genérica*, tratando da medida por omissão e a interventiva em outros subtítulos.

A Constituição Federal (art. 102, inc. I) é expressa em definir como objeto material da ação direta de inconstitucionalidade as leis ou atos normativos (outros) federais e estaduais. Abrimos aqui parênteses para consignar que em relação às leis distritais, em face do que dispõe o art. 32, § 1º, do Texto Magno, somente as leis editadas pelo Distrito Federal no exercício da mesma competência das matérias afetas aos Estados, poderão ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade tendo como parâmetro a Constituição Federal.

Alguns doutrinadores têm sustentado a

exclusão do controle de constitucionalidade pela via da ADI no que tange aos decretos do Poder Executivo, pois estes, em última instância, poderiam apenas ofender a lei, e, apenas indiretamente a Constituição Federal¹²¹, salvo aqueles que promulgam os tratados e convenções. De fato, a Suprema Corte tem rechaçado a possibilidade de se discutir a denominada *inconstitucionalidade reflexa*, que vem a ser “quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição”.¹²² O Supremo, entretanto, já decidiu que “uma vez ganhando o decreto contornos de verdadeiro ato normativo autônomo, cabível é a ação direta de inconstitucionalidade”.¹²³

A Corte Suprema já admitiu o controle de constitucionalidade do chamado *direito constitucional secundário*, a saber, as Emendas Constitucionais, pois devem estas observar os aspectos formais previstos no art. 60 da Carta Magna, bem como abster-se de tratar de qualquer matéria considerada como cláusula pétrea (art. 60, § 4º).¹²⁴

¹²¹ Cf. TAVARES, André Ramos. Obra citada, p. 288.

¹²² STF – ADI nº 3.132 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – D.J.U. 09.06.2006.

¹²³ ADI-MC nº 1.396. No mesmo sentido: ADI-MC nº 519; ADI-MC nº 2.075 e ADI-MC nº 2.155.

¹²⁴ Emendas Constitucionais já foram questionadas nas oportunidades: ADI nº 829; ADI nº 830; ADI nº 833; ADI-MC nº 1.497; ADI nº 3.105; ADI nº 3.367 e ADI nº 3.685.

Bastante polêmica também a possibilidade de se questionar a constitucionalidade de medidas provisórias, já tendo o Supremo Tribunal Federal fixado entendimento no sentido de que é possível esse controle.¹²⁵ Entretanto, é preciso lembrar que “essas medidas perdem a eficácia se não aprovadas pelo Congresso Nacional no prazo de sessenta dias, podendo ser prorrogadas uma única vez, por igual período (CF, art. 62, § 7º)”, motivo pelo qual, “não se quesiona, diante da jurisprudência tradicional do Tribunal, que, rejeitada expressamente a medida provisória ou decorrido *in albis* o prazo constitucional para sua apreciação pelo Congresso Nacional, há de se ter por prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade”.¹²⁶

São, portanto, atos normativos passíveis de serem objeto de controle pela via da ação direta de inconstitucionalidade: *a)* Emendas à Constituição; *b)* leis ordinárias; *c)* medidas provisórias; *d)* leis delegadas; *e)* decretos legislativos e resoluções; *f)* atos do Poder Executivo; *g)* regimentos internos dos Tribunais e das Assembléias Legislativas.

Esses atos devem ser materialmente normativos, o que exclui a possibilidade de se discutir, através do controle concentrado, a constitucionalidade das chamadas leis de efeitos concretos, uma vez que não

¹²⁵ ADI nº 293; ADI nº 427.

¹²⁶ MENDES, COELHO & BRANCO. *Op. cit.*, p. 1057-1058.

são imbuídas da necessária generalidade e abstração. Há quem pense de forma diversa, como Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, que, apesar de concordarem com o fato de que os atos normativos de efeitos concretos não se prestam ao controle abstrato de normas, entendem que “outra há de ser, todavia, a interpretação, se se cuida de atos editados *sob a forma da lei*. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública)”.¹²⁷ Este não foi o entendimento, entretanto, da Corte Suprema na ADI nº 2.484, que não conheceu de ação direta em que se questionava Lei de Diretrizes Orçamentárias.¹²⁸

O Supremo Tribunal Federal também não admite o controle de constitucionalidade pela via concentrada em relação a atos normativos anteriores à Carta Magna vigente, pois é caso de recepção ou não pela nova ordem constitucional e não de declaração de

¹²⁷ *Op. cit.*, p. 1061.

¹²⁸ Rel. Min. Carlos Velloso – D.J.U. 14.11.2003.

inconstitucionalidade. O entendimento é de que a falta de receptividade se traduz numa verdadeira revogação.¹²⁹ A solução que vem sendo dada é a extinção do processo por carência.¹³⁰ Idêntico é o destino da ADI, se revogada a lei tida como inconstitucional, neste caso por carência superveniente.

Imprescindível a lição de Clemerson Merlin Clève no sentido de que para a propositura da ADI, assim como de qualquer outro meio de controle concentrado de constitucionalidade, basta a promulgação e publicação do ato normativo.¹³¹ Isso exclui pretensões de utilização da ADI com natureza preventiva¹³², não obstante já tenha o Excelso Supremo afastado pedido de extinção do processo de controle abstrato por ter sido a norma impugnada (EC nº 45/2004) publicada somente após o ajuizamento da medida, por entender essa Corte que a publicação superveniente sanou o vício.¹³³ O Excelso Supremo já decidiu que a simples

¹²⁹ O STF já entendeu ser impossível “pretensão de que o exame da constitucionalidade da lei se dê somente em face de dispositivos da Carta da República não alterados por emenda superveniente”, na medida em que não se mostra viável o cotejo do ato normativo somente em face de parte do sistema constitucional em vigor. Assim, com a entrada em vigor de Emenda Constitucional cujo texto se contrapõe ao ato normativo inquinado de inconstitucional, é caso de mera revogação (ADI nº 2.475-2 – Rel. Min. Maurício Corrêa – D.J.U. de 02.08.2002).

¹³⁰ No julgamento da ADI nº 74, o Ministro Celso de Mello consignou que “a fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado”. E continua o relator afirmando que “a incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores”.

¹³¹ *Op. cit.*, p. 133.

¹³² Cf. ADI nº 466.

¹³³ ADI nº 3.367.

notícia de proposta de Emenda à Constituição, enquanto estiver em vigência a norma atacada, não induz na carência da ação direta.¹³⁴

Interessante questão lembrada por André Ramos Tavares, com base em decisão tomada na ADI-QO nº 28/SP, suscitada pelo Procurador-Geral da República, diz respeito à conveniência do desmembramento da ação direta de inconstitucionalidade em tantas ações quanto necessárias, quando se mostre de interesse processual, de sorte a evitar tumulto processual em razão do número excessivo de participantes ou de atos normativos a serem apreciados.

Lembra o citado constitucionalista que, no caso referido, “tratava-se de ação que, embora contasse com identidade de fundamento, contrastava vinte e uma leis, emanadas de vinte e um diferentes estados da Federação. Sustentou o Procurador não parecer plausível que esse número excessivo de leis estaduais, provenientes de fontes legislativas distintas, fosse tratado, processualmente falando, de maneira idêntica, numa única ação, tão especial e restritiva quanto a A.D.I. Um argumento invocado, nesses casos, é, usualmente, a dificuldade de manejo em virtude do número de informantes”. E continua, consignando que “pelo voto do Min. Relator Octavio Gallotti, que se reportou à figura processual do litisconsórcio, não

¹³⁴ ADI nº3.445.

seria suficiente a coincidência do fundamento da inconstitucionalidade invocada pelo impugnante. Seria necessária a identidade da fonte de onde deriva o direito. Além disso, naquela situação, tratava-se de impostos diversos, cada qual criado por uma lei estadual. Sustentou, ainda, que a identidade do fundamento jurídico dos pedidos não assume caráter definitivo na hipótese de A.D.I., em que o fundamento jurídico apresentado na inicial não vincula o S.T.F. Determinou-se, por isso, a separação das ações, em tantas quantas fossem as leis estaduais impugnadas”.¹³⁵

É, de fato, uma questão muito pouco abordada doutrinariamente. Entretanto, faz-se necessário enfrentá-la, posto que tem potencial para ocorrer com certa frequência.

Não menos interessante é a criação jurisprudencial do Excelso Pretório, no que tange ao conceito do que se denominou de *inconstitucionalidade por arrastamento*, que induz na possibilidade de se declararem inconstitucionais dispositivos do ato normativo atacado que não foram objeto do pedido inicial, mas que, por uma consequência lógica, venham a ser alcançados pela decisão proferida nos autos da ADI.

¹³⁵ *Op. cit.*, p. 245-246.

4.1.3 Legitimidade

De chofre vale consignar que “aqui o conceito de legitimação deve ser visto com atenuações, à vista da natureza objetiva do processo. A referência a partes, portanto, assume um caráter apenas formal, porque não se está diante da tutela de situações jurídicas individuais, mas da guarda da própria Constituição, situada no topo do ordenamento”.¹³⁶

A legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade sofreu significativo acréscimo na Constituição de 1988 (art. 103), comparativamente ao que dispunha a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que retinha toda a iniciativa do controle de constitucionalidade de leis federais e estaduais cujo parâmetro fosse a Carta de Regência, nas mãos do Procurador-Geral da República (art. 119, inc. I, al. “1”).

O art. 103 do Texto Maior, com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, prevê um rol de legitimados que abarca não mais apenas o Procurador-Geral da República, mas também o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 241-242.

Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, 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.

Entendemos que andou bem o Congresso Nacional ao alargar o rol de legitimados, posto que uma matéria de capital importância quanto a garantia da ordem constitucional não poderia ficar concentrada nas mãos de apenas uma pessoa, sob pena de, ocorrendo eventual omissão desta, toda a coletividade se ver prejudicada em face da mácula imposta à Carta da República.

Quanto à natureza jurídica dessa legitimidade, invocamos as palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que sustentam que “trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*) e não de substituição processual, porque não há nenhum interesse individual derivado do direito subjetivo em jogo. É disjuntiva e concorrente, de sorte que qualquer um dos

co-legitimados pode, sozinho, ajuizar ADIn. Podem unir-se, mais de um deles, em litisconsórcio facultativo para promover a ação”.¹³⁷

Interessante manifestação de Hans Kelsen perante a Associação dos Professores Alemães de Direito Público, em 1929, lembrada por Gilmar Ferreira Mendes¹³⁸, demonstra que o aclamado jurista já visualizava a figura de um defensor da sociedade, que pudesse questionar a inconstitucionalidade de leis. Vejamos:

“Um instituto completamente novo, mas digno de ser experimentado seria a criação de um Advogado da Constituição (Verfassungsanwalt) perante a Corte Constitucional, que – em analogia com promotor público no processo penal – instaurasse de ofício o controle de normas em relação aos atos que reputasse inconstitucionais. Evidentemente, esse advogado da Constituição deveria ser dotado de todas as garantias de independência tanto em face do Governo, como em face do Parlamento (...)”.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 296, nota 2.

¹³⁸ *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 261-262.

Doutrinária e jurisprudencialmente, no entanto, diferencia-se a legitimação, sendo que aquela que repousa nas pessoas e órgãos mencionados nos incs. I, II, III, VI, VII e VIII, do art. 103 da Carta da República, são denominados de *universais*, porquanto sua atuação não depende de demonstração de qualquer interesse próprio. De outra banda, aqueles elencados nos incs. IV, V e IX do artigo citado não serão reconhecidos como legitimados, salvo se demonstrarem a ocorrência de *pertinência temática*, ou seja, que o objeto da impugnação está ligado e se adequa a seus objetivos.

A legitimidade das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional é repleta de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, notadamente em face do posicionamento do Pretório Excelso quanto às associações de âmbito nacional¹³⁹, que, em verdade, não se amoldam a nenhum dos entes cuja legitimação foi conferida no art. 103 da Constituição. Na ADI-QO nº 108, o Ministro Celso de Mello aduz que “o caráter nacional da entidade de classe não decorre de mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. Esta particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação transregional da

¹³⁹ Na ADI nº 2197, foi reconhecida a legitimidade da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, bem como o reconhecimento da pertinência temática, no caso.

instituição¹⁴⁰, a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação”.¹⁴¹

Essas questões relativas à legitimidade são freqüentemente enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal.

A citada Corte já se pronunciou em algumas oportunidades no sentido de ser inexigível a demonstração de pertinência temática nas ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelos partidos políticos.¹⁴² Também, quanto a esse mesmo legitimado, tem-se entendido que é possível dar continuidade à medida de controle, se esta foi proposta antes da perda de representatividade do partido no Congresso Nacional.¹⁴³

4.1.4 Intervenções no processo

O art. 103, § 1º, da Carta da República, ao estabelecer que “o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade”, manteve-se em sintonia com o que dispõe o art. 127, *caput*, do Texto Magno, na medida em que incumbe ao

¹⁴⁰ O STF já reconheceu, p. ex., a legitimidade da Confederação Nacional da Indústria – CNI, para propor ação direta em face de lei estadual que vedava o plantio de eucalipto para fins de produção de celulose no Estado do Espírito Santo (ADI nº 2132-13 – Rel. Min. Maurício Corrêa – D.J.U. de 14.11.2003).

¹⁴¹ Sobre o tema, ver ainda: ADI nº 3.351 e ADI nº 3.381. Em ambos os casos foi declarada a ilegitimidade da Sociedade Brasileira de Psicólogos em Prol da Segurança no Trânsito.

¹⁴² Cf. ADI-MC nº 1.396; ADI-MC nº 1.096; ADI-MC nº 1.135 e ADI-MC nº 1.250.

¹⁴³ ADI nº 2.054.

Ministério Público a defesa da ordem jurídica, que tem na Constituição seu epicentro.

Essa intervenção do Procurador-Geral da República se dá na condição de *custos legis* e atende à prescrição no sentido de que deve ele se pronunciar em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, pois, como toda a sua competência diz respeito a questões de cunho constitucional, sempre haverá o interesse público a exigir que o Ministério Público seja ouvido.

No que tange à intervenção de terceiros, a Lei nº 9.868/1999, que regulamentou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, foi expressa em vedar a participação destes, como se verifica do art. 7º, *caput*. Essa disposição abraçou o entendimento já exposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que proíbe a citada intervenção.

Cumprе lembrar, para tanto invocando o escólio de Moacyr Amaral Santos, que terceiros “são pessoas estranhas à relação de direito material deduzida em juízo e estranhas à relação processual já constituída, mas que, sujeitos de uma relação de direito material que àquela se

liga intimamente, intervêm no processo sobre a mesma relação, a fim de defender interesse próprio”.¹⁴⁴

A doutrina identifica duas espécies de intervenção de terceiros, que se diferenciam em face da forma pelo qual estes terceiros ingressam no processo. A primeira delas é a intervenção denominada *provocada* ou *coacta* e a segunda, *espontânea* ou *voluntária*.

São figuras da intervenção provocada a nomeação à autoria, a denúncia da lide e o chamamento ao processo, institutos esses disciplinados nos arts. 62 a 80 do Código de Processo Civil. De outra banda, são figuras da intervenção espontânea a assistência (arts. 50 a 55, CPC), a oposição (arts. 56 a 61, CPC), os embargos de terceiro (arts. 1.046 a 1.054, CPC) e a intervenção de credores na execução.

Entretanto, o legislador abriu uma exceção para participação de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade, na condição de *amicus curiae*, a critério do relator, desde que haja relevância da matéria debatida e da representatividade dos postulantes (art. 7º, § 2º, Lei nº 9.868/1999).

¹⁴⁴ Primeiras linhas de direito processual civil. 2º Vol. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18.

Figura importante de intervenção no processo em que se debate a inconstitucionalidade permite que órgãos ou entidades que tenham interesse direto no deslinde do feito, ou que possam de alguma forma contribuir para o julgamento, venham a passar a officiar na ação, desde que presentes os requisitos já consignados.

E, quanto a esses requisitos, parece-nos que o primeiro deles, qual seja, a relevância da matéria debatida, esteja sempre presente, pois, ao se admitir a ação direta de inconstitucionalidade, ocorre o reconhecimento de que a medida judicial possa ser avaliada em razão de uma suposta violação da Constituição Federal. Isso, por si só, já demonstra a relevância da demanda, e preenche o primeiro dos dois requisitos necessários.

O segundo requisito, a saber, a relevância da representatividade dos postulantes, demonstra que não se admitirá a intervenção de órgãos ou entidades que não possam colaborar para o melhor desfecho da causa, bem como que não guardem algum tipo de vinculação com a causa.

Exemplo recente e interessante de intervenção na condição de *amicus curiae* se deu na ação promovida pela Associação Nacional do Ministério Público – CONAMP –, questionando a

constitucionalidade da legitimação conferida à Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública (ADI nº 3.943). A relatora do processo, Ministra Carmen Lúcia, deferiu o pedido de intervenção, na qualidade de *amicus curiae* do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP – e da Associação Nacional dos Defensores Públicos da União – ANDPU. Lembramos, ainda, a ADI nº 3.060, proposta pelo Procurador-Geral da República, onde se questionava a constitucionalidade da Lei Estadual nº 13.639/2000, do Estado de Goiás, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 13.672/2000, e que tratava da exploração de serviço de loteria e congêneres naquela unidade da Federação. O Ministro relator, Sepúlveda Pertence, admitiu no processo a Associação Brasileira de Loterias Estaduais – ABLE, na condição de *amicus curiae*.

Na ADI nº 3346/DF, proposta pela Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA –, onde se questiona a constitucionalidade de dispositivo da Medida Provisória nº 2.166-67, entretanto, houve o indeferimento do pedido de admissão, na condição de *amicus curiae*, formulado pela União da Agroindústria Canavieira de São Paulo – ÚNICA –, pelo Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool no Estado de São Paulo – SIFAESP – e pelo Sindicato da Indústria do Açúcar no Estado de São Paulo – SIAESP. Na citada decisão, datada de 07.10.2007, o Eminent Relator, Ministro Marco Aurélio, deixou claro que a essa forma de

intervenção se configura como exceção, pois “a regra é não admitir intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, iniludivelmente objetivo. A exceção corre à conta de parâmetros reveladores da relevância da matéria e da representatividade do terceiro, quando, então, por decisão irrecorrível, mostra-se possível a manifestação de órgãos ou entidades – artigo 7º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999”.

De interesse consignar, ainda, que o fundamento utilizado na mencionada decisão foi justamente a ocorrência de uma sobreposição de interesses, pois “a Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA – é a representante da categoria econômica no território brasileiro, figurando no ápice da pirâmide sindical. Descabe admitir, como assistentes, os que estão na base da organização sindical”.

Relevante questão, ainda, diz respeito ao limite do momento processual em que é possível a admissão da intervenção de órgãos ou entidades na condição mencionada. A resposta não é uníssona no Pretório Excelso, havendo posicionamentos díspares.

De fato, na ADI nº2.238, a Associação Paulista dos Magistrados – APAMAGIS – pleiteou sua admissão na condição de *amicus curiae* após iniciado o julgamento da medida liminar, sendo

indeferido o pedido, vencidos os Ministros Ilmar Galvão e Carlos Velloso. Na ADI nº 2.690, entretanto, foi deferida pelo relator do caso, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a participação do Governo do Distrito Federal, do Governo do Rio de Janeiro, do Governo de Goiás, do Governo de Pernambuco e da Associação Brasileira de Loterias Estaduais – ABLE –, após a manifestação da Procuradoria-Geral da República, determinando-se nova oitiva desta.

O entendimento prevalente na doutrina tem sido no sentido de que não há um prazo específico para que se dê a intervenção, não obstante o ideal seja que ela ocorra na fase de informações, ou seja, antes da oitiva do Procurador-Geral da República e do início do julgamento pelos Ministros. Porém, dependendo da relevância do julgamento, pode se dar em momento diverso, pois não encontra resistência na lei.

Também já decidiu a Corte Suprema, na ADI-MC-QO nº2.233, que a intervenção do *amicus curiae* não se resume apenas à apresentação de manifestações escritas, podendo o órgão ou entidade que atua nessa condição sustentar oralmente suas alegações. Citado precedente acabou por determinar a modificação do Regimento Interno deste Tribunal, sendo que hoje a norma interna já prevê expressamente a possibilidade mencionada pelo prazo de quinze minutos, sendo garantido o prazo em dobro quando houver

mais uma intervenção nos autos e não forem os intervenientes representados pelo mesmo advogado (art. 131, § 3º).

Quanto à assistência litisconsorcial¹⁴⁵, tem-se entendido ser ela possível por parte de qualquer um dos co-legitimados, sendo que o art. 169, § 2º, do Regimento Interno da Suprema Corte não teria sido recepcionado pela Constituição Federal, pois quem pode o mais (que é ajuizar a ação) pode o menos (atuar no feito como assistente litisconsorcial). Já no que tange à assistência simples, o entendimento é diverso, no sentido de que não há possibilidade de ser ela admitida.

4.1.5 Procedimento

A Lei nº 9.868/99 disciplinou, também, o procedimento a ser adotado nas ações diretas de inconstitucionalidade promovidas perante o Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, vale consignar que o legislador infraconstitucional estabeleceu requisitos à petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade (art. 3º), suplementares àqueles já existentes nos arts.

¹⁴⁵ Vale rememorar as palavras de Vicente Greco Filho, para quem “há assistência qualificada ou litisconsorcial quando o interveniente é titular da relação jurídica com o adversário do assistido, relação essa que a sentença atingirá com força de coisa julgada” (*Direito processual civil brasileiro*. 1º V. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 129).

282 e 283 do Código de Processo Civil. A inépcia da peça vestibular, assim como a falta de fundamentação adequada ou manifesta improcedência do pedido abrem campo para que a demanda seja liminarmente indeferida pelo relator (art. 4º).

Outro relevante aspecto é que, uma vez proposta a ação direta, não poderá o legitimidade desistir (art. 5º), porque não se trata de direito na esfera de disposição dos legitimados. Estes, ao receberem tamanha responsabilidade perante a coletividade, não podem, de forma irresponsável, simplesmente desistir da ação, após trazerem alegações que, ao menos, foram suficientes para o processamento da demanda. É preciso que agora o feito seja levado até seu termo final, ainda que o autor da ação venha a pleitear a improcedência. Dessa forma, pelo menos, terá sido dada uma solução definitiva ao questionamento de inconstitucionalidade do ato normativo.

O relator pedirá (leia-se requisitará) informações ao órgão ou às autoridades que tenham editado a lei ou ato normativo apontado como inconstitucional (art. 6º), sendo que o destinatário terá o prazo de 30 (trinta) dias para encaminhar sua resposta (art. 6º, par. ún.). Decorrido esse prazo, o processo será encaminhado para manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, nessa ordem sucessiva,

por 15 (quinze) dias cada um (art. 8º). Logo após, inicia-se o julgamento, nos termos do art. 9º.

Conforme se depreende do art. 10 da Lei nº 9.868/1999, é possível a formulação de pedido de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade, que poderá ser concedida por decisão da maioria dos membros do Pretório Excelso, qual seja, oito Ministros (art. 22). A decisão, entretanto, será precedida de oitiva do órgão ou autoridade do qual emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão se pronunciar em cinco dias, salvo em caso de excepcional urgência (art. 10, § 3º). Caso entenda indispensável, o relator poderá determinar a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, no prazo de três dias (art. 10, § 1º). No que pertine a este último, a leitura que se deve dar ao dispositivo é no sentido de que o relator *deverá* proceder à oitiva prévia do Chefe do Ministério Público Federal, posto que, conforme determina o art. 103, § 1º, da Constituição Federal, este será ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

4.1.6 Efeitos da sentença declaratória

O renomado professor português Jorge Miranda ensina que “a decisão de inconstitucionalidade em fiscalização abstracta

possui, simultaneamente, um alcance positivo e um alcance negativo. Possui um alcance positivo, por implicar o acolhimento ou provimento do pedido endereçado ao órgão de controle, e um alcance negativo, por acarretar a erradicação da norma declarada inconstitucional do ordenamento jurídico. Conseqüentemente ainda um alcance positivo, quando haja inconstitucionalidade originária: a repristinação da norma anterior, mesmo se ao Tribunal Constitucional possa não caber determiná-la”.¹⁴⁶

Não obstante nossa Constituição Federal tenha se omitido quanto aos efeitos gerados pela sentença declaratória da inconstitucionalidade do ato normativo, salvo quanto à sua eficácia *erga omnes* e vinculante (art. 102, § 2º), o legislador infraconstitucional encarregou-se de trazer um sistema com múltiplas possibilidades, mais complexo do que o apontado pelo ilustre constitucionalista lusitano. Esse sistema abre a possibilidade de uma melhor adequação da norma atacada ante a realidade jurídico-social do momento em que a decisão é lançada.

Com efeito, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade no seu âmbito de competência, o Supremo Tribunal Federal poderá declarar a nulidade total ou parcial, e esta última, com ou sem

¹⁴⁶ *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 505.

redução de texto.¹⁴⁷ Da mesma forma, poderá conferir ao texto apontado como inconstitucional uma interpretação conforme à Constituição. Ainda, em casos excepcionais, poderá o Pretório Excelso decidir que os efeitos da declaração somente passem a ter eficácia a partir de determinado momento. Por fim, aquela decisão possui eficácia repristinatória.

Na primeira hipótese, o Tribunal Superior admite ser o ato normativo írrito como um todo, de sorte que não possa sobreviver no ordenamento jurídico sem ofendê-lo, por incompatibilidade com a Constituição Federal. Nesse caso, não há manutenção do texto, posto que totalmente eivado de vício insanável.

Na segunda, o reconhecimento da inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal atinge apenas parte do texto apontado em sua totalidade como tal. Essa providência, por óbvio, somente é possível quando se mostre viável a permanência no ordenamento jurídico da parte da norma tida como constitucional. Para tanto é preciso que haja autonomia entre a parte do ato normativo a ser expurgado e a parte a permanecer vigente.

¹⁴⁷ Tais possibilidades decorrem do que a doutrina denomina de *princípio da parcelaridade* do controle concentrado (Cf. ARAUJO & SERRANO JÚNIOR, Op. cit., p. 47).

Já na declaração de nulidade parcial sem redução de texto, o que o órgão jurisdicional competente faz é conferir-lhe uma interpretação conforme à Constituição, com a finalidade de manter a redação existente intacta, mas conferindo-lhe um sentido que não provoque ofensa ao Texto Magno. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal interpreta a norma de uma forma que, sob sua ótica, não lhe cause uma afronta.

Aduzem Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes que “a interpretação conforme à Constituição passou a ser utilizada, igualmente, no âmbito do controle abstrato de normas. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão”.¹⁴⁸ E, segundo orientação do Pretório Excelso, a interpretação conforme à Constituição tem natureza de uma declaração de inconstitucionalidade.¹⁴⁹

Os mesmos constitucionalistas, entretanto, não concordam com a afirmação de que a interpretação conforme à Constituição e

¹⁴⁸ *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 457.

¹⁴⁹ Cf. STF – Rp nº 1.417 - Rel. Min. Moreira – DJU 15.04.1988.

a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto sejam uma e mesma categoria, pois, “ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é inconstitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle)* do *programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal”.¹⁵⁰

Especificamente quanto à interpretação conforme à Constituição, o Eminentíssimo Ministro Moreira Alves já deixou consignado que “o princípio da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da

¹⁵⁰ *Op. cit.*, p. 462.

interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo”.¹⁵¹

Em caráter excepcional, e para conferir segurança jurídica a situações já consolidadas, ou quando haja manifesto interesse social, o legislador infraconstitucional permite ao Supremo Tribunal Federal “restringir os efeitos da declaração, ou mesmo decidir que ela somente 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). Para tanto é preciso que 2/3 (dois terços) dos Ministros do Supremo Tribunal Federal decidam nesse sentido. Trata-se do que se convencionou denominar de *modulação dos efeitos temporais*.

Abrindo parênteses, vale consignar que o citado artigo de lei não se mostra incompatível com o texto constitucional, pois, como preconiza Ana Paula Ávila, “(...) a Constituição, ao não dispor taxativamente sobre a regra da nulidade *ex tunc* dos atos que lhe forem contrários, é abstratamente compatível com o art. 27 e permite a modulação de efeitos, desde que executada para a promoção do ordenamento constitucional como um todo”.¹⁵²

¹⁵¹ Rep.Inconst. nº 1.417-7/DF – J. 12.09.1987.

¹⁵² *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 69.

Essa previsão legal, em verdade, cumpre com os ditames da Constituição Federal, que impõe aos Poderes da República a observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Foi a essência desses princípios constitucionais explicitados com magistral eficiência pela Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, do Supremo Tribunal Federal, em monografia sobre os princípios da Administração Pública. Quanto àquele primeiro, patenteou que “sob dois aspectos pode ser tomado para exame e aplicação o princípio da proporcionalidade. Pelo primeiro, enfoca-se a proporcionalidade dos valores protegidos pelos princípios constitucionais e daí se esclarece a sua aplicação. Tem-se, aqui, então, a proporcionalidade vislumbrada do ponto de vista externo de aplicação dos princípios constitucionais. Pelo segundo aspecto, também muito utilizado, enfatiza-se o aspecto da proporção entre o quanto contido no princípio e a sua aplicação, proibindo-se qualquer excesso na prática do princípio, donde ser ele também chamado de princípio da vedação de excessos”. Já quanto ao segundo, aduz a ilustre constitucionalista que “cada norma tem uma razão de ser. Esta razão – enfatize-se aquela na qual se tem o princípio constitucional – determina a sua aplicação em perfeita coerência com o que produz a sua existência e determina a sua eficiência”. Ao final, traça a renomada jurista a diferença entre esses princípios, afirmando

que “é, pois, a razoabilidade, diferente da proporcionalidade, que impede excessos na aplicação dos princípios constitucionais, pois aquela permite que se conheça o espírito destes princípios e acerte-se a sua interpretação e, conseqüentemente, a sua aplicação, vale dizer, permite que se conheça o princípio considerado em si mesmo, enquanto a proporcionalidade possibilita que se o conheça em sua relação com os demais princípios e regras que compõem o sistema constitucional”.¹⁵³

Nem todos aceitam a diferenciação entre esses princípios, como podemos verificar nas palavras de Vidal Serrano Nunes Júnior, para quem “o princípio da proporcionalidade importa a aplicação razoável da norma, adequando-se, como dito, os meios aos fins perseguidos. Por isso, afigura-se que o princípio em pauta confunde-se com o da razoabilidade, podendo as expressões ser utilizadas em sinonímia”.¹⁵⁴

Especificamente sobre o princípio da proporcionalidade, Raquel Denize Stumm afirma que “em sendo um princípio jurídico geral fundamental, o princípio da proporcionalidade pode ser expresso ou implícito à Constituição. No caso brasileiro, apesar de não expresso, ele tem condições de ser exigido em decorrência de sua natureza.

¹⁵³ *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 52 e 54.

¹⁵⁴ *Publicidade comercial – Proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 145.

Possui uma função negativa, quando limita a atuação dos órgãos estatais, e uma função positiva de obediência aos seus respectivos conteúdos”.¹⁵⁵

Não é essa a regra, porém.

De fato, o efeito *ex tunc*, ou seja, retroativo, é a regra nas ações diretas de inconstitucionalidade, constituindo-se a *modulação dos efeitos temporais* uma exceção àquela.

Tal posicionamento já era preconizado por Alfredo Buzaid em clássica obra sobre o controle de constitucionalidade, em que deixou patenteado que “declarada a inconstitucionalidade, o efeito da sentença retroage *ex tunc* à data da publicação da lei ou ato, porque de outro modo se chegaria à conclusão verdadeiramente paradoxal de que a validade da lei *si et in quantum* tem a virtude de ab-rogar o dispositivo constitucional violado; ou, em outros termos, considerar-se-iam válidos atos praticados sob o império de uma lei nula. Portanto, tôdas as situações jurídicas, mesmo aquelas decorrentes de sentença transitada em julgado, podem ser revistas depois da declaração de inconstitucionalidade, mediante ação rescisória”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 121.

¹⁵⁶ *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 137-138.

Nesse posicionamento, patentado em acórdão da lavra do Ministro Ilmar Galvão, ficou consignado que “(...) a regra é que as decisões do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade tenham efeitos **ex tunc**, ou seja, declarem a nulidade do ato normativo impugnado desde sua edição”. Apontou, ainda, na mesma oportunidade, que “é certo que tal regra tem sua exceção prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/99, que possibilita ao Plenário, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.¹⁵⁷

Nada impede, inclusive, que o efeito retroativo seja concedido em sede de medida cautelar, como verificado no texto do parágrafo 2º, do art. 11, da Lei nº 9.868/99, a critério do Pretório Excelso, tal como ocorrido no julgamento da ADI nº 2.113-3/MG, cujo acórdão é da lavra do Ministro Octavio Gallotti. Vejamos:

“Criação de quadro suplementar de Assistente Jurídico com investidura permanente, independentemente de concurso público, em função diversa da primitivamente exercida e

¹⁵⁷ EDcl na ADI nº 483-2/PR – J. 22.08.2001.

com remuneração correspondente a cargo de carreira. Relevo da arguição de inconstitucionalidade material, fundada no art. 37, I, da Constituição.

“Seriedade, também, da assertiva de vício formal, não sanável pela sanção, e derivado de iniciativa parlamentar, das normas impugnadas, em confronto com o art. 63, I, combinado com o art. 61, § 1º, II, a e c, ambos da Constituição.

“Suspensão cautelar, com efeito retroativo dos dispositivos de lei estadual impugnados”.¹⁵⁸

Em sentido contrário, atendendo à regra contida no mencionado art. 11, § 2º, e apontando os efeitos da medida cautelar para o futuro:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar deferida. Questão de Ordem. 2. A decisão que concede medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, possui eficácia, “ex nunc”. Com a concessão da liminar, o ato

¹⁵⁸ J. 16.03.2000.

*normativo impugnado fica com sua eficácia suspensa, até o julgamento final. 3. Em se tratando de lei relativa a vencimentos e vantagens de servidores públicos, o Tribunal assentou, por maioria, vencidos três Ministros, inclusive o Relator, que, deferida a liminar, novos pagamentos não se fazem, com base nesse diploma, até o julgamento final, mesmo quanto aos servidores que já vinham percebendo estipêndios de acordo com as normas suspensas; a concessão da cautelar alcança os efeitos supervenientes do ato administrativo, proferido com base na lei atacada. 4. O deferimento da medida cautelar produz seus efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento no Diário da Justiça da União. Petição conhecida como Questão de Ordem e decidida nos termos acima”.*¹⁵⁹

Anote-se que o posicionamento pretoriano transcrito, não obstante se coadune com a letra da lei infraconstitucional hoje

¹⁵⁹ STF – ADI-QO nº 864-1 – Rel. Min. Moreira Alves – J. 05.08.1992.

vigente, é a ela anterior, demonstrando que já se formava naquele Tribunal há anos.

Como já consignado, a declaração de inconstitucionalidade possui, também, efeitos *erga omnes* (contra todos) e vinculante (art. 102, § 2º, CF e art. 28, Lei nº 9.882/99).

Inicialmente, é preciso consignar que, antes do advento da Lei nº 9.882/99 e da Emenda Constitucional nº 45, que conferiu nova redação ao parágrafo 2º, do art. 102, da Constituição Federal, garantindo às decisões lançadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade os citados efeitos, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal era no sentido de diferenciá-los, não aceitando que o efeito *erga omnes* também induzisse no efeito vinculante.

O Pretório Excelso deixou expressa, no passado, esta diferenciação na ADI nº 864-1/RS, através do voto do Eminentíssimo Relator, Ministro Moreira Alves, ao consignar que “a eficácia erga omnes da decisão que suspende os efeitos de uma norma se restringe a estender a todos essa suspensão, inclusive ao Poder Legislativo, mas, ao contrário da eficácia vinculante, não impede que este reproduza total ou parcialmente a mesma norma em diploma legal posterior, o que implica dizer que, havendo tal

reprodução, se faz mister o ajuizamento de outra ação direta de inconstitucionalidade”.¹⁶⁰

Dirley da Cunha Júnior sustenta que “(...) a ação direta de inconstitucionalidade não é mais do que uma ação declaratória de constitucionalidade com pedido invertido, ou, na interessante expressão de GILMAR FERREIRA MENDES, ‘com o sinal trocado’. Aliás, a só eficácia *erga omnes* da decisão já era suficiente para se admitir o efeito vinculante, não fosse a distinção, sem sentido, feita pelo Supremo Tribunal Federal em aceitar a *ação de reclamação* (CF/88, art. 102, I, *l*) em face deste e não acolher em razão daquela”.¹⁶¹

O primeiro dos citados efeitos se dá no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo alcança a todos, impedindo, portanto, que a questão possa ser novamente discutida perante o órgão competente do Poder Judiciário, tanto em sede de controle concentrado como difuso. Nada impede, entretanto, que o Poder Legislativo venha a editar outro ato normativo de conteúdo idêntico ao anteriormente declarado como inconstitucional. Neste caso, deverá ser proposta nova ação direta, visando o mesmo objetivo anteriormente alcançado.

¹⁶⁰ J. 23.06.1993 – DJU de 17.09.1993.

¹⁶¹ *Controle de constitucionalidade – teoria e prática*. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 196.

O citado jurista carioca anota, nessa esteira, que “essa decisão, todavia, não impede que o órgão legislativo reincida na prática da inconstitucionalidade editando novo ato com idêntico conteúdo do anterior, declarado inconstitucional. Embora censurável, juridicamente o legislativo tem a liberdade de reeditar a lei inconstitucional”.¹⁶²

No que tange ao denominado efeito vinculante da decisão tirada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, temos que seu limite objetivo extrapola a parte dispositiva da sentença, abraçando, também, os fundamentos determinantes da decisão. Trata-se do denominado *efeito transcendente* do efeito vinculante, calcado na teoria da transcendência dos motivos determinantes. Assim, os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal devem obediência ao que restou decidido, não apenas no dispositivo, mas também quanto aos fundamentos.

Já quanto ao limite subjetivo daquele instituto, guarda-se relevância quanto à necessidade de se definir se vincula o próprio Supremo Tribunal Federal, ou seja, se este fica impedido de, em outro processo, novamente reapreciar a questão anteriormente decidida. E, uma

¹⁶² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. cit.*, p. 197.

interpretação retirada da própria Carta de Regência nos leva a dizer que não está aquela Corte vinculada à sua decisão anterior, pois o parágrafo 2º, do art. 102, do Texto Magno, e o parágrafo único, do art. 28, da Lei nº9.882/99, ao tratar do efeito vinculante, diz que ele se aplica em relação “aos demais” órgãos do Poder Judiciário, o que induz essa conclusão. O descumprimento à decisão do Pretório Excelso enseja a propositura de reclamação, nos termos do art. 102, inc. I, alínea “I”, da Constituição Federal.

Ainda nessa seara, o Poder Legislativo, como já mencionado, não está vinculado à decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, pois não está inserido dentro do conceito de Administração Pública direta ou indireta, a quem é dirigida a vinculação, quando tomado em seu sentido estrito.¹⁶³

Marcelo Novelino sustenta que “o efeito vinculante da decisão não atinge o próprio STF que, em determinadas circunstâncias, poderá rever suas decisões, *nem o legislador* que, em tese, pode elaborar uma nova lei com o conteúdo material idêntico ao do texto

¹⁶³ O festejado administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto aduz que “Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios e normas que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e as garantias de limitação e de controle de sua legalidade e legitimidade, na prossecução dos interesses públicos, excluídas a criação da norma legal e sua aplicação judiciária contenciosa” (in *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 36). Assim, somente quando não se encontrem no exercício de suas atividades precípuas é que os Poderes Legislativo e Judiciário serão inseridos dentro do conceito de Administração Pública.

normativo declarado inconstitucional. Entendimento diverso comprometeria a relação de equilíbrio existente entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a um papel subalterno, além de conduzir ao inconcebível ‘fenômeno da fossilização da Constituição’. Essa concepção está baseada na própria idéia de Estado Democrático de Direito, no qual não se pode impedir o legislador de aprovar, a qualquer momento, um novo projeto de lei. As circunstâncias momentâneas podem e devem ser melhoradas, o que significa fazer frente a um interminável tarefa de adaptação às mudanças sociais e políticas mediante novas decisões. Para isso, é necessário que sejam mantidas abertas todas as vias concebíveis de solução”.¹⁶⁴

Cumpre mencionar que após o trânsito em julgado da ação direta de inconstitucionalidade, estará ela protegida pelo manto protetor da eficácia preclusiva da coisa julgada, no que tange à matéria submetida a análise, não sendo possível o ajuizamento de nova ação para se discutir sobre a constitucionalidade ou não do mesmo ato normativo.

Alguns doutrinadores já se debruçaram sobre o questionamento acerca da aplicação do sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, adotado inicialmente pelo art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, e corroborado pelo art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁶⁴ *Teoria da Constituição e controle de constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 195.

A conclusão a que se tem chegado, em regra, é no sentido da impossibilidade de reapreciação da eventual inconstitucionalidade do ato normativo cujo pronunciamento em sentido contrário já tenha sido proclamado pelo Supremo Tribunal Federal. Para que se operasse a exceção, deveria haver, segundo os defensores dessa posição, expressa previsão legal, tal como nos diplomas legais mencionados.

Sob nossa ótica, a discussão passa mais uma vez pela aceitação das ações de controle concentrado de constitucionalidade como ações coletivas de tutela dos interesses metaindividuais. Assim sendo, aplicar-se-á o sistema de coisa julgada *secundum eventum litis* em caso de improcedência, permitindo-se a renovação do pedido em nova ação direta, quando se verificarem novos argumentos, novos fatos ou modificações sociais que demandem uma nova interpretação da Constituição.

Destarte, a decisão que julga improcedente a ação direta de inconstitucionalidade não se reveste da autoridade da coisa julgada material, mas sim, e apenas, da coisa julgada formal, que “significa um caso particular de preclusão, também chamada preclusão máxima, pois tem o poder de exaurir os poderes das partes e do juiz no processo, tornando

definitiva a sentença tão-somente no âmbito do processo em que foi proferida”.¹⁶⁵

No que pertine ao denominado efeito repristinatório, ficou consignado na ADI nº 2.884-7/RJ que “a declaração final de inconstitucionalidade, **quando** proferida em sede de fiscalização normativa abstrata, **importa** – considerando o **efeito repristinatório** que lhe é inerente – **em restauração** das normas estatais **anteriormente** revogadas pelo diploma normativo **objeto** do juízo de inconstitucionalidade, **eis que** o ato inconstitucional, por juridicamente inválido (**RTJ** 146/461-462), **não se reveste** de qualquer carga **de eficácia** derogatória”.¹⁶⁶

Realmente, o ato normativo eivado de nulidade não tem o condão de revogar outro que se encontrava em vigência quando de sua edição, devendo ser restabelecido este para que não haja um vácuo legislativo no ordenamento jurídico, que poderia induzir, inclusive, e eventualmente, numa inconstitucionalidade por omissão.

O mesmo efeito pode ser verificado em sede de medida cautelar, posto que a concessão desta “(...) torna aplicável a legislação

¹⁶⁵ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Op. cit.*, p. 120.

¹⁶⁶ STF – Rel. Min. Celso de Mello – J. 02.12.2004.

anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário” (art. 11, § 2º, Lei nº 9.868/99).

4.2 Controle em face da Constituição Estadual

O sistema federativo encampado pela Constituição da República implica a necessária concessão de certas autonomias aos Estados-membros, pois, como anota José Afonso da Silva, “os Estados constituem instituições típicas do Estado Federal. São eles as entidades-componentes que dão a estrutura conceitual dessa forma de Estado. Sem Estados federados não se conhece federação, chamem-se Estados (EUA, Venezuela, Brasil), Províncias (Argentina), Cantões (Suíça), Länder (Alemanha). Não é o nome que lhes dá a natureza, mas o regime de autonomia”.¹⁶⁷

Em trabalho onde aborda de forma preciosa a questão atinente ao poder constituinte dos Estados, Anna Cândida da Cunha Ferraz, mais especificamente quanto à autonomia desses entes federados, consigna que “quatro aspectos essenciais caracterizam-na: a capacidade de auto-organização, a capacidade de autogoverno, a capacidade de autolegislação e a

¹⁶⁷ *Op. cit.*, p. 473.

capacidade de auto-administração. A inexistência de qualquer desses elementos é suficiente para desfigurar a unidade federada como tal”.¹⁶⁸

Para garantir a autonomia deste ente federado, a Constituição da República dispôs que “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição” (art. 25, *caput*).

Muito se tem discutido na doutrina sobre os limites do Poder Constituinte estadual, sendo valiosa a lição de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, para quem são os seguintes:

“a) princípios, explícitos ou não, que retratem o sistema constitucional do País, como o princípio republicano, a eletividade, a tripartição de Poderes, inclusive em relação ao processo legislativo, direitos fundamentais etc;

b) princípios relativos à Federação que se estendam aos Estados-membros, a exemplo de questões relativas à repartição de rendas, impostos estaduais, autonomia municipal etc;

¹⁶⁸ Poder constituinte do Estado-membro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 54.

*c) preceitos específica e diretamente destinados aos Estados-membros, tais quais os atinentes à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público estaduais, instituição de regiões metropolitanas etc”.*¹⁶⁹

Com a manutenção da possibilidade dos Estados-membros promulgarem Constituições¹⁷⁰, o sistema constitucional pátrio precisava criar um mecanismo de proteção a seus dispositivos, que não fosse apenas através do controle político (análise interna de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder que o edita, e o veto do Executivo). E o fez.

De fato, o art. 125, § 2º, da Carta Republicana determina que “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 289.

¹⁷⁰ O art. 13, *caput*, da Emenda nº 1 de 1969 já previa a possibilidade de os Estados se auto-organizarem através de Constituições.

Portanto, a Carta Constitucional de 1988 criou a possibilidade de instituição de um sistema de controle de constitucionalidade em âmbito estadual, cujo parâmetro é a Constituição do Estado-membro.

Ao contrário do sistema de controle de constitucionalidade quando o parâmetro seja a Carta Magna, no sistema estadual é possível o questionamento de normas municipais, o que, indiretamente, pode, ainda que indiretamente, protegê-la, na medida em que as Constituições Estaduais em muito repetem os princípios naquela contidos. São as denominadas normas de reprodução.

4.2.1 Competência jurisdicional

Ao estabelecer a possibilidade de as Constituições Estaduais instituírem sistema de controle de constitucionalidade das leis estaduais e municipais, o constituinte o fez na Seção que trata dos Tribunais e Juízes dos Estados.

Não disse o constituinte expressamente que a competência para julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de atos normativos estaduais e municipais, tendo como parâmetro a Constituição Estadual, seria dos Tribunais de Justiça. Porém, ao determinar em seu art. 25

que esses diplomas deverão obedecer aos princípios da Carta Republicana, indiretamente estabeleceu tal competência, pois o sistema constitucional impõe o julgamento do controle concentrado pelo mais alto Tribunal, que, nos Estados, é o Tribunal de Justiça.

Essa competência ganha reforço, ainda, pelo teor do art. 97 da Carta Magna. Este, ao fixar que a declaração de inconstitucionalidade só poderá ser adotada pelo voto da maioria absoluta dos membros do órgão jurisdicional competente para seu julgamento, mencionou-o no plural (tribunais), bem demonstrando que mais de um órgão colegiado tem competência para julgar estas ações.

Todavia, como o controle concentrado de constitucionalidade em face da Constituição Federal é de competência privativa do Supremo Tribunal Federal, só pode o art. 97 estar a tratar do controle de constitucionalidade permitido pelo art. 125, § 2º.

Apesar de a Constituição Federal já trazer os contornos necessários para estabelecer a competência dos Tribunais de Justiça, nenhuma das Constituições Estaduais no Brasil deixou de expressamente prever esta competência.

Com efeito, podemos citar, a título exemplificativo as Constituições de São Paulo (art. 74, incs. VI e XI), Rio Grande do Sul (art. 95, inc. XII, “d”), Rio de Janeiro (art. 161, inc. IV, “a”), Espírito Santo (art. 109, inc. I, “e”), Mato Grosso do Sul (art. 114, inc. II, “e”), Ceará (art. 108, inc. VII, “f”), Maranhão (art. 81, inc. I), Amazonas (art. 72, inc. I, “f”), Acre (art. 95, inc. I, “f”) e Rondônia (art. 88, § 5º).

O art. 97 do Texto Maior ainda estabeleceu que a declaração de inconstitucionalidade pode ser tomada por todos os membros do Tribunal, ou seja, através do Pleno, ou pelos membros de seu Órgão Especial. E, como podemos perceber das Constituições dos Estados-membros hoje vigentes, elas optaram pela competência deste último órgão interno. A Constituição do Estado de São Paulo, por exemplo, repetiu em seu art. 90, § 5º, exatamente o que dispõe o artigo mencionado. Assim, legou ao próprio Tribunal de Justiça Bandeirante disciplinar sobre o órgão competente para julgar as ações de inconstitucionalidade, e, este, através de seu Regimento Interno, determinou ser o Órgão Especial (art. 177, inc. VI).

4.2.2 Objeto

Diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade que tenha como parâmetro a Constituição Republicana,

essa mesma ação, em âmbito estadual, tem como objeto material os atos normativos estaduais e municipais que estejam em dissonância com o texto da Carta Estadual.

Tema que demonstra relevância diz respeito às normas de reprodução, também denominadas de normas repetidas, que consistem na repetição da norma prevista na Constituição na Carta Estadual.

Aparentemente, poderia ocorrer a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal quando, em sede de ADI em âmbito estadual, se questionasse a constitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face de norma constitucional estadual repetida da Carta Magna, por haver entendimento de que, a regra violada, em verdade, era da norma fundamental federal.

Lembram Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior que “tal entendimento, todavia, veio por terra ante o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Reclamação n. 383-3-SP, que assentou a pertinência do controle estadual, com base em norma repetida,

ressalvando, porém, a possibilidade de interposição de recurso extraordinário”.¹⁷¹

Referido acórdão do Excelso Supremo tem a seguinte Ementa:

“Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei Municipal sob alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da

¹⁷¹ *Op. cit.*, p. 65.

norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente”.¹⁷²

4.2.3 Legitimidade

Quanto a esse aspecto, a Constituição Federal norteou a ação do constituinte estadual, pois, apesar de não haver estabelecido um rol de legitimados à propositura das ações para controle de constitucionalidade em âmbito estadual, determinou, de forma peremptória, que não se poderá concentrar esta legitimidade num único órgão (art. 125, § 2º).

Ao analisar essa questão, Léo Ferreira Leoncy pontua que “ao vedar a atribuição da legitimação para agir a um único órgão, o constituinte de 1988 acabou se afastando da solução oferecida nos regimes constitucionais anteriores, nos quais o monopólio da ação direta de

¹⁷² Rel. Min. Moreira Alves – Tribunal Pleno – j. 11.06.1992.

inconstitucionalidade e da ação direta interventiva estava nas mãos do chefe do Ministério Público estadual”.¹⁷³

Mais uma vez gostaríamos de anotar que andou bem o constituinte ao vedar a possibilidade de as Constituições Estaduais legitimarem um único órgão para exercer a iniciativa do controle concentrado de constitucionalidade, pois matéria de tamanha importância não pode estar sob os cuidados de uma única pessoa, física ou jurídica.

Entretanto, o comando contido na Carta Magna não impõe que haja uma simetria entre os legitimados às ações de controle de constitucionalidade no âmbito federal e estadual, bastando que não se traduza a lista num engodo para superar a vedação constitucional.

Vale consignar o alerta de Léo Ferreira Leoncy, para quem “é necessário, todavia, atentar para eventuais casos de fraude, em que o constituinte estadual, a pretexto de cumprir a vedação constante da parte final do art. 125, § 2º, da Constituição Federal, viesse a compor rol de legitimados que, na prática, frustrasse o comando constitucional. É o que ocorreria, por exemplo, se a legitimidade ativa fosse atribuída ao Governador e ao Procurador-Geral do Estado, somente. Em razão do vínculo hierárquico

¹⁷³ *Controle de constitucionalidade estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55.

existente entre eles e da falta de autonomia funcional do Procurador-Geral do Estado, constantemente subordinado às determinações do respectivo Governador, a atribuição exclusiva da legitimidade de ambos se traduziria, em última análise, na atribuição a um deles apenas, no caso o Governador, superior hierárquico na relação funcional mantida com aquele. Haveria, por assim dizer, ‘único órgão’, situação que a Constituição Federal, expressamente, pré-exclui”.¹⁷⁴

De novo trazemos o exemplo da Carta Paulista, onde verificamos que foram legitimados à propositura da ação de inconstitucionalidade por ação ou omissão o Governador do Estado e a Mesa da Assembléia Legislativa; o Prefeito e a Mesa da Câmara Municipal; o Procurador-Geral de Justiça; o Conselho da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil; as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico; e os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa, ou, em se tratando de lei ou ato normativo municipal, na respectiva Câmara (art. 90, incs. I a VI).

Já no Rio Grande do Sul, a Constituição Estadual prevê uma legitimação diferenciada, dependendo se o ato inquinado de inconstitucional for estadual ou municipal. Na tutela da Constituição em

¹⁷⁴ *Op. cit.*, p. 57.

razão de lei ou ato normativo estadual, foram legitimados o Governador do Estado; a Mesa da Assembléia Legislativa; o Procurador-Geral de Justiça; o Defensor Público-Geral do Estado; o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação na Assembléia Legislativa; entidade sindical ou de classe de âmbito nacional ou estadual; entidades de defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e dos consumidores, de âmbito nacional ou estadual, legalmente constituídas; o Prefeito Municipal; e a Mesa da Câmara Municipal (art. 95, § 1º). Se a lei ou ato normativo apontado como inconstitucional for municipal, então os legitimados serão o Governador do Estado; o Procurador-Geral de Justiça; o Prefeito Municipal; a Mesa da Câmara de Vereadores; partido político com representação na Câmara dos Vereadores; entidade sindical; o Defensor Público-Geral do Estado; e o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 95, § 2º).¹⁷⁵

No Estado de Rondônia, o art. 88 de sua Constituição prevê a legitimação para a representação de inconstitucionalidade, consignando possuírem-na o Governador do Estado; a Mesa da Assembléia Legislativa; o Procurador-Geral de Justiça; o Prefeito e a Mesa da Câmara, em se tratando de lei ou ato normativo local; o Conselho

¹⁷⁵ Apenas a título ilustrativo, a Constituição do Estado do Espírito Santo também estabelece diferenciação na legitimidade para a propositura das ações de controle de constitucionalidade, conforme o ato normativo tido como inconstitucional seja estadual ou municipal, conforme se depreende de seu art. 121.

Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil; os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa ou em Câmara de Vereadores; e as federações sindicais e entidades de classe de âmbito estadual.

4.2.4 Intervenções no processo

A liberdade que o constituinte conferiu aos Tribunais de Justiça para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais que se contraponham à Constituição Estadual mostra que as intervenções no processo não seguem um padrão nacional, modificando-se conforme as disposições das Cartas Políticas dos Estados-membros.

Entretanto, não podemos imaginar como possa ser obstada a intervenção do Ministério Público, quando não seja o autor da representação, uma vez que essa Instituição tem como dever a defesa da ordem jurídica (art. 127, *caput*, CF).

4.2.5 Efeitos da sentença declaratória

O posicionamento do Pretório Excelso em relação aos efeitos gerados em decorrência das decisões dos Tribunais de

Justiça, que com fulcro no art. 125, § 2º, da Constituição Federal venham a declarar inconstitucionais atos normativos estaduais ou municipais que firam a Constituição do Estado-membro, é no sentido de que elas possuem efeito *erga omnes*.

Não poderia ser diferente, na medida em que por meio de uma interpretação sistemática fica absolutamente clara a necessidade de aplicação das regras contidas no art. 103, § 2º, da Carta Política, posto que não há justificativa plausível para não se garantir que os efeitos na ação direta de inconstitucionalidade que tenha como parâmetro a Constituição Estadual sejam diferentes daqueles conferidos ao mesmo instrumento, quando tenha por parâmetro a Constituição Federal.

Com efeito, como já mencionado em tópico anterior, o Supremo Tribunal Federal já estabeleceu que a exigência de comunicação da decisão naquela ação ao Senado Federal, por força do art. 52, inc. X, do Texto Maior, somente se aplica ao controle difuso de constitucionalidade.

O efeito geral, aliás, é típico do controle concentrado, sendo certo que nesse caso a comunicação ao Senado Federal, Assembléia Legislativa ou Câmara Municipal, ou seja, ao órgão legislativo

que tenha editado a lei (quando este tenha sido o ato normativo atacado) inquinada de inconstitucional terá somente um conteúdo de colaboração, posto que o Poder Judiciário não fica adstrito a nenhum ato posterior à sua decisão para que esta surta efeitos jurídicos.

Embasado na propriedade que lhe era peculiar, Alfredo Buzaid deixou consignado que “o poder de decretar a inconstitucionalidade das leis, no Brasil, compete privativamente ao Judiciário. Não o pode exercer o legislativo, porque lhe é vedado ser juiz em causa própria; aliás a sua função consiste em elaborar ou revogar leis, não em apreciar a sua validade”.¹⁷⁶

Nosso Tribunal Constitucional já se assentou nesse sentido. Vejamos:

“(...) tal decisão conflita com a ordem natural das coisas e, mais do que isso, com o preceito do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, de observância obrigatória nos Estados federados, por encerrar verdadeiro princípio, segundo o

¹⁷⁶ *Op. cit.*, p. 41.

qual, enquanto não fulminada em definitivo a lei, ante a pecha de inconstitucional, continua ela sendo de observância obrigatória. No preceito da Constituição Federal, alude-se à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Tratando-se de hipótese em que competência para julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade é do Tribunal de Justiça, não cabe a comunicação à Casa Legislativa. Esse é o sistema que decorre da Carta Federal. Declarada a inconstitucionalidade de ato normativo no [controle] abstrato, em processo objetivo e não subjetivo, a decisão irradia-se. Vale dizer que fulminada fica a lei, não cabendo providência voltada à suspensão (...).¹⁷⁷

Na verdade, todas as nuances sobre os efeitos da sentença proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade cujo parâmetro seja a Constituição Federal, se aplica às ações da mesma natureza, de âmbito estadual.

¹⁷⁷ RE nº 199.293 – Rel. Min. Marco Aurélio – J. 19.05.2004.

5. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

5.1 Objeto

O art. 102, inc. I, alínea *a*, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, trouxe a lume novel instrumento de controle de constitucionalidade, a saber, a denominada ação declaratória de constitucionalidade (ADECON).

O objeto de referida ação é somente as leis e atos normativos federais, diferentemente da ADI, que permite a análise de atos normativos federais e estaduais.

Esse instrumento de controle constitucional também está regulamentado pela Lei nº 9.868/1999, a exemplo da ADI, como se depreende do art. 1º deste diploma legal, sendo que explicita que a ação em comento somente poderá ser intentada quando fique demonstrado na peça vestibular que existe “controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição do objeto da ação declaratória” (art. 14, inc. III).

Com razão o legislador infraconstitucional em impor como pressuposto para a propositura da ADECON a ocorrência de uma controvérsia judicial sobre a constitucionalidade de determinada norma federal, pois, não se mostrando existente nenhuma ameaça ao ato normativo, não haveria razão para se invocar o remédio constitucional.

A previsão desse instrumento, entretanto, não agradou a todos, como muito bem lembrado por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, que anotam os argumentos costumeiramente expendidos pelos críticos: “a) não havia necessidade de declarar a constitucionalidade, já que havia presunção de que os atos normativos eram constitucionais; b) não havia contraditório, já que o Advogado-Geral da União não era citado para defender o ato; c) o efeito vinculante para o Poder Judiciário causaria prejuízo à atividade jurisdicional e quebraria o princípio da independência desse Poder”.¹⁷⁸

Todas as alegações criticadas por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior são carentes de fundamentação, na medida em que: a) não obstante haja presunção, meramente relativa, de que os atos normativos são constitucionais, essa presunção já estaria

¹⁷⁸ Op. cit., p. 52.

questionando tal constitucionalidade em juízo, pois, como consignado, a controvérsia é pressuposto para que se possa provocar o Supremo Tribunal Federal a decidir questão dessa natureza; b) não há necessidade de intervenção do Advogado-Geral da União porque não há “ataque” à norma federal; ao contrário, o que se pretende é justamente que o Pretório Excelso declare sua constitucionalidade. Caso a ação seja julgada improcedente, não estará formalmente esse Tribunal declarando a inconstitucionalidade. Na ADI, há a intervenção obrigatória do Advogado-Geral da União, não por força do que contém o art. 8º da Lei nº 9.868/1999, mas sim por determinação constitucional (art. 103, § 3º), que, aliás, impõe àquele a defesa do ato inquinado de inconstitucional, mesmo que este tenha posicionamento jurídico diverso; c) não há qualquer quebra do princípio da autonomia dos órgãos do Poder Judiciário, uma vez eles agem com liberdade nos limites de sua competência constitucionalmente estabelecida. A própria Carta de Regência atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência de zelar por sua integridade, destinando a essa Corte a missão de julgar as ações de controle concentrado de constitucionalidade. A exceção, portanto, é a de análise incidental de constitucionalidade, e não o contrário.

Optamos por não tratar da competência em item separado, já que à ADECON se aplicam as mesmas regras que à ADI. E,

tal como a esta, que em âmbito federal é de competência do Supremo Tribunal Federal, alguns dados de interesse nos são fornecidos em seu *site*.

De fato, de 1993 a 2008, foram distribuídas 20 (vinte) ADECON naquele Tribunal Superior, sendo que apenas 12 (doze) já foram julgadas, o que significa 55,0% do total. Destas, 04 (quatro) foram julgadas procedentes (20,0%); 01 (uma) parcialmente procedente (5,0%); nenhuma julgada improcedente; e 07 (sete) não foram conhecidas (35,0%).¹⁷⁹

Uma vez mais o índice de ações de controle concentrado de constitucionalidade não conhecido foi muito alto.

5.2 Legitimidade

Após a denominada Reforma do Poder Judiciário, que culminou na Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, houve sensível aumento do rol de legitimados à propositura da ADECON.

Com efeito, originalmente esse instrumento de controle concentrado de constitucionalidade tinha como legitimados apenas o

¹⁷⁹ Dados obtidos em: [<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adc>].

Procurador-Geral da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Presidente da República (art. 13, Lei nº 9.868/99).

Após a edição da referida emenda, a ADECON passou a ter os mesmos autores da ADI, todos eles previstos no art. 103 da Carta de Regência, incluindo neste rol o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

No que tange às confederações, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que as federações não podem ser a elas equiparadas, pois, como prescreve a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 535, “as confederações organizar-se-ão com o mínimo de três federações e terão sede na Capital da República”, motivo pelo qual este tem sido o número mínimo exigido para a formação do ente legitimado. De forma idêntica, repulsa a legitimidade das centrais sindicais e das centrais de trabalhadores.¹⁸⁰

Já quanto às entidades de classe de âmbito nacional, a Corte Suprema tem exigido que haja representação em pelo menos

¹⁸⁰ Nesse sentido ADIn 335-6; ADIn 332-1; e ADIn 271-6.

nove unidades da Federação, para tanto se escorando na Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

Não bastassem os requisitos já mencionados, o Pretório Excelso ainda tem exigido a demonstração da pertinência temática, ou seja, que há interesse direto da confederação sindical ou entidade de classe. Traduzindo, o resultado prático da ação deve beneficiar os profissionais ligados a esses legitimados. Não havendo demonstração desse benefício, não há o reconhecimento da legitimidade.

5.3 Intervenções no processo

Especificamente sobre a inconstitucionalidade decorrente da não intervenção do Advogado-Geral da União na ADECON, já se pronunciou José Afonso da Silva no sentido de que tal ofício “só tem cabimento nas ações que visem à declaração de inconstitucionalidade, com a finalidade de defender a legitimidade do ato impugnado. Ora, a ação declaratória não impugna a lei ou ato normativo federal. Ao contrário, sustenta a sua validade constitucional”.¹⁸¹ E, porquanto não haja necessidade de consulta ao Advogado-Geral da União no processo, é certo que haverá intervenção obrigatória do Procurador-Geral da República, uma vez que este

¹⁸¹ *Curso* p. 59

deve ser ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 1º).

Assim, quando o Procurador-Geral da República não for o autor da ADECON, deverá então ser ouvido na ação, nos termos do que dispõe o § 1º, do art. 103 da Carta Republicana.

O art. 18 da Lei nº 9.868/99 dispõe não ser possível a intervenção de terceiros na ADECON, sendo que, aparentemente, nesse caso, não restaram preservadas as regras que permitiam a manifestação dos legitimados do art. 103 da Constituição Federal, e de *amicus curiae*. Entretanto, para muitos, essa espécie de intervenção não foi afastada, na medida em que a ADECON e a ADI são *ações dúplices* ou *ambivalentes*.

5.4 Procedimento

Historicamente, a ADECON já possuía rito procedimental antes mesmo da edição da Lei nº 9.868/99, estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal através de decisão tirada como Questão de Ordem na ADECON nº 1 desta Corte, e abraçada pelo diploma legal mencionado.

Os requisitos da peça vestibular se encontram expressamente dispostos no art. 14 da lei especial, sendo certo que, quando a ação for subscrita por advogado, deverá acompanhá-la o instrumento de mandato. Aliás, salvo quando a ADECON for proposta pelo Procurador-Geral da República, obrigatoriamente deverá ser proposta por meio de advogado (art. 1º, inc. I, Lei nº 8.906/94), que postula mediante apresentação daquele documento (art. 5º, *caput*, EOAB). Por óbvio que a procuração não será exigida dos procuradores que representam os co-legitimados consignados nos incs. II a V, do art. 103 da Carta Magna, pois sujeitam-se a regime especial quanto a essa matéria (art. 3º, § 1º, EOAB).

Também, a petição inicial será apresentada em duas vias e será obrigatoriamente instruída com cópia do ato normativo questionado e dos documentos necessários à comprovação das alegações contidas naquela peça processual (art. 14, parágrafo único, Lei nº 9.868/99).

Deve-se entender que a petição inicial inepta será prontamente indeferida, por meio de decisão monocrática do relator sorteado, decisão contra a qual cabe o recurso de agravo ao Plenário (art. 15, do citado diploma legal).

Uma vez proposta a ADECON, não será possível ao autor desistir da ação, de sorte a provocar a extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, inc. VIII, CPC), posto que, tratando-se de matéria de ordem pública, de interesse geral da Nação, diante da já comprovada controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do ato normativo, não há que se falar em disponibilidade da ação.

Com efeito, já analisados os requisitos da petição inicial pelo relator, o processo deve prosseguir até final julgamento, pois há interesse metaindividual no sentido de pronunciamento do Pretório Excelso acerca da constitucionalidade ou não do ato normativo impugnado, de sorte a que seja restabelecida a necessária segurança jurídica na aplicação do ordenamento jurídico vigente.

Não obstante deva se constituir em exceção, pois a inicial já deverá estar instruída dos documentos necessários a demonstrar a controvérsia judicial relevante, é possível que o relator, antes de lançar seu relatório, cuja cópia deverá ser distribuída a todos os Ministros (art. 20, *caput*), deseje requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para emitir parecer sobre a questão, ou ouvir depoimentos de pessoas com experiência sobre a matéria tratada (art. 20, § 1º). Poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, assim como aos

Tribunais Federais e Estaduais, sobre a aplicação da norma em seu âmbito de jurisdição (art. 20, § 2º).

A decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade deverá ser julgada por pelo menos oito dos onze Ministros da Corte Suprema, a exemplo do que ocorre na ADI, e adotada a posição por pelo menos seis dos presentes (arts. 22 e 23, *caput*). Caso não haja *quorum* suficiente, suspender-se-á o julgamento, até que se façam presentes o número mínimo de Ministros para o julgamento desta matéria.

5.5 Efeitos da sentença declaratória

Entendendo o Supremo Tribunal Federal que a norma impugnada é constitucional, julgará a ADECON procedente e, em caso contrário, improcedente (art. 24), dando seguimento às comunicações necessárias à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato (art. 25).

Ressalvada a possibilidade de interposição de embargos declaratórios, em caso de omissão, contradição ou obscuridade (art. 535, CPC), a decisão é irrecorrível, e impassível de ser objeto de ação rescisória (art. 26).

Mais uma vez, a exemplo da ADI, a decisão que julgar improcedente a ADECON, e, portanto, declarar inconstitucional o ato impugnado, poderá determinar a restrição aos 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 razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Essa deliberação, entretanto, dependerá de maioria (dois terços) dos membros do Pretório Excelso (art. 27).

Ainda, se declarada a constitucionalidade do ato normativo, poderá a Corte Suprema proferir interpretação conforme a Constituição ou declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto (art. 28, parágrafo único, 1ª parte).

Por fim, a decisão adotada, seja ela pela procedência ou improcedência, terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, em âmbito federal, estadual e municipal (art. 28, parágrafo único, 2ª parte).

6. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

6.1 Objeto

A Constituição Federal previu, no parágrafo 1º do art. 102, interessante e novo instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, a saber, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), cuja regulamentação foi legada à alçada de lei ordinária.

O legislador infraconstitucional, com esteio na Magna Carta, editou a Lei nº 9.882/1999, que disciplinou o referido instituto jurídico, afirmando em seu art. 1º que aquela arguição “(...) será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. O parágrafo único do citado artigo de lei, entretanto, estende o espectro do debate de cunho constitucional, consignando que “caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental ... (I) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal,

estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. É de se lembrar que o inc. II do parágrafo único foi vetado.

Antes de prosseguir no tema, vale registrar o descontentamento da doutrina face à clara ampliação do objeto da ADPF, diante do teor do inc. I do parágrafo único do já mencionado art. 1º da Lei nº 9.882/1999.

Com efeito, o legislador infraconstitucional apresentou uma situação de controle concentrado não prevista no Texto Maior, incluindo nesta seara os atos normativos municipais, quando a limitação imposta pela Constituição Federal esbarrava nos atos estaduais e federais, pela via da ação direta de inconstitucionalidade ou pela via da ação declaratória de constitucionalidade. A essa espécie de arguição de descumprimento de preceito fundamental tem-se atribuído a denominação de *incidental* ou *por derivação*, enquanto que a do *caput* do art. 1º, de *direta* ou *autônoma*.

Anotam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, ao tratarem do parágrafo único da Lei nº 9.882/1999, que “por

inexistência de previsão, é inconstitucional, permitindo apenas o controle pela ação prevista na cabeça desse artigo”.¹⁸²

No mesmo diapasão é a lição de Cássius Guimarães Chai, para quem “com a Lei . 9.882/99 além do descumprimento de Preceito Fundamental ser objeto da ADPF, adicionaram-se, ainda, para seu cabimento relevante (?) controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Resta inequívoco que houve um excesso legislativo por parte do parlamento”.¹⁸³

Importante questão, também, diz respeito ao que seja preceito fundamental, núcleo do instrumento de controle concentrado em comento, e que não foi devidamente conceituado em nosso ordenamento jurídico, cabendo à doutrina a tarefa de fazê-lo. Vejamos.

José Afonso da Silva esclarece que “preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’. É mais ampla, abrange estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a

¹⁸² *Op. cit.*, 56.

¹⁸³ *Descumprimento de preceito fundamental – identidade constitucional e vetos à democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 116.

autonomia dos Estados, do Distrito Federal, e especialmente as designativas de *direitos e garantias fundamentais*”.¹⁸⁴

Sobre o mesmo tema Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior afirmam que “a idéia que parece ter orientado o constituinte foi a de estabelecer como parâmetro dessa ação aqueles preceitos que fossem indispensáveis à configuração de uma Constituição enquanto tal, ou seja, as normas materialmente constitucionais, a saber: a) as que identificam a forma e a estrutura do Estado (p. ex., federalismo, princípio republicano etc.); b) o sistema de governo; c) a divisão e o funcionamento dos poderes; d) os princípios fundamentais; e) os direitos fundamentais; f) a ordem econômica; g) a ordem social”.¹⁸⁵

Já Cássius Guimarães Chai anota que “preceito fundamental é toda norma construída validamente ante a concorrência de todos os interesses individuais, difusos e coletivos, em um processo discursivo democraticamente instituído. É mais do que princípio fundamental e garantia constitucional. É a soma de ambos com os direitos humanos. É tudo aquilo necessário à preservação da identidade individual e coletiva na diversidade, ou seja, ao exercício efetivo da cidadania, movido pelos

¹⁸⁴ *Curso ...* p. 562.

¹⁸⁵ Obra citada, p. 57.

princípios da autonomia, da implicação e da participação. E no âmbito institucional relaciona-se com o dever, na perspectiva da moralidade política, e a possibilidade do cidadão em resistir aos abusos e às indiferenças decorrentes do exercício e do exercente das funções de poder (autoridade/decisão) da administração pública. Certamente que seu conteúdo se dá apenas no caso concreto”.¹⁸⁶

Polêmica também existente em relação à ADPF diz respeito à regra contida no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, no sentido de instituir um caráter subsidiário a esse instrumento de controle de constitucionalidade.

Referido texto legal dispõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será aceita se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade, o que confere a impressão de que rege essa ação o princípio da subsidiariedade.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência têm sido díspares quanto a essa suposta natureza subsidiária da ADPF, sendo que André Ramos Tavares faz consignar que “o novel instituto não se contém em área residual porque a compreensão da Carta Constitucional não oferece

¹⁸⁶ *Op. cit.*, p. 117.

qualquer indício para que assim se pudesse interpretar a posição do instituto no sistema. Se assim fosse, por que não atribuir caráter residual à ação direta de inconstitucionalidade? Afinal, tanto esta quanto a arguição de descumprimento são formulações do mesmo poder constituinte e estão incorporadas a um mesmo documento, do que decorre sua idêntica estatura jurídica. O mero acompanhamento da evolução histórica do controle concentrado, em que se averigua a existência da ação direta e não da arguição, jamais seria argumento suficiente para sustentar, validamente, no nível jurídico, a prevalência de um instituto sobre o outro, no Direito Positivo atual”. E continua o autor anotando que “a arguição é medida tão primordial (ou principal) quanto a ação direta de inconstitucionalidade – ou até de relevância superior, se se quiser. A afirmação tem como fundamento a posição constitucional do instituto. No próprio art. 102 da Constituição encontra-se a regra matriz tanto da arguição como da ação direta, ambas presentes no texto original da Constituição de 1.988”.¹⁸⁷

Também opinando pelo afastamento da aplicação do princípio da subsidiariedade à arguição de descumprimento, Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira sustentam discordar do posicionamento doutrinário em contrário, “notadamente a partir de sua premissa: efetivamente, não se pode afirmar que a arguição de descumprimento de

¹⁸⁷ *Op. cit.*, p. 280-281.

preceito fundamental seja *subsidiária às ações diretas, do controle concentrado de constitucionalidade*. Antes, a nova figura assume a função de tutelar, e pioneiramente, *prima facie*, não situações objetivas, em que se cuida tão-somente de situações puramente de Direito; mas situações nitidamente subjetivas em que afrontados restam diretamente os próprios direitos fundamentais dos cidadãos. A essa conclusão se chega, quer se tenha em vista o paralelismo com o instituto da ‘queixa constitucional’ ou ‘reclamação constitucional’ da República Federal da Alemanha, quer se negue, de alguma maneira, uma exacerbada proximidade entre esses dois institutos (o que redundaria em aproximar a figura da Argüição de um recurso propriamente dito). Por isso, de qualquer prisma que se veja o novo instituto brasileiro, parece certo que, ‘... assim como ocorre no direito alemão através do recurso constitucional, a argüição de descumprimento de preceito fundamental prevista na Constituição do Brasil é instrumento relevante de proteção dos direitos fundamentais’. Ou seja: antes mesmo de tutela objetiva da ordem constitucional, preocupa-se a argüição em garantir o direito fundamental dos cidadãos”.¹⁸⁸

Com posicionamento intermediário, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco

¹⁸⁸ Argüição de descumprimento de preceito fundamental: inovações e aspectos polêmicos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Coord.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 115-116.

sustentam que “(...) tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional”. E continuam afirmando que “neste caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a argüição de descumprimento”. Mas não deixam de consignar que somente os demais instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade são capazes de obstar a possibilidade da argüição de descumprimento, pois “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”.¹⁸⁹

Não é este, entretanto, o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal, que já pontuou no sentido de que “o ajuizamento da ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei n. 9.882/99, art.

¹⁸⁹ *Op. cit.*, p. 1099 e 1101.

4º, § 1º), de tal modo que não será ela admitida”.¹⁹⁰ Na ADPF 33, no entanto, adotou-se a tese contrária, tendo esta a relatoria do Min. Gilmar Mendes.

Por fim, e ainda quanto ao objeto, temos que, por ato do Poder Público, devem ser considerados, também, os praticados pelo particular, quando equiparados aos atos administrativos, tais como nos executados por entidades privadas que ajam por delegação, que sejam controladas pelo Estado, ou que, mesmo sendo de capital privado, desempenhem serviços públicos ou de utilidade pública.

Nesse diapasão, podemos sustentar que os atos do Poder Público passíveis de arguição de descumprimento de preceito fundamental podem ser de natureza normativa, administrativa e judicial, uma vez que a legislação específica não restringiu a atuação aos atos de caráter normativo.

Aqui novamente invocamos as regras de competência atinentes à ADI. É certo que ao Supremo Tribunal Federal incumbe julgá-la, embora ainda sejam tímidos os números apresentados pela Corte.

¹⁹⁰ ADPF 17-3/AP. No mesmo sentido ADPF 12/DF (Rel. Min. Ilmar Galvão) e ADPF 13/SP (Rel. Min. Ilmar Galvão).

Com efeito, de 1993 a 2008 foram distribuídas 147 (cento e quarenta e sete) ADPF naquele Tribunal. Destas, 70 (setenta) já foram julgadas, o que representa 47,6% do total das ajuizadas; 02 (duas) foram julgadas procedentes (1,4%); nenhuma foi julgada procedente em parte ou improcedente; e 68 (sessenta e oito) não foram conhecidas (46,3%).¹⁹¹

De novo verificamos um percentual significativo de ações de controle concentrado de constitucionalidade não conhecidas, o que nos remete uma vez mais à indagação sobre o que estaria sendo verificado pela Corte Suprema como impeditivo do julgamento de mérito dessas ações. Talvez no caso da ADPF seja a reparação da ameaça de lesão, através da revogação do ato normativo, ou algum fenômeno de ordem processual, tal como a falta dos requisitos constitucionais. O importante é esclarecer que apenas um percentual irrisório foi de fato analisado pela mais alta Corte de Justiça do país, sendo que ainda pendem de julgamento 62 (sessenta e duas) ações, o que representa 42,2% do total daquelas distribuídas.

6.2 Legitimidade

¹⁹¹ Dados obtidos em: [<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adpf>].

No que tange à legitimidade para a propositura da ADPF, uma vez mais o legislador infraconstitucional deixou a desejar, instigando os doutrinadores a se posicionarem sobre tema de relevância para a adequada consecução desse instrumento.

Dispõe o art. 2º da Lei nº 9.882/1999 que podem propor a arguição “os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”, no que seguiu a estrutura existente para a propositura dessa ação de controle abstrato (ADI). Conforme se depreende do art. 2º da Lei nº 9.868/1999, houve inovação ao rol originário do art. 103 da Constituição Federal, legitimando à ADI o Governador do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal. A Emenda 45, de 08 de dezembro de 2004, entretanto, incluiu-os no texto constitucional.

O posicionamento adotado pelo legislador ordinário teve o aplauso de André Ramos Tavares, ao ter consignado que “andou bem o legislador, no particular, em seguir a estrutura própria da ação direta de inconstitucionalidade, já que, por se tratar de processo objetivo, não haveria razão ou justificativa para, na arguição autônoma, pretender diminuir

o rol de legitimados ativos ou, pelo contrário, alargá-lo ou alterá-lo em algum de seus pontos”.¹⁹²

O projeto de lei original, aprovado no Congresso Nacional, previa expressamente a possibilidade de qualquer cidadão arguir o descumprimento de preceito fundamental, mas o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República.

Tramita no Parlamento Federal o Projeto de Lei nº 6.543/2006, da Comissão Especial Mista que trata da “Regulamentação da Emenda n. 45”, e que tem como objetivo alterar a Lei nº 9.882/1999, justamente com a finalidade de possibilitar a propositura da ADPF às pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público.

Aliás, já houve pronunciamento no sentido de que “o reconhecimento do direito de propositura aos cidadãos em geral afigura-se recomendável e até mesmo inevitável em muitos casos. É que a defesa de preceito fundamental confunde-se, em certa medida, com a própria proteção de direitos e garantias individuais. Nessa hipótese a matéria está a reclamar uma disciplina normativa que, a um só tempo, permita ao cidadão a

¹⁹² *Op. cit.*, p. 283.

possibilidade de levar o seu pleito ao STF sem afetar o funcionamento da Corte, pelo excesso de demandas”.¹⁹³

Na ADPF 11/SP, entretanto, que teve o Min. Sydney Sanches como relator, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo arquivamento da arguição, por não estar o autor incluído no rol do art. 103 da Constituição Federal, fundamentando-se o posicionamento no desrespeito ao art. 2º da Lei nº 9.882/1999.

A alteração legislativa é possível, até porque “a Constituição Federal em seu art. 102, § 1º determina que argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente dela mesma, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Em momento algum se lê naquele texto que a operação do controle será provocado apenas por um *numero clausus* de legitimados ativos. Se esse fora o desiderato retratado pelo Constituinte de 1987, então o teria feito igualmente o fizera ao regravar a ADIn, quanto a este aspecto processual do interesse de agir, ou ainda como fez o constituinte revisionista, em 1993, que se confunde com o original pela delegação contida na ADCT, ao criar a ADC e seus pressupostos”.¹⁹⁴

¹⁹³ Ferreira Mendes, Gilmar *et alii*. Ob. cit., p. 1094-1095.

¹⁹⁴ Chai, Cassius Guimarães. Op. cit., p. 118-119.

Enquanto a pretendida alteração legislativa não ocorre, a doutrina enfrenta o tema de sorte a formular propostas, como as de Gilmar Ferreira Mendes, no sentido de que “*de lege ferenda*, poder-se-ia conceber fórmula que associasse o uso da argüição de descumprimento ao manejo do recurso extraordinário. Assim, qualquer um dos legitimados para propor a argüição poderia, *v.g.*, solicitar que o Supremo Tribunal Federal convertesse o julgamento de um recurso extraordinário em julgamento de eventual argüição de descumprimento”. E prossegue afirmando: “Ou, ainda, seria legítimo cogitar-se da possibilidade de se interpor o recurso extraordinário juntamente com a argüição de descumprimento, facultando-se ao STF a discricionariedade necessária para apreciar a controvérsia constitucional posta no recurso individual ou na ação de caráter coletivo”.¹⁹⁵

Com firme posicionamento, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam a possibilidade de o particular propor a ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, não obstante o já citado veto ao inc. II do art. 2º, da Lei nº 9.882/1999. Anotam esses juristas que “a despeito do veto ao inciso II, pelo princípio constitucional do direito de ação, que proíbe a lei de subtrair do controle jurisdicional ameaça ou lesão a direito, e tendo em vista a possibilidade de utilização do instituto contra descumprimento relativamente a direito subjetivo, qualquer pessoa

¹⁹⁵ *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89-90.

pode deduzir demanda diretamente ao STF, pleiteando a defesa de preceito constitucional fundamental descumprido pela autoridade ou órgão do Poder Público (CF 5º XXXV)”.¹⁹⁶

6.3 Intervenções no processo

O parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.882/99 dispõe que, quando o Ministério Público (leia-se Procurador-Geral da República) não for o autor da ação, obrigatoriamente intervirá no feito, pronunciando-se no prazo de cinco dias após o decurso do prazo para apresentação de informações.

Não há previsão de regular intervenção de terceiros pela lei especial; entretanto, poderá o relator, se entender necessário, ouvir partes de processos que tenham ensejado a arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando tenha ela surgido em processo administrativo ou judicial (art. 6, § 1º).

Ainda, em caráter excepcional¹⁹⁷, posto que dependente da vontade do Relator, é possível autorizar a sustentação oral e juntada de memoriais por parte de interessados no processo.

¹⁹⁶ *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT, 2006, p. 580, nota 8.

Por certo que a pessoa física ou jurídica que pretender intervir no processo na condição de *amicus curiae* deverá demonstrar de forma clara seu interesse, de sorte a poder ser admitido nessa condição.

Foi o que ocorreu na ADPF n° 73/DF, em que o Ministro Eros Grau assim se pronunciou:

“DECISÃO: (PET SR-STF n. 87.857/2005). Junte-se. 2. A Conectas Direitos Humanos requer sua admissão na presente ADPF, na condição de amicus curiae (§ 2º do artigo 6º da Lei n. 9.882/99). 3. Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, aplico analogicamente a norma inscrita no § 2º do artigo 7º da Lei n. 9.868/99, admitindo o ingresso da peticionaria, na qualidade de amicus curiae, observando-se, quando à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3º, do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental

¹⁹⁷ Na ADPF n° 46/DF, o Min. Marco Aurélio deixou claro esse posicionamento.

*n. 15, de 30.03.2004. Determino à Secretaria que proceda às anotações. Publique-se”.*¹⁹⁸

6.4 Procedimento

O legislador infraconstitucional andou bem no texto da Lei nº 9.882/99, pois, além da regulamentação do direito material, trouxe regramentos sobre o procedimento a ser adotado pela ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, detalhando o conteúdo da petição inicial (art. 3º), obviamente sem excluir aqueles previstos nos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil. A petição inicial, no entanto, somente será recebida se houver algum outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º). Trata-se da subsidiariedade mencionada, onde já verificamos um ponto de discórdia na doutrina.

Ainda, há previsão da concessão de medida liminar por decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 5º, *caput*), ou, por decisão monocrática do relator do processo, *ad referendum* do Tribunal Pleno, quando for verificada extrema urgência, perigo de lesão ou em período de recesso (§ 1º). A liminar poderá ser concedida *inaudita altera pars*, ou após a oitiva dos órgãos ou autoridades

¹⁹⁸ DJU de 08.08.2005, p. 27.

responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República (§ 2º).

O relator do processo de arguição de descumprimento poderá promover instrução probatória (art. 6º, *caput* e § 1º) e permitir sustentação oral e juntada de memoriais (§ 2º). O Ministério Público, quando não for o autor da ação (por meio do Procurador-Geral da República, que é o único legitimado à propositura da arguição), deverá ser ouvido na condição de *custos legis* (art. 7º, parágrafo único). Por fim, a decisão somente poderá ser proferida se presentes na sessão de julgamento ao menos 2/3 dos Ministros (art. 8º), o que, com a atual composição do Supremo Tribunal Federal (art. 101, CF), significa a presença mínima de oito de seus membros. Trata-se do mesmo *quorum* estabelecido para o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, como se depreende do art. 22 da Lei nº 9.868/1999.

6.5 Efeitos da sentença

Uma vez julgada procedente a ação, o Tribunal Constitucional fará comunicar tal decisão às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos autos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental violado (art. 10,

caput). Essa decisão tem efeitos *erga omnes*, como se verifica do parágrafo 3º do mesmo artigo. Esses efeitos, entretanto, poderão ser limitados pelo próprio Colegiado, se necessário para garantia da segurança jurídica ou excepcional interesse social. Tal decisão que restringe os efeitos do acórdão proferido poderá, inclusive, fixar o trânsito em julgado da ação como termo inicial de seus efeitos jurídicos. A tomada de tais medidas deverá contar, entretanto, com o voto de, no mínimo, 2/3 dos membros do Pretório Excelso (art. 11).

Da decisão de mérito na ação de arguição de descumprimento não cabe recurso ou ação rescisória (art. 12). Nem mesmo as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal estão imunes à arguição, que, nesse caso, deverá ser feita nos termos de seu Regimento Interno (art. 13).

Delineado que os preceitos fundamentais são aqueles preceitos constitucionais de “magnitude máxima”, como preceituam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁹⁹, não fica dúvida no sentido de que esse instrumento de garantia da Constituição Federal se afirma como de tutela de interesses difusos, pois, não obstante a arguição possa ter como objeto ato do Poder Público que não seja o controle abstrato de normas, cria um precedente, um verdadeiro escudo àquele preceito fundamental, que, se

¹⁹⁹ *Constituição ...* p. 575, nota 2.

novamente lesado ou ameaçado de lesão por outro ato estatal, normativo ou não, já terá um *anticorpo*, consistente na decisão anterior do Pretório Excelso, que o socorreu.

7. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

7.1 Objeto

A Constituição Federal tem a missão precípua de organizar o Estado e garantir aos cidadãos a observância a seus direitos fundamentais. Porém, não podemos olvidar que a Carta Política também institui certos objetivos a serem alcançados pelo Poder Público através da realização de políticas públicas, que, normalmente, são dependentes de uma normatização infraconstitucional para sua efetivação.

Esse conteúdo das Cartas de Regência sustenta a classificação tripartite das normas constitucionais propostas por Luís Roberto Barroso em normas de *organização*, normas *definidoras de direitos* e normas *programáticas*. Consigna o douto constitucionalista que “as normas constitucionais de *organização* traçam a estrutura do Estado, cuidando, essencialmente, da repartição do poder público e da definição da competência dos órgãos públicos; as normas constitucionais *definidoras de direitos* são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma –

prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados; e as normas constitucionais *programáticas* traçam fins públicos a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos”.²⁰⁰

José Afonso da Silva conceitua as normas programáticas como sendo as “*normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*”.²⁰¹

As normas programáticas possuem eficácia limitada, mas que repercutem no mundo jurídico, conforme atesta Maria Helena Diniz²⁰², ao pontuar cada uma das características dessa eficácia normativa, a saber: a) impedem que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dá plena aplicabilidade, condicionando assim a futura legislação com a consequência de ser inconstitucional; b) impõem um dever

²⁰⁰ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 91-92.

²⁰¹ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 138.

²⁰² *Norma constitucional e seus efeitos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 116.

político ao órgão com competência normativa; c) informam a concepção estatal ao indicar suas finalidades sociais e os valores objetivados pela sociedade; d) condicionam a atividade discricionária da administração e do Judiciário; e) servem de diretrizes teleológicas para a interpretação e aplicação jurídica (subsunção, integração e correção); f) estabelecem direitos subjetivos por impedirem comportamentos antagônicos a elas.

Combater a omissão normativa é uma missão no sentido de se alcançar a plena efetividade das normas constitucionais, tarefa que vem cada vez mais ganhando relevância, na medida em que as Cartas Políticas brasileiras abarcam princípios a nortear a produção de leis (em sentido amplo) por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, e estes, por sua vez, não estão atendendo às expectativas da coletividade.

Ainda muito pouco utilizado em nosso País, o controle de constitucionalidade por omissão não pode, sob nossa ótica, ser considerado como mais ou menos relevante do que a inconstitucionalidade por ação, pois seus danos sociais são equitativamente nefastos. Aliás, Rodrigo César Rebello Pinho muito bem lembra que a inconstitucionalidade por omissão “é a não-elaboração de atos legislativos ou normativos que impossibilitem o

cumprimento de preceitos constitucionais”, o que bem demonstra a importância do instituto.²⁰³

O jurista português Jorge Miranda, ao estabelecer a diferença entre a inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão, acaba por entender ser aquela mais relevante do que esta. Afirmo o autor que “*a inconstitucionalidade por acção* (a categoria mais importante e a que tem sido alvo de tratamento jurídico mais aprofundado) é a inconstitucionalidade positiva, a que se traduz na prática de acto jurídico-público que, por qualquer dos seus elementos, infringe a Constituição. A *inconstitucionalidade por omissão* é a inconstitucionalidade negativa, a que resulta da inércia ou do silêncio de qualquer órgão de poder, o qual deixa de praticar em certo tempo o acto exigido pela Constituição”.²⁰⁴

Interessante dizer que no plano do controle de constitucionalidade em âmbito estadual, tendo, portanto, a Constituição do Estado-membro como parâmetro, nem todas as Unidades Federativas previram expressamente a possibilidade da propositura dessa ação constitucional. Tal constatação não pode servir para afastar a possibilidade de

²⁰³ *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

²⁰⁴ Op. cit., p. 487.

ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão em âmbito estadual.

Nesse diapasão o pensamento de Luís Roberto Barroso, para quem “conquanto não haja previsão expressa de mecanismo análogo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão no plano estadual, a doutrina em geral admite essa possibilidade. Sua instituição harmoniza-se com a autonomia reconhecida ao Estado em matéria de auto-organização e auto-governo, desde que observado o modelo federal. Em favor da tese há também a idéia acima enunciada da unicidade do fenômeno da inconstitucionalidade, de modo que, existindo a previsão de representação de inconstitucionalidade, em seu âmbito deve ser compreendido o reconhecimento da omissão violadora da Constituição. Sem mencionar que a declaração de inconstitucionalidade por omissão, que se resolve em mera comunicação ao órgão omisso, é um *minus* em relação à declaração de inconstitucionalidade por ação, que paralisa a eficácia da norma”.²⁰⁵

Todavia, a omissão pode ocorrer em diferentes níveis, de sorte que a medida de controle de constitucionalidade pode tomar rumos diversos, dependendo dos antecedentes em relação à obediência ao comando constitucional para legislar.

²⁰⁵ O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 241.

Com efeito, a omissão poderá ser *total* ou *absoluta*, quando a inércia do legislador frente à determinação de produzir a norma for completa; poderá ser *parcial* ou *relativa*, se a produção legislativa se der de forma deficiente ou incompleta. Nessa última categoria, ainda, há quem sustente sua subdivisão em omissão *parcial propriamente dita*, nos exatos termos mencionados, ou seja, pela insuficiente produção da norma, e omissão *relativa*, que ocorreria por outorgar um ato normativo determinado benefício a alguma categoria de pessoas, excluindo outras que estejam no mesmo patamar jurídico, com isso violando o princípio da isonomia.²⁰⁶

Cumprе consignar, ainda, que a inconstitucionalidade por omissão tem como objeto precípua o dever de legislar, mas, eventualmente, pode alcançar o poder regulamentar da autoridade administrativa, quando a lei que determinou a realização daquele ato não possuir os elementos mínimos que possam garantir sua aplicabilidade. A *contrario sensu*, se a lei que determinou que o Executivo a regulamentasse em determinado prazo não for efetivamente objeto de disciplina no tempo imposto, terá ela eficácia plena naquilo não dependa diretamente do regulamento que não foi editado.

²⁰⁶ Cf. Luís Roberto Barroso. *O controle ...* p. 239-240.

No que tange à omissão na prática de atos administrativos, o Supremo Tribunal Federal, a partir da ADI 19, cujo Relator foi o Ministro Aldir Passarinho, fixou entendimento no sentido de que essa medida de controle concentrado “não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caráter concreto, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado”. Entretanto, não obstante esse claro posicionamento da jurisprudência da Corte Suprema, é certo que vozes se alastram no sentido de que “a omissão das autoridades na adoção de diferentes providências administrativas pode dificultar ou impedir a concretização da vontade constitucional”.²⁰⁷

De fato, não nos afigura adequado sustentar que a norma cuja omissão é combatida deva obrigatoriamente ser de efeitos abstratos, e não concretos. Poderíamos exemplificar com a necessidade de ajuizamento de uma ADI desta natureza visando, por exemplo, a criação de uma Unidade de Conservação (um parque estadual, talvez), em uma área já reconhecida pelo Poder Público (federal ou estadual) como de especial interesse em sua preservação, de sorte a dar cumprimento à regra contida no art. 225, § 1º, da Constituição Federal. Sem a edição do ato normativo que irá criar aquele espaço especialmente protegido, a norma constitucional não será

²⁰⁷ MENDES, COELHO & BRANCO. Op. cit. p. 1136.

atendida, mesmo quando já haja o reconhecimento expresso desta necessidade.

7.2 Legitimidade

Numa confusa técnica legislativa, a Constituição Federal disciplinou a legitimidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão de forma indireta (sem querer fazer trocadilhos), na medida em que o rol de legitimados previsto no *caput* do art. 103 está ligado à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade. Porém, no parágrafo 2º daquele mesmo artigo, adveio a previsão da ADI por omissão. Como ignorar, portanto, que o rol dos incisos não se aplica ao parágrafo?

Daí decorre, entretanto, um questionamento pertinente feito pela academia, pois, como preservar a legitimidade do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados, da Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e do Governador do Estado ou do Distrito Federal, se justamente eles possuem a iniciativa legislativa cuja omissão possa estar sendo questionada através da ADI?

A resposta não parece tão difícil de ser apresentada, pois, quando uma dessas pessoas ou órgãos for o responsável direto pela omissão legislativa, então ficará afastada a sua legitimidade, preservando-se a dos demais. Por exemplo: se o Presidente da República se omitir em legislar sobre matéria constitucional sobre a qual detém competência legislativa privativa, poderá a Mesa Diretora da Câmara propor a ADI por omissão e vice-versa.

7.3 Intervenções no processo

Tal como na ADI por ação, a ADI por omissão também prevê a intervenção obrigatória do Procurador-Geral da República no processo, na condição de *custos legis*, de sorte que, após a prestação das informações pelas autoridades responsáveis pela omissão apontada na peça vestibular dessa medida de controle concentrado de constitucionalidade, então deverá o Ministério Público Federal se pronunciar, através de seu membro mencionado, no sentido de opinar acerca da procedência, parcial procedência ou improcedência daquela.

Com relação à intervenção de terceiros, não vemos motivos para não se aplicarem as mesmas regras da ADI e ADECON.

7.4 Procedimento

Distribuída e processada a ADI por omissão, deverá o Relator requisitar informações às autoridades supostamente responsáveis pela inércia normativa apontada, e, logo após, serem os autos encaminhados ao Ministério Público, na pessoa do Procurador-Geral da República.

Nos exatos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal, não se faz necessária a prévia oitiva do Advogado-Geral da União, uma vez que somente tem este o dever de se pronunciar sobre o controle dos atos normativos federais existentes (ADI por ação).

A Suprema Corte não tem admitido a concessão de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que o resultado prático dessa ação constitucional é o de simplesmente dar ciência ao órgão cuja inércia prejudicial tenha sido detectada, para que tome as providências necessárias à realização da conduta normativa exigida pela Carta Magna.

Não é papel do Supremo Tribunal Federal, ou dos Tribunais de Justiça, expedir provimento normativo que venha a suprir a

omissão verificada.²⁰⁸ Justamente por isso é que, desde o julgamento da ADI 267, ficou assentado que “a suspensão liminar da eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível, traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional”.

Tal premissa não parece correta quando se trata de omissão parcial do legislador, onde se tem admitido que um dos efeitos da declaração sem pronúncia de nulidade seja justamente a suspensão de aplicação da lei inconstitucional, até que o órgão a quem incumbe a tomada de providências normativas venha a se desincumbir de sua responsabilidade. Assim, não seria demais pleitear a medida cautelar para que se deixe de aplicar a lei que carece de complementação legislativa, até que esta ocorra.

7.5 Efeitos da sentença

Parece óbvio que o órgão do Poder Judiciário que venha a julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não poderá

²⁰⁸ Cf. ADI 1.458, Rel. Min. Celso de Mello.

editar o ato normativo, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

Daí o motivo pelo qual o constituinte prever no parágrafo 2º do art. 103 da Carta de Regência que, declarada a inconstitucionalidade daquela natureza, “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”.

Muito se questionou sobre a possibilidade de também poder o Pretório Excelso fixar prazo para que o Poder Legislativo venha a adotar as medidas necessárias a suprir a omissão declarada, sendo paradigmática a decisão proferida na ADO nº 3.682, em que, ao final, o Relator julgou a ação “procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade pela omissão”.²⁰⁹

²⁰⁹ STF – Rel. Min. Gilmar Mendes – J. 09.05.2007.

Referida decisão bem demonstra a adoção, pela Corte Suprema, da tese no sentido de que é possível a fixação de prazo para que o Poder competente à edição do ato normativo necessário ao afastamento da omissão assim proceda. E, diante do caráter mandamental que permeia essa decisão, o Poder ao qual é ela dirigida deve observar o prazo estabelecido. Pergunta-se, entretanto, quais as sanções a que estariam sujeitos os Poderes desobedientes, sendo que alguns sustentam o trancamento de pauta, nos termos do que dispõe a Constituição Federal, em seu art. 64 e seus parágrafos.

8. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA.

A Federação é a união harmônica e indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (art. 1º, *caput*, CF), sendo certo que aos entes federados é concedida a devida autonomia (art. 2º, CF).

Todavia, a própria Constituição Federal prevê situações de extrema excepcionalidade, em que cumpre à União intervir nos Estados-membros e no Distrito Federal, justamente como forma de manter a Federação e o Estado Democrático de Direito.

Essas situações excepcionais se encontram dispostas no art. 34 do Texto Magno e se traduzem em situações gravíssimas, em que haja inequívoca demonstração de necessidade da intervenção do ente federado com melhor estrutura para poder agir em nome da unidade nacional e garantir os princípios e regras contidos na própria Carta de Regência.

Neste diapasão há muito já se pronunciou Sahid Maluf, ao afirmar que “a intervenção é instituto inseparável do sistema federativo; é uma das características essenciais desta forma de Estado. Inegavelmente, uma

das mais importantes atribuições do govêrno federal é a de defender a unidade nacional, , sustentando a ‘união perpétua e indissolúvel dos Estados’. Sem a possibilidade de intervenção tal objetivo não seria alcançado; o sistema federativo seria fragil, poderia ser dissolvido ao sabor dos caprichos políticos regionais”.²¹⁰

A intervenção federal nos Estados e Distrito Federal costuma ser classificada como espontânea ou provocada. A primeira se dá quando o Chefe do Poder Executivo age sem qualquer provocação, ou seja, age de ofício, frente à verificação de uma das hipóteses legalmente previstas e para as quais possui legitimidade. A segunda ocorre através de solicitação do Poder Legislativo ou do próprio Poder Executivo do Estado-membro (art. 36, inc. I, CF), ou, ainda, por requisição do Poder Judiciário (art. 36, inc. II. CF).

É preciso consignar que a intervenção não é uma sanção ao Estado-membro ou ao Distrito Federal, pois, ao contrário, busca afastar situação que coloque em risco a integridade da Federação ou do próprio ente federado onde se deu a intervenção, e, conseqüentemente, de todo o povo brasileiro diretamente dos domiciliados naquela localidade.

²¹⁰ *Curso de direito constitucional*. Bauru: Brasil S.A. 1956, p. 94.

Como mencionado, enquanto ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo do Estado-membro somente é dado solicitar a intervenção ao Chefe do Poder Executivo Federal, o que, por certo, poderá não ser atendido, ao Poder Judiciário é conferido o poder de requisitar, o que significa não ter o Presidente da República como recusar o ato de intervenção.

Entretanto, há uma forma de intervenção nos Estados-membros e no Distrito Federal que acaba por encerrar uma verdadeira ação direta de inconstitucionalidade, a saber, na hipótese do art. 34, inc. VII, do Texto Maior.

Reza a norma constitucional mencionada que haverá a intervenção da União para “assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”.

Esses são os denominados princípios sensíveis, que, por sua importância ímpar para a manutenção do Estado Democrático de Direito,

têm como consequência frente a sua violação, inclusive, a possibilidade de intervenção estadual ou distrital.

Tal medida também poderá ser adotada quando o Estado-membro se recusar a cumprir a lei federal.

Nesses casos, a competência para decretar a intervenção é do Supremo Tribunal Federal, e a legitimidade única repousa na pessoa do Procurador-Geral da República (art. 36, inc. III, CF).

Verificamos que os princípios sensíveis poderão, portanto, ser objeto de ato normativo que contra eles atente ou “vítimas” da omissão estadual, ao recusar dar execução à lei federal que os contemple. Entretanto, nem sempre a violação aos princípios se dá por meio de ato normativo, quando, então, não se revestirá a provocação do Procurador-Geral da República de natureza de ação tendente ao controle de normas frente à Constituição Federal.

O art. 36, inc. III, da Carta Magna, fala em representação por parte do Chefe do Ministério Público da União, mas alguns doutrinadores entendem que se trata de verdadeira ação, por sustentarem que haja litígio entre partes.

É o caso de Luís Roberto Barroso, para quem “a despeito da manutenção da nomenclatura *representação*, há consenso de que se trata de verdadeira ação. E mais: embora seja formulado um juízo de certa forma abstrato acerca da constitucionalidade do ato normativo estadual – nas hipóteses em que o ato impugnado tenha essa natureza –, não se trata de um processo objetivo, sem partes ou sem um caso concreto subjacente. Cuida-se, sim, de um litígio constitucional, de uma relação processual contraditória, contrapondo União e Estado-membro, cujo desfecho pode resultar em intervenção federal”.²¹¹

Entendemos que assiste parcial razão ao nobre constitucionalista, pois, apesar da legitimação exclusiva contida no art. 36, inc. III, do Texto Magno, o Chefe do Ministério Público da União poderá ter sido provocado através de pedido de Chefe de um dos Poderes do Estado-membro, quando, então, não se mostrará devidamente patenteado o litígio, pois, na verdade, é esse ente federado que pede socorro para garantia dos fundamentais princípios da República Federativa do Brasil.

Cumprе destacar que não se vislumbra a possibilidade de intervenção da União nos Municípios, pois tal incumbência foi conferida

²¹¹ *Op. cit.*, p. 306.

justamente aos Estados-membros, como se destaca da regra constitucional contida no art. 35, *caput*. Vale consignar, mais uma vez, que se trata de medida excepcional, que somente poderá ser adotada nas estritas hipóteses estabelecidas na Constituição Federal.

Nesse sentido já se pronunciou o Pretório Excelso.

Vejamos:

“Os Municípios situados no âmbito territorial dos Estados-membros se expõem à possibilidade constitucional de sofrerem intervenção decretada pela União Federal, eis que, relativamente aos entes municipais, a única pessoa política ativamente legitimada a neles intervir é o Estado-membro” (IF nº 591-9 – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 16.09.1998).

O art. 35, inc. IV, do Texto Magno dispõe que poderá ocorrer a intervenção, quando “o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial”.

Omitiu-se o constituinte, como claramente se percebe, quanto à legitimidade para a representação em âmbito estadual. No entanto, o art. 129, inc. IV, da Constituição Federal consignou que é uma das funções institucionais do Ministério Público, “promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição”. Alguns doutrinadores enxergam aqui uma legitimidade tácita ao Procurador-Geral de Justiça.

Uma vez julgada procedente a ação, o Presidente do Tribunal de Justiça deverá comunicar a decisão ao Governador do Estado, para que ele adota as medidas necessárias a seu cumprimento.

9. A TUTELA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS ATRAVÉS DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

9.1 A legitimidade diferenciada

Conquanto seja o controle concentrado de constitucionalidade um instrumento de tutela coletiva²¹², por ter como objeto a proteção dos *direitos difusos primários*, sua legitimação é diferenciada daquela conferida aos demais, que têm como objeto a tutela dos *direitos difusos secundários*.

Como já analisado no presente trabalho, são várias as espécies de instrumentos eficazes à tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos, com menção expressa àqueles legitimados pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais à sua propositura.

Rodolfo de Camargo Mancuso esclarece que “(...) o binômio interesse/legitimidade se revela na perquirição de quem, dentre os interessados (processualmente falando) pode (= tem o poder) de propor uma

²¹² Cf. item 2.3.3.

certa ação”.²¹³ Quais seriam, portanto, os motivos pelo qual o constituinte e o legislador infraconstitucional estabeleceram um rol de legitimados tão diferenciado para cada um dos instrumentos de tutela coletiva, notadamente em relação às duas espécies de direitos difusos ?

Adverte o jurista português Miguel Teixeira de Sousa que “os interesses difusos cabem a todos e a cada um dos membros de uma classe ou de um grupo, mas são insusceptíveis de apropriação individual por qualquer desses sujeitos. Esses interesses pertencem ‘a todos e a ninguém’, porque os bens jurídicos a que se referem – como, por exemplo, o meio ambiente, o consumo ou a qualidade de vida – são de todos e não podem ser atribuídos em exclusividade a nenhum sujeito. Aqueles interesses concretizam-se em situações subjectivas individuais, mas cada indivíduo é titular, não de uma parcela do interesse, mas do mesmo interesse de que é titular qualquer outro membro do grupo ou classe. Por isso, apesar de os interesses difusos serem atribuídos aos vários membros de um grupo ou de uma classe, entre eles não se verifica qualquer relação de contitularidade, pois que esses interesses não são divididos ou repartidos por aqueles sujeitos”.²¹⁴

²¹³ *Ação civil pública – em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 97.

²¹⁴ *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex, 2003, p. 23.

Portanto, qual a razão para conferir a cada um dos instrumentos processuais de tutela coletiva legitimação diferenciada, se o objeto de cada um deles é a busca de proteção aos bens daquela natureza. Ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e ações de controle concentrado de constitucionalidade, cada qual possui autores diversificados.

Percebemos que há uma substancial diferença entre os legitimados, notadamente, para a tutela dos *direitos difusos primários* e dos *secundários*, caracterizada, principalmente, na centralização, em relação aos primeiros. Em regra a legitimação para proteção dos primeiros recai sobre pessoas físicas e em colegiados com expressiva representação política e setorial, enquanto que, em relação aos segundos, a lei prioriza, em regra também, pessoas físicas e jurídicas com representação popular e coletiva.

Enquanto na tutela dos *direitos difusos primários* não se discute um caso concreto, mas sim, e tão somente, a inconstitucionalidade de ato normativo, abstratamente analisado, na defesa dos *direitos difusos secundários* há um conflito de interesses em torno de um fato específico.

Não há dúvida de que o objeto, em cada um dos instrumentos de tutela coletiva, teve crucial influência na escolha, pelo

constituente e pelo legislador infraconstitucional, daqueles que poderiam utilizá-los.

Quanto à jurisdição constitucional, o rol de legitimados prestigia aqueles que tomam decisões de cunho político, em face dos que avaliam a situação de forma mais técnica.

Com efeito, basta passarmos os olhos pelos incisos do art. 103 da Carta Magna e verificaremos que a maioria absoluta dos legitimados à propositura das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade são pessoas físicas e jurídicas que agem motivadas politicamente.

Os Chefes do Executivo Federal (inc. I), Estadual (inc. V), Distrital (inc. V) e Municipal (no âmbito dos Tribunais de Justiça, quando legitimados – e geralmente estão) são assíduos contestadores do texto de leis aprovadas pelo Poder Legislativo. Entretanto, a motivação, como é fácil perceber, está quase sempre ligada ao argumento da violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, implicando gastos ao erário e decisões políticas que somente poderiam ser adotadas pelo Executivo. Trata-se, via de regra, de uma defesa da Administração Pública, enquanto movida pelo interesse público secundário, em se manifestando o interesse direto da

coletividade. Quando o interesse público primário é o atingido, não verificamos o mesmo empenho desse legitimado na busca pela declaração da inconstitucionalidade do ato normativo violador de preceito constitucional.

No que tange às Mesas Diretoras das Casas Legislativas (incs. II a IV), aí incluídas as Municipais, posto que em regra são legitimadas pelas Constituições Estaduais, o que temos visto é uma verdadeira omissão no dever constitucional de proteção às Cartas Políticas, mesmo quando esta esteja sendo afrontada por atos normativos emanados do Poder Executivo, tais como decretos, resoluções, etc.

Os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (inc. VIII) também têm demonstrado, como não poderia deixar de ser, um profundo desapego às questões técnicas, agindo de forma totalmente ligada às questões partidárias.

As confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (inc. IX) acabam, em regra, preocupando-se, no mais das vezes, apenas com os atos normativos que venham a atingir os interesses de seus associados, não havendo uma defesa desinteressada da Constituição Federal em favor de toda a coletividade.

Uma análise técnica do ato normativo inconstitucional, portanto, parece ter ficado restrita ao Procurador-Geral da República (inc. VI) e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (inc. VII).

Não resta dúvida de que, para uma Nação que é conhecida por seu altíssimo índice de edição de atos normativos, é muito pouco, havendo a necessidade de ampliação deste rol, para que pessoas físicas e jurídicas com compromisso apenas técnico, e não meramente político ou classista, possam desenvolver um trabalho adequado na proteção da supremacia da Constituição.

É preciso, portanto, que o ponto de vista levado em consideração pelo legislador infraconstitucional para tutela dos *direitos difusos secundários* também reflita na defesa dos *direitos difusos primários*.

9.2 O objeto mais amplo

O art. 83 do Código de Defesa do Consumidor realmente ampliou de forma extremamente positiva o objeto das ações civis públicas, principal instrumento de tutela coletiva típica.

Referido dispositivo, como já anotado neste trabalho, permitiu aos legitimados à propositura da ação civil pública a possibilidade de formularem pedidos de qualquer natureza, desde que necessários à tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos.

O papel da ação civil pública hodiernamente em nossa sociedade é de destaque, posto que, como muito bem expresso por Motauro Ciochetti de Souza, “em que pese topograficamente se encontre fora do rol trazido pelo art. 5º da Magna Carta (ou, contextualmente, de seu Título II), de ver que a ação civil pública possui natureza de garantia fundamental, tendo em vista o seu objeto e a sua essencialidade enquanto instrumento apto a assegurar a justiciabilidade dos denominados direitos fundamentais, mormente os de segunda e de terceira gerações”.²¹⁵

Com relação à declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, entretanto, só é possível através de apreciação incidental, pois, como também já visto, tem sido considerado como instrumento inidôneo para se alcançar aquele desiderato.

²¹⁵ *Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade: Ação Civil Pública – Ação Penal Pública*. São Paulo: Método, 2007, p. 97.

Daí que, por mais que uma ação coletiva obtenha resultados positivos, se o ato danoso ou que causa risco aos interesses difusos ou coletivos está escorado em ato normativo inconstitucional, não haverá como se alcançar o expurgo desse mesmo ato pela via da ação civil pública.

9.3 Importância quanto à extensão da medida

A importância no resultado da ação de controle de constitucionalidade está justamente no fato de que, julgada procedente a ação, será o ato violador da Constituição extirpado do ordenamento jurídico, ou, ao menos, terá seus efeitos ou interpretação minimizados através de uma adequada solução. Os efeitos *erga omnes* e vinculante evitam que haja continuidade de prejuízos ao direito daqueles direta ou indiretamente atingidos pelo ato normativo combatido.

A tutela coletiva tem, para nosso ordenamento jurídico, especial relevância, pois, estimula a solução conjunta de conflitos de interesses variados, gerados por fatores comuns.

Entretanto, se essa solução for aliada às possíveis soluções conferidas ao ato normativo inconstitucional, normalmente com seu afastamento do bojo do ordenamento jurídico, evitar-se-á que ele venha a

causar prejuízos, de toda sorte, à coletividade sujeita ao mesmo, em uma infinidade de casos concretos.

Não resta dúvida, portanto, quanto à natureza das ações de controle concentrado de constitucionalidade ser de instrumentos de tutela coletiva, e, portanto, um inestimável meio de acesso à justiça.

E, não obstante estivesse se pronunciando sobre outro instrumento de tutela coletiva, a lição de Caio Márcio Loureiro nos é de grande valia, pois, para esse nobre advogado “(...) são pontos sensíveis para demonstrar que a ação civil pública é instrumento implementador do acesso à justiça, os quais já foram tecnicamente estudados, e que aqui devem ser compaginados: legitimação para agir, objeto da ação e sentença, e coisa julgada”.²¹⁶

No que tange ao objeto da ação, à sentença e aos efeitos da coisa julgada, já nos ocupamos em momento anterior, ocasião em pudemos verificar que o sistema delineado em nosso ordenamento jurídico é bastante satisfatório, não importando em grandes anotações de cunho crítico.

²¹⁶ *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004, p. 201.

De outra banda, quanto à legitimação para agir, a seguir teceremos nosso posicionamento severamente negativo quanto ao atual rol previsto em nosso Texto Maior.

9.4 Algumas observações *de lege ferenda*

A mais contundente crítica que temos ao sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, como anotado, é com relação ao rol de legitimados à propositura das ações constitucionais com o desiderato de excluir os atos normativos írritos pelo vício da inconstitucionalidade de nosso ordenamento jurídico, e, notadamente, em relação aos membros do Ministério Público e à participação popular.

Com efeito, os legitimados listados no art. 103 da Constituição Federal e art. 2º da Lei nº 9.882/1999 parecem não atender, por si só, à magnitude desses instrumentos de controle de constitucionalidade, tendo importantes atores de nossa sociedade sido excluídos da possibilidade de defender a ordem democrática, por meio da tutela da Constituição.

Vale lembrar as palavras de José de Souza e Brito, que consigna que “é pela Constituição que o princípio democrático se limita a si

mesmo, quando a Constituição estabelece uma subordinação do legislador ordinário ao legislador constitucional”.²¹⁷

É o controle de constitucionalidade, portanto, verdadeira exteriorização do princípio democrático, pois tutela o instrumento que lhe dá sustentáculo e, sem o qual, perece.

E, nessa linha de raciocínio, não olvidemos jamais, para tanto perpetuando as palavras do ilustre jurista Motauro Ciocchetti de Souza que, “ao Ministério Público, órgão do aparato estatal, cabe tutelar os interesses, bens e valores insertos na Constituição da República e que têm por finalidade alcançar a plenitude dos direitos fundamentais, assegurando a existência de uma sociedade democrática e do próprio Estado de Direito”. Arremata o citado autor afirmando que “em vista do papel que lhe foi reservado, podemos afirmar que o Ministério Público constitui verdadeira garantia institucional para a implementação dos direitos fundamentais, sendo indispensável para a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, constantes já do preâmbulo da Constituição, assim como para a existência de um Estado de Direito efetivamente Democrático”.²¹⁸

²¹⁷ Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 41.

²¹⁸ *Ministério Público*, p. 139.

A própria Constituição Federal, certa de que dos Poderes da República um é inerte (Judiciário), pois a ele cabe decidir o direito quando provocado, e os outros dois (Executivo e Legislativo) estão impregnados por motivações políticas (como, aliás, não poderia deixar de ser, na medida em que são poderes políticos da Nação), alçou o Ministério Público a defensor da ordem jurídica e do regime democrático (art. 127, *caput*), concedendo-lhe autonomia funcional e administrativa (art. 129, § 1º) para que possa cumprir com suas missões institucionais sem interferências dos poderes constituídos.

Para assegurar a participação dessa Instituição, a quem, repetimos, cabe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, foi conferida legitimidade para o exercício do controle de constitucionalidade em face da Constituição Federal, na pessoa do Procurador-Geral da República (art. 103, inc. VI).

Sob nossa ótica, a participação do Ministério Público no controle de constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais em face de a Carta de Regência estar centrada única e exclusivamente na figura do Procurador-Geral da República fere o princípio federativo, que se encontra insculpido no art. 1º, *caput*, do Texto Maior.

O Estado Federal está alicerçado sobre a rocha da divisão de competências, e conseqüentemente, de atribuições, entre todos os entes federados, com maior ou menor ênfase em algumas questões, mas com equidade naquelas que sejam de interesse comum.

Não olvidemos as palavras de José Afonso da Silva, que nos ensina que “a *repartição de competências* entre a União e os Estados-membros constitui o fulcro do Estado Federal, e dá origem a uma estrutura estatal complexa, que apresenta, a um tempo, aspectos unitário e federativo. É *unitário*, enquanto possui *um único território* que, embora dividido entre os Estados-membros, está submetido ao poder da União no exercício da competência federal, e ainda *uma só população*, formando um único corpo nacional, enquanto regida pela constituição e legislação federais. É *federativo* (associativo), enquanto cabe aos Estados-membros participar na formação da vontade dos órgãos federais (especialmente no Senado Federal, que se compõe de representantes dos Estados, art. 46 da Constituição, e também pela participação das Assembléias Legislativas estaduais no processo de formação das emendas constitucionais, art. 60, III) e enquanto lhes é conferida competência para dispor sobre as matérias que lhes reserva a Constituição Federal, com incidência nos respectivos territórios e populações. Com isso constituem-se no Estado federal duas esferas governamentais sobre a mesma

população e o mesmo território: a da União e a de cada Estado-membro. No Brasil, ainda há a esfera governamental dos Municípios”.²¹⁹

No mesmo sentido a lição de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, ao anotarem que “a associação federativa de entes parcelares autônomos só pode existir dentro de uma repartição constitucional de competências. Com efeito, só a Constituição, corporificando a soberania do Estado, é que pode traçar o âmbito autônômico de cada um dos entes federados”.²²⁰

E, para garantir esse pacto federativo, calcado na autonomia político-administrativa de seus entes (art. 18, *caput*, CF), ao alçar o Ministério Público como a instituição a qual incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, separou-o em dois, a saber, Ministério Público da União e Ministérios Públicos dos Estados. O primeiro deles comporta quatro espécies: Ministério Público Federal, Ministério do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (art. 128, CF).

²¹⁹ *Op. cit.*, p. 100-101.

²²⁰ *Op. cit.*, p. 261.

Os Ministérios Públicos que integram o Ministério Público da União cuidam de forma exclusiva das incumbências institucionais no âmbito da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Militar Federal e da Justiça do Distrito Federal, salvo quanto à defesa dos interesses difusos e coletivos, onde a atribuição é concorrente, podendo qualquer Ministério Público ajuizar a ação civil pública para tutela daqueles em qualquer esfera jurisdicional.²²¹

Aos Ministérios Públicos dos Estados incumbe a atuação junto aos órgãos de jurisdição estadual, com a mesma exceção quanto à tutela coletiva, quando então poderão seus órgãos atuar perante a Justiça Federal.

Para garantir uma atuação homogênea desses tantos Ministérios Públicos, o constituinte conferiu-lhes a aplicação de certos princípios, que se encontram no artigo 127, § 1º, da Carta Magna, dentre eles, o da unidade e o da indivisibilidade.

Quanto ao princípio da unidade do *Parquet*, entretanto, é preciso anotar que ele somente se aplica dentro de cada um dos

²²¹ Neste sentido Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, in *Código de Processo Civil Comentado*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p..

Ministérios Públicos, não havendo essa mesma unidade entre Ministérios Públicos diversos.²²²

Anotam Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano que é “importante ressaltar que, em termos práticos, a unidade e indivisibilidade somente se aplicam com observância da organização federativa do País, de modo que um promotor que atua no Mato Grosso, por exemplo, não pode estender suas atribuições ou substituir outro no Estado de São Paulo. Nas palavras de José Frederico Marques, ‘(...) dentro de cada *parquet* existe a unidade e indivisibilidade que estruturam a instituição como um corpo hierarquizado. De *parquet* para *parquet*, há apenas unidade funcional sob a base da lei, pois na aplicação do direito existem laços de coordenação e igualdade (...)’”.²²³

No mesmo diapasão o alerta de João Francisco Sauwen Filho, ao consignar que “unidade é o princípio segundo o qual o Ministério Público, no ordenamento constitucional, se apresenta como um só órgão, com uma só chefia, exercendo a mesma função”. E continua, aduzindo que “deve-se, entretanto, observar que o princípio da unidade é entendido como apenas existente dentro de cada desdobramento do Ministério Público

²²² Conferir Hugo Nigro Mazzilli, *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 73.

²²³ O Ministério Público e a reforma do Poder Judiciário. *Reforma do Judiciário*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. São Paulo: Método, 2005, p. 480.

listado no Art. 128, da vigente Constituição Federal, não prevalecendo a unidade entre o Ministério Público da União e dos Estados, nem de um estadual diante dos demais”.²²⁴

As anotações consignadas se aplicam ao princípio da indivisibilidade, que nada mais é do que uma decorrência do princípio da unidade, e que preconiza a possibilidade de que os membros do *Parquet* possam ser substituídos uns pelos outros, no âmbito de cada um dos Ministérios Públicos, respeitadas as prescrições legais.

Lembra Paulo Cezar Pinheiro Carneiro que “as hipóteses de substituição não se dão arbitrariamente e só podem ser ditadas na forma e pela autoridade prevista em lei, observando-se, por outro lado, os limites de atribuição conferidos ao membro substituído”. E continua, consignando os pressupostos para a preconizada indivisibilidade, a saber: “a) que haja permissão legal para a substituição; b) que o ato decorre de autoridade com atribuição para este fim; c) que a substituição se dê para a prática de atos compreendidos no âmbito da atribuição do membro substituído”.²²⁵

²²⁴ Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 209.

²²⁵ O Ministério Público no processo civil e penal: Promotor Natural – atribuição e conflito. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43.

A assertiva quanto aos princípios e à indivisibilidade é tão verdadeira que a Carta de Regência previu que o Ministério Público da União seria chefiado pelo Procurador-Geral da República (art. 128, § 1º, CF), enquanto os Ministérios Públicos dos Estados e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios seriam comandados administrativamente pelos respectivos Procuradores-Gerais de Justiça, muito embora aquele último integre o Ministério Público da União (art. 128, § 3º, CF).

Justamente porque a unidade do Ministério Público é apenas funcional, sendo que cada um dos vários Ministérios Públicos tem a sua unidade interna, assim como uma chefia diversa, não podemos afirmar que o Procurador-Geral da República represente todo o Ministério Público.

Mas desde a Constituição Federal de 1934 nós temos percebido um hipertrofia da figura do Procurador-Geral da República em face dos demais Procuradores-Gerais, como se aquele tivesse algum tipo de ascendência sobre estes. Tal situação teve seu auge com a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004.

Com efeito, como se depreende do art. 130-A, incs. I a III, da Carta Magna, além de o Procurador-Geral da República ser membro nato do Conselho Nacional do Ministério Público, o Ministério Público da

União terá quatro representantes (um de cada uma de suas carreiras), quando, por outro lado, os Ministérios Públicos dos Estados terão apenas três representantes. Assim, enquanto no conselho cinco serão ao todo os representantes do Ministério Público da União, os dos Estados (num total de vinte e seis), estarão presentes com apenas três de seus membros.

Esse é apenas mais um exemplo de inconstitucionalidade, por ferir, ainda que indiretamente, o pacto federativo estabelecido pelo art. 1º, *caput*, e corroborado pelo art. 128, ambos da Constituição Federal.

Diferentemente da posição de superioridade do Supremo Tribunal Federal em relação às demais Cortes de Justiça deste País, pois foi ele elevado à condição de última instância em matéria constitucional, que é justamente a Lei Fundamental, o Procurador-Geral da República, enquanto chefe administrativo do Ministério Público da União, não tem qualquer hierarquia em relação aos chefes dos demais Ministérios Públicos.

Como já afirmado por Emerson Garcia, que se posiciona no mesmo diapasão dos autores mencionados, “(...) sob um prisma orgânico, não se pode falar em unidade em relação aos Ministérios Públicos dos Estados e a congênere da União, já que compõem estruturas

organizacionais distintas, cada qual com autonomia financeira própria e sujeita a uma Chefia distinta. Trata-se de derivação direta da forma federal de Estado adotada pelo Brasil, na qual é assegurada a autonomia entre os diferentes entes federados”.²²⁶

Parte desse patente equívoco na repartição de atribuições entre os Chefes dos Ministérios Públicos foi muito bem captado pelo Deputado Federal Eduardo Valverde, autor de Projeto de Emenda à Constituição – PEC nº 307/2008, em que propõe alteração de redação aos parágrafos 1º, 2º e 3º, do art. 128 do Texto Maior, de sorte a que o Procurador-Geral da República seja escolhido pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, alternadamente entre os quatro ramos que o compõem.²²⁷

Referido Parlamentar também repudiou as seguidas nomeações, que já se constituíram em tradição, de escolha de membro do Ministério Público Federal para exercício do cargo de Procurador-Geral da

²²⁶ *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55.

²²⁷ Nas justificativas apresentadas pelo nobre Deputado Federal há expressa menção de que, na escolha do Procurador-Geral da República, todos os membros dos quatro Ministérios Públicos que compõem o *Parquet* da União poderão votar para formação da lista tripla, ao que tudo indica, mesmo quando a escolha deva necessariamente recair sobre membro da carreira de um dos outros três Ministérios Públicos. Entretanto, o texto sugerido ao § 1º não parece adotar esta linha, pois nada diz sobre dever o Presidente da República escolher um dentre três que nomes que compoñham lista formada pelo voto dos membros do Ministério Público da União.

República, quando não há nenhuma obrigação neste sentido, como se depreende da atual redação do parágrafo 1º, do art. 128, da Carta Magna.

Consignou aquele Representante da Câmara Federal, em suas justificativas, que “a redação atual do art. 128, cuja interpretação faculta a preponderância do Ministério Público Federal no cenário jurídico nacional, se mostra de difícil compatibilização com a idéia de adequado funcionamento do Ministério Público da União como instituição una, indivisível e independente. Afinal, a circunstância de competir ao chefe do Ministério Público da União apresentar a proposta de orçamento da instituição, decidir sobre atos de gestão administrativa, financeira e de pessoal, e de propor ao Poder Legislativo os projetos de lei sobre todo o Ministério Público da União, e não somente quanto ao MPF, exige do eventual ocupante da chefia isenção e distanciamento capazes de evitar o favorecimento de algum ramo em particular, em prejuízo dos demais, todos eles dignos de igual consideração e respeito em nosso sistema Constitucional”.

Para que não houvesse possibilidade de o Ministério Público Federal, que tradicionalmente tem nomeado o Procurador-Geral da República dentre seus membros, ficar sem chefia, a alteração do parágrafo 3º,

do art. 128, prevê a existência de um Procurador-Geral para cada um dos Ministérios Públicos que integram o Ministério Público da União.

Ora, se houve uma percepção de extremo prejuízo em se permitir que a contínua nomeação do Procurador-Geral da República advenha apenas de um dos ramos de atuação do Ministério Público da União, que dirá quando se impõe aos vinte e sete Ministérios Públicos dos Estados que um órgão de tamanha importância dentro da estrutura do *Parquet*, como o é o Conselho Nacional do Ministério Público, seja *sempre* presidido por figura institucional, sem qualquer representatividade junto àqueles.

Como então admitir que um membro do Ministério Público da União, que eventualmente pode não possuir “isenção e distanciamento capazes de evitar o favorecimento de algum ramo em particular, em prejuízo dos demais”, apenas para parafrasear o autor da citada PEC, possa concentrar a decisão, em representação de todos os Ministérios Públicos do Brasil na defesa da Constituição, e, por via oblíqua, dos próprios entes federados? E pior, como permitir que alguém que exerce a chefia de outros Ministérios Públicos possa eventualmente se omitir na adoção de providências que podem causar impactos nos Estados-membros, sem que seus respectivos Procuradores-Gerais de Justiça possam adotar as providências judiciais necessárias para estancar o problema?

Não se olvide que o controle de constitucionalidade pela via da ação direta de inconstitucionalidade e pela ação declaratória de inconstitucionalidade diz respeito a ato normativo federal *ou estadual*, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental abarca, inclusive, os atos normativos municipais (se vencida a tese de inconstitucionalidade material da Emenda nº 3/1993). Assim, os representantes dos interesses da coletividade de cada um dos Estados-membros precisam estar devidamente legitimados.

Alguém poderia argumentar que os Estados-membros estão devidamente representados no rol do art. 103, uma vez que nele constam os Governadores dos Estados e as Mesas das Assembléias Legislativas. Porém, não se fazem presentes neste dispositivo constitucional os Procuradores-Gerais de Justiça, que representam os Ministérios Públicos dos Estados.

Na condição de “advogado da sociedade”, cada Ministério Público estadual está obrigado a zelar pelos interesses dos cidadãos que em cada uma das unidades da federação estão a habitar. Ao Ministério Público Federal incumbe o zelo nas questões atinentes à sociedade como um todo, mas cujos casos sejam de competência da Justiça Federal, salvo na

tutela dos interesses difusos e coletivos, quando então, como já consignado, poderá atuar em litisconsórcio ou isoladamente perante a Justiça Estadual, também.

Conquanto essas atribuições estejam muito bem definidas pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, é certo que no caso da jurisdição constitucional não nos pareça que deva prevalecer o entendimento que o Ministério Público Federal necessite atuar de forma isolada, por se tratar o Supremo Tribunal Federal de uma Corte pertencente à Justiça Federal.

Sob nossa ótica, inclusive a norma no sentido de que o Procurador-Geral de Justiça deve sempre se manifestar nos processos de competência do Pretório Excelso (art.103, § 1º, CF) precisa ser interpretada com reservas, a justificar essa atuação somente nos casos em que não haja algum outro Ministério Público na condição de autor. O mesmo se diga da atuação dos Subprocuradores-Gerais da República junto ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, onde hoje não se permite nem mesmo que os Ministérios Públicos estaduais realizem sustentação oral em processos seus.

Posições como as mencionadas, além de ferirem o princípio federativo, pois exaltam os órgãos do Ministério Público que estão

ligados à Justiça de alçada federal, desagregam a Instituição, já que incutem desconfiança em relação ao trabalho levado a cabo pelos *Parquets* estaduais.

Gostaríamos de trazer à baila as palavras de Hugo Nigro Mazzilli, certamente ainda a maior autoridade em Ministério Público no Brasil, que anotou em seu magnífico trabalho *Manual do Promotor de Justiça* que “é verdade que em muitos modernos Estados democráticos não existe um Ministério Público forte, nem independente; também é verdade que em Estados totalitários tivemos Ministério Público forte, tendo sido usado como instrumento de opressão – mesmo entre nós, esse recente exemplo não pode ser esquecido. A nosso ver, porém, no primeiro caso, um Ministério Público forte e verdadeiramente independente em nada empeceria as liberdades e garantias democráticas; ao contrário, contribuiria seriamente para assegurá-las. No segundo caso, um Ministério Público forte, mas não independente – nada mais seria do que uma volta ao passado, aos agentes do rei, aos agentes do governo ou dos governantes, passado que hoje se distancia, com certeza, do novo Ministério Público definido pela Constituição democrática de 1988”.²²⁸

Certamente que o referido autor trouxe aquela mensagem em um contexto diferente, mas podemos sobre ela refletir no

²²⁸ *Op. cit.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 46.

sentido de termos de manter um Ministério Público, como instrumento popular de democrático, pois essa Instituição atente aos interesses do povo, e não dos entes federados. Portanto, suprimir de parte da Instituição a possibilidade de defender e preservar a integridade da Constituição Federal significa enfraquecê-la, vulnerando-a de modo indevido.

Defendemos, dessa forma, que Emenda Constitucional venha a ampliar o rol dos legitimados ao controle concentrado de constitucionalidade de ato normativo federal ou estadual em face da Carta de Regência, incluindo nessa reforma os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Essa correção seria certamente brindada como uma conduta de respeito à Federação. As anotações de Konrad Hesse quanto ao Estado Federal são esclarecedoras: “Ao conteúdo da ordem estatal-federal da Lei Fundamental pertence, finalmente, como princípio de Direito Constitucional não-escrito, o mandamento da conduta amistosa federativa – muitas vezes, também qualificado de ‘fidelidade para com a federação’. Segundo ele, a Constituição pede do estado-total e estados-membros não só correção exterior no cumprimento de seus deveres jurídico-estatais, mas também a procura constante e a produção de uma conduta boa, amistosa

federativa; uma oposição, apoie-se um partícipe também em direito existente formalmente, pode ser inconstitucional”.²²⁹

O exercício desse controle pelo Ministério Público, enquanto instituição que defende os interesses do povo, não pode se limitar à pessoa do Procurador-Geral da República. Aliás, o certo é que a atuação do Ministério Público fosse até mesmo de ordem preventiva, de sorte a implementar de maneira eficaz o ordenamento jurídico, como através do instituto do *enforcement*, abordado de forma sagaz pelo ilustre jurista Wallace Paiva Martins Júnior. Este, após lembrar a possibilidade de o citado instituto ser utilizado para efetuar um diagnóstico sobre os pontos positivos e negativos das leis que procura o *Parquet* aplicar, anota que “além disso, poderia propor a revisão do sistema normativo, sugerir a adoção de políticas públicas para assegurar o cumprimento das leis, devendo elaborar relatórios anuais para condensar informações sobre o cumprimento das leis e propor ao Poder Legislativo eventuais alterações, a edição de regras novas, complementares ou não, a revogação de outras, e ao Poder Executivo a necessidade de criação ou alteração de sistemas de fiscalização, utilizando a prerrogativa do art. 27, parágrafo único, IV, da Lei Federal n. 8.625/93, com audiências públicas e divulgação das informações e sugestões disponíveis”.²³⁰

²²⁹ *Op. cit.*, p. 212.

²³⁰ *Controle da administração pública pelo Ministério Público*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 70.

No panorama atual, no entanto, nem mesmo um eficaz controle da constitucionalidade de leis é realizado pelo Ministério Público, visto que toda a legitimação da Instituição se encontra na figura do Procurador-Geral da República, tolhendo-se uma atuação mais incisiva dos Ministérios Públicos Estaduais e do Distrito Federal, sobretudo. Dependem estes da boa vontade e do entendimento pessoal do Chefe do Ministério Público Federal, inclusive no que tange às leis estaduais.

Essa posição conferida aos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal no controle de constitucionalidade não é condigna com a grandeza dos mesmos, havendo urgente necessidade de que se realize uma reforma constitucional a abarcá-los na legitimação para as ações constitucionais com aquela finalidade.

É de fato o único caminho a trilhar, a fim de que não se cometa um atentado ao federalismo instituído em nosso País, onde o *estado-total* preconizado por Konrad Hesse sufoca de todas as formas as atividades dos *estados-membros*, como se estes fossem um ente de menor expressão, de segunda classe. Não é o espírito que deve prevalecer no Estado Federal.

Aliás, sobre os perigos da centralização do poder já se pronunciou em 1955²³¹, escorado na história de sua nação, o professor da Universidade de Nova York Bernard Schwartz, da seguinte forma: “Diz a lenda que, num momento crítico dos trabalhos da Convenção de Filadélfia em que se elaborou o instrumento orgânico americano, Alexander Hamilton, irritado pelos obstáculos opostos à centralização nacional que êle tão ardorosamente desejava, exclamou violentamente que os estados deviam ser abolidos. A exclamação de Hamilton, porém, foi pronunciada no auge da cólera em face do obstrucionismo de alguns estados; nem êle nem qualquer outro indivíduo presente à Convenção pretendia de fato defender ponto de vista tão ousado. ‘Nenhum sonhador político’ daquela época, como o mais alto tribunal americano afirmou há quase um século e meio, ‘era tão insensato a ponto de querer destruir as linhas que separavam os estados e de compor o povo americano num bloco uniforme e comum’. Pelo contrário, se havia alguma coisa que os elaboradores da Constituição americana procuravam fazer, era justamente manter os estados num lugar eminente no sistema que estavam criando, pois êles eram precisamente representantes dêsses estados”.²³²

²³¹ Ano da primeira edição em seu país de origem, a saber, os Estados Unidos da América.

²³² *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 51

Mas nossa crítica também alcança a falta de previsão de participação popular no controle concentrado de constitucionalidade, não como alguns pretendem em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental, onde o legitimado seria uma pessoa física, titular imediato do direito lesado, mas sim através da sociedade civil organizada, nos moldes do que hoje existe em sede de ação civil pública.

Realmente, a sociedade civil organizada se mostra como uma válvula de escape para a omissão estatal na busca pela efetividade dos direitos dos cidadãos, aí incluídos, por certo, os preceitos constitucionais. Aliás, no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos, como poderia a coletividade contar com o Poder Público que se omitiu em suas prerrogativas de exercer o controle preventivo?

Ações coletivas importantíssimas têm sido promovidas por organizações não-governamentais – ONGS –, na área da saúde, educação, infância e juventude, meio ambiente, consumidor e outros difusos e coletivos, merecendo o aplauso da sociedade, e o reconhecimento estatal de sua importância.

Estimular a cidadania através da legitimação da sociedade civil organizada é uma tendência mundial e uma necessidade

apontada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que, após tecerem comentários sobre as ações governamentais e uma ousada reforma que abarcaria, de forma irrestrita, inclusive, o indivíduo como legitimado às ações coletivas, anotam o importante papel dos *grupos organizados*, solução conhecida como *Organizational Private Attorney General*. Afirmam eles que “as reformas há pouco mencionadas avançam muito no sentido de reconhecer o papel importante, e até mesmo essencial, dos grupos privados, ao suplementarem, catalizarem e mesmo substituírem as ações das agências governamentais. Elas, no entanto, ainda não enfocam o problema de *organizar e fortalecer* grupos privados para a defesa de interesses difusos”.²³³

E, se de um lado não se mostra de todo interessante garantir ao povo a legitimação nas ações de controle de constitucionalidade, pois isso poderia inundar a Corte Constitucional e os Tribunais de Justiça dos Estados com pedidos que refletiriam o entendimento individual de cada pessoa, tornando impraticável o exercício de mister tão essencial quanto o de julgar ações dessa natureza, por outro lado, quando as questões atinentes à constitucionalidade de atos normativos é abordada pela sociedade civil organizada, a medida toma outro vulto, demonstrando, ao menos presumidamente, que há um grupo organizado em torno de um ideal que

²³³ *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 59.

enxerga, em determinado ato normativo, uma incompatibilidade com as Cartas Federal ou Estaduais.

Wallace Paiva Martins Júnior aponta que “a participação é decorrente da transparência, que, por seu turno, deriva da democracia. Por ela, o administrado conhece a intenção administrativa e suas razões; participa da gestão pública, influenciando no respectivo processo. O princípio da participação política constitui verdadeira ampliação juspolítica da cidadania, pela definição constitucional do Estado como Democrático de Direito e pela declaração da origem do poder político no povo pela representação e pela participação, cujas formas (direta e semidireta) se aplicam à Administração Pública”.²³⁴

Restringir a participação do povo, ainda que seja através de forma organizada, no controle de constitucionalidade de atos normativos, é meio de violação do princípio democrático. Não olvidemos que “o direito é um labor contínuo, não apenas dos governantes, mas de todo o povo”.²³⁵

²³⁴ *Transparência administrativa – publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 294.

²³⁵ Rudolf Von Ihering. *A luta pelo direito*. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 27.

Claro que há de se tomarem certos cuidados, pois existem inúmeros organismos criados justamente para a prática de atos ilícitos, eleitoreiros, imorais, etc. Mas essas situações de ilegalidade praticadas por meio de organizações não-governamentais se constituem em exceção, sendo a regra, portanto, a atuação em prol da coletividade.

Mais uma vez, gostaríamos de lembrar a Constituição do Rio Grande do Sul, que prevê no parágrafo 1º de seu art. 95 a legitimidade de organismos de defesa da coletividade (tutela do meio ambiente, direitos humanos e consumidor) para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade em face de ato normativo estadual, desde que sejam instituições de âmbito nacional ou estadual.

É interessante firmar a iniciativa popular no controle de constitucionalidade, pois, como sustenta Robert Alexy²³⁶, a jurisdição constitucional é um exercício do poder estatal, que, no entanto, deriva do povo. Assim, o Tribunal Constitucional exerce uma representação popular diferente, por óbvio, do poder exercido pelo Parlamento, pois seus representantes recebem o poder derivado do voto, mas nem por isso sem ter a

²³⁶ *Constitucionalismo discursivo*. 2ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 163.

legitimação popular, decorrente do que o citado jurista denomina de *representação argumentativa*.

O ilustre jurista alemão aduz que “um conceito adequado de democracia, contudo, não se deve apoiar somente no conceito de decisão. Ele precisa 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 da 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. Desse modo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou discursiva”. E continua, afirmando que “a representação do povo por um tribunal constitucional é, pelo contrário, puramente argumentativa”.²³⁷

Destarte, se o Tribunal Constitucional é imprescindível para o exercício da democracia, posto que representa o povo em sua argumentação jurídica, como barrar o *repraesentandum* de poder, coletivamente, se dirigir a esse tribunal para que se pronuncie sobre questão

²³⁷ *Op. cit.*, 163.

de relevância vital para a sobrevivência da sociedade, qual seja, a integridade da norma fundamental.

Todos os argumentos trazidos nos levam à única intenção de garantir, através da ampliação do rol de legitimados à propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade, a busca pelo efetivo respeito à Constituição Federal, que, em última instância, garante a todos os cidadãos deste país a tão almejada igualdade.

Pelos mesmos motivos mencionados, sustentamos que a Constituição Federal deveria, ainda, trazer um rol mínimo – e exemplificativo, portanto – de co-legitimados à propositura das ações de controle de constitucionalidade em âmbito estadual, por ser muito arriscada a simples previsão de impossibilidade de um legitimado único (art. 125, § 2º, CF).

Com efeito, o Estado-membro pode prever em sua Carta Política Regional apenas dois órgãos legitimados ao controle concentrado de constitucionalidade, e, assim, estará respeitando a ordem constitucional vigente, não obstante em extremo prejuízo à coletividade.

Finalizando, não olvidemos as sábias palavras da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha: “Não imagino que a norma constitucional tenha feito algum milagre de transformação no Brasil. Sei bem que direito não se ganha, conquista-se, como antes observado, a cada manhã. Sei ainda que na interpretação das normas muitos Direitos se perdem por agilidade do intérprete, por conveniência do momento e, principalmente, pelo seu desconhecimento pelo povo. Aprendi que a igualdade do conhecimento e no saber é um direito fundamental para que qualquer outro possa ser eficaz. E que se esta igualdade não foi materialmente assegurada é que ela nunca foi muito convincente para aqueles que, eventualmente, detêm o Poder e o exercem segundo seus próprios e peculiares interesses. Mas sei, principalmente, que a igualdade jurídica constitucionalmente assegurada é possível desde que haja liberdade em cujo espaço possa ela crescer e tornar-se madura em seu produto social mais justo. Acho que é o Brasil Justo que a sociedade brasileira, em sua grande maioria, deseja e necessita. É aplicando a Constituição da República – e apenas aplicando-a – com honestidade e seriedade que este Brasil acontecerá com certeza”.²³⁸

Somente através do abandono de posições egoísticas poderemos proteger este tão espetacular celeiro de direitos fundamentais e de normas necessárias à pacífica e justa convivência entre os brasileiros, ou seja,

²³⁸ *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 119.

a Constituição Federal. Isso passa, também, pelo respeito aos Estados-membros, entes da Federação, que têm nos seus Ministérios Públicos legítimos representantes das garantias constitucionais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo demonstrar que todos os princípios e regras contidas na Constituição Federal são direitos e interesses difusos, independentemente de sua aplicação no caso concreto de dar individualmente ou não, pois, enquanto normas abstratas de aplicação geral, e titularidade indeterminada, têm aquela natureza.

Mostra-se o controle concentrado de constitucionalidade, destarte, de imensa importância na vida jurídica do país, na medida em que as afrontas aos comandos constitucionais, federal ou estaduais, podem ser combatidas em uma única ação, e por órgão de grau superior e colegiado, o que nos indica, em tese, uma maior garantia de que o resultado da medida adotada seja o mais próximo possível dos anseios da coletividade, notadamente em face da sistemática processual atualmente existente, que confere aos membros do Poder Judiciário que irão julgar essas ações uma maior flexibilidade quanto ao provimento jurisdicional a ser apresentado.

Com efeito, nas ações de controle de constitucionalidade não se limitam os julgadores a apenas julgá-las procedente, parcialmente procedente ou improcedente, como tradicionalmente se faz nas lides

individuais, conferindo o ordenamento jurídico que possam eles dar solução mais adequada ao caso concreto, onde suas nuances poderão demandar pronunciamentos mais específicos, tais como sobre os efeitos retroativos ou não da decisão, uma data específica para início de vigência desses efeitos, o acolhimento parcial do pedido sem redução de texto, ou, ainda, uma interpretação conforme o texto constitucional.

Debatemo-nos, entretanto, diante dos ainda tímidos números apresentados, principalmente, pela Corte Suprema, quanto ao controle de constitucionalidade, que, além de não retratarem nem de perto o número de atos normativos que padecem desse vício, demonstram clara tendência a um rigorismo excessivo na análise dos requisitos de admissibilidade, face ao elevado percentual de ações desta natureza que não são sequer conhecidas pelo Excelso Supremo.

Ainda, concluímos pela inadequação do rol de legitimados para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade, seja em âmbito federal ou estadual.

Quanto aos legitimados à propositura das ações daquela natureza perante o Supremo Tribunal Federal, percebemos que atualmente os Estados-membros encontram-se, em sua estrutura de poder, representados

apenas pela Mesa da Assembléia Legislativa e pelo Governador do Estado (art. 103, incs. IV e V, CF). E, não obstante o Ministério Público, que tem como missão constitucional “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*, CF) esteja naquela lista representado pelo Procurador-Geral da República (art. 103, inc. VI, CF), este não é Chefe dos Ministérios Públicos dos Estados (art. 128, §§ 1º e 3º, CF), além de estar longe dos reais efeitos deletérios produzidos pelo ato normativo inconstitucional nas Unidades da Federação.

Assim, concentrar nas mãos do Procurador-Geral da República a legitimidade para propor ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal nos parece negar a própria Federação. Quem tem o dever de zelar pelos princípios e regras constitucionais no dia-a-dia nestas Unidades Federativas são os Ministérios Públicos Estaduais, que não podem, portanto, se ver alijados desse processo, sob pena de afronta ao princípio federativo.

Ainda, a própria coletividade, através de associações com reconhecida idoneidade, deveriam poder representar o povo na busca pelo respeito ao ordenamento constitucional, o que certamente engrandeceria a democracia participativa.

Nossa proposta é que Emenda Constitucional corrija essa enorme e prejudicial distorção, prevendo no rol de legitimados do art. 103 da Carta Magna, também os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados-membros, e as associações que se enquadrassem nos requisitos exigidos.

No que tange ao controle concentrado de constitucionalidade em âmbito estadual, entendemos que seria de bom alvitre que a Constituição Federal trouxesse um mínimo de legitimados que obrigatoriamente devesse constar das Constituições Estaduais, podendo essas Cartas Políticas Regionais estender a lista.

BIBLIOGRAFIA

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Cominação nos termos de ajustamento de conduta: sua importância para a efetiva tutela do bem ambiental. Congresso de Meio Ambiente do Ministério Público de São Paulo, 5º, Campos do Jordão, *Caderno de teses*, 2001.

_____. Direito Ambiental. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3ª ed. Milano: Giuffè, 1960.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo – Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1953, t. I.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BURLE FILHO, José Emmanuel; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva.

Compromisso de ajustamento de conduta e entidades paraestatais. *Revista do Ministério Público Paulista*. São Paulo: APMP, jul-ago 1996.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; BRAYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: Promotor Natural – atribuição e conflito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Apontamentos sobre as categorias fundamentais da jurisdição constitucional. In: *Justitia*. São Paulo, v. 197, p. 207.

CHAI, Cássius Guimarães. *Descumprimento de preceito fundamental*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, v. 2.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do Estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Do processo legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade: algumas notas e preocupações. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8ª

ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GAGLIANO, Pablo Solze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. I.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIUSTINA, Vasco Della. *Controle de constitucionalidade das leis – Ação direta de inconstitucionalidade – Tribunal de Justiça e Município*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. I.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ISERN, Luiz Francisco. *Controle de constitucionalidade por meio do veto municipal*. São Paulo: Método, 2002.

JUTAHY, Carlos Roberto de Castro. Jurisdição constitucional: a atualidade do caso *Marbury vs Madison* e a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 19, jan./jun. 2004.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11ª ed. São Paulo: Método, 2007.

_____. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004.

MALUF, Sahid. *Curso de direito constitucional*. Bauru: Brasil S.A., 1956.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública – em defesa do meio*

ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Ação popular*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Controle da administração pública pelo Ministério Público*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Transparência administrativa – publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Manual do Promotor de Justiça*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.v

_____. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. 1ª ed. reimp. 1968. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 10-11-1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938, t. III.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – Terceira série.*

São Paulo: Saraiva: 1984.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo.* 10^a

ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor –*

comentados pelos autores do anteprojeto. 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense

Universitária, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil*

comentado. 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Constituição Federal comentada e legislação*

constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e controle de*

constitucionalidade. Salvador: Jus Podivm, 2008.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito.* 3^a

ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. O Ministério Público e a reforma do Poder

Judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LARCÓN, Pietro

de Jesús Lora (coord.). *Rforma do Judiciário.* São Paulo: Método, 2005.

_____. *Publicidade comercial – Proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAUJO, Luiz David. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: inovações e aspectos polêmicos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2003.

PLINER, Adolfo. *Inconstitucionalidad de las leyes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental – Parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito – a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Aloysio Vilarino dos. *A defesa da Constituição como defesa do Estado – controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional*. São Paulo: RCS Editora, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

SANTOS, J M Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. II.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Luiz Mônaco da. *Inquérito civil*. Bauru: Edipro, 2000.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública – instrumentos da tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex, 2003.

SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Ação civil pública – competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade: Ação Civil Pública – Ação Penal Pública*. São Paulo: Método, 2007.

SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de direito constitucional*. Rio da Janeiro: Forense, 1994.

SOUZA E BRITO, José de. *Jurisdição constitucional e princípio democrático*. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra,

1995, pp. 39-47.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatísticas sobre controle concentrado de constitucionalidade. Disponível em: [http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatística&pagina]. Acesso em 29-09-2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Súmula vinculante nº 10. In: *Carta Forense*. Ed. nº 63. Ago. 2008, p. 17.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Parte Geral. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 1998.

VITTA, Heraldo Garcia. *O meio ambiente e a ação popular*. São Paulo:

Saraiva, 2000.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.