



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Marcelo Figueiredo

INTRODUÇÃO

As Constituições escritas gozam de supremacia jurídica e estruturam o Estado, consagram os direitos e os deveres fundamentais mais caros em determinado tempo e lugar. As Constituições, além de fundamento primeiro da ordem jurídico estatal, constitui-se em fonte primeira – normas de normas para todas as demais subsequentes.

Não é possível ignorar que as regras e princípios constitucionais orientam e condicionam a aplicação de todo o Direito, determinando os sentidos possíveis a partir de sua interpretação. As Constituições com seus valores assinalam deveres, consagram direitos e garantias, fixam competências, limitam poderes e regulam o que entendem relevante para a sociedade por ela regulada.

As Constituições nascem dos contextos históricos das sociedades que regulam. Gozam de vigência e eficácia tanto mais sejam vivenciadas e aplicadas na realidade regulada.

Por isso, fundamental é o papel da interpretação constitucional, técnica que nasce a partir da hermenêutica geral, mas que dela se desapega para dar vida as aplicações concretas e solver os conflitos e tensões existentes a partir da aplicação das normas constitucionais.

A realidade do mundo jurídico só é plena quando a norma e a conduta possam coincidir de forma mais harmoniosa possível.

É sempre necessário que a própria Constituição preveja mecanismos de sua defesa, de sua proteção, eliminando possíveis normas incompatíveis com seu sentido, espírito ou letra.

A possibilidade do controle judicial de constitucionalidade das leis e demais atos estatais deriva precisamente da ideia de Constituição como norma fundamental e suprema, que deve prevalecer sobre toda outra norma ou ato estatal; no que confere aos

juízes e a certos órgãos constitucionais (no Brasil o STF, especialmente), a competência para controlar a constitucionalidade dos atos estatais, incluídas as leis.

Aí adentramos no tema da inconstitucionalidade.

O controle dos atos jurídicos se dá por meio do controle de constitucionalidade ou do controle de legalidade. O controle de constitucionalidade abrange os atos normativos estatais enquanto os atos não normativos, públicos e privados são controlados mediante verificação de conformidade com as espécies normativas emanadas do Estado.

A jurisdição (constitucional) é não só um mecanismo de conservação da ordem constitucional, de estabilização do sistema político fixado pela Constituição, mas também de certo modo, e até certa medida, um instrumento capaz de captar um (ou vários) sentidos possíveis da evolução histórica a partir da realidade social e de sua evolução.

Toda interpretação constitucional traz ínsita um aspecto jurídico e uma dimensão político-valorativa.

É dizer o juiz, sobretudo constitucional ao interpretar e aplicar a Constituição estará forçosamente exercendo uma parcela do poder político constitucional arbitrando conflitos que por alguma razão não lograram ser resolvidos em outras instâncias e poderes.

A interpretação constitucional é, forçosamente assim, em larga medida criadora e criativa do Direito.

Como se sabe, em 1803 foi proferida a sentença do caso *Marbury v. Madison* que inaugurou o chamado controle judicial de constitucionalidade das leis.

Pela primeira vez, o Judiciário declarou-se competente para analisar a constitucionalidade de leis ou de atos dos poderes políticos.

Contemporaneamente não há mais dúvida que o controle de constitucionalidade constrange o Poder Executivo e o Poder Legislativo a ajustar e reajustar suas políticas públicas a partir da revisão da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

A decisão judicial que afirma a inconstitucionalidade de uma decisão legislativa por exemplo, traduz-se, não raras vezes, em obstáculo definitivo à consecução de determinados objetivos, eliminando uma ou algumas possíveis soluções imaginadas pelo legislador, ou mesmo pelo executivo.

A ideia da jurisdição constitucional como um “legislador negativo” apregoada por Kelsen, hoje cede e caminha mais em direção oposta. Pode-se inclusive pensar em um “legislador positivo” indicando qual o caminho a seguir.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. O nascimento do controle de constitucionalidade e seus dois modelos históricos .	5
2. Principais diferenças entre os dois sistemas clássicos	6
3. Outros modelos	7
4. As diferentes modalidades de inconstitucionalidade	9
4.1. Inconstitucionalidade por ação.....	9
4.2. Inconstitucionalidade por omissão.....	11
5. A ideia da internacionalização da Justiça Constitucional e a proteção dos direitos humanos	12
6. O papel da jurisdição constitucional no Brasil.....	14
7. O controle abstrato de constitucionalidade no Brasil.....	17
7.1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade	18
7.2. A ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade	20
7.3. A Representação Interventiva (ou Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva).....	20
7.4. A ADPF	24
8. Pontos de contato entre o controle concentrado e o controle difuso no Brasil	33
9. A reclamação no STF.....	36
10. Técnicas de decisão.....	37
Referências	39

1. O NASCIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS DOIS MODELOS HISTÓRICOS

Antigamente podíamos falar em uma bipolaridade de sistemas de controle judicial de constitucionalidade. De um lado, o modelo norte-americano (difuso) e, de outro, o modelo europeu (concentrado) de controle de constitucionalidade.

O primeiro inaugurou o *judicial review of legislation* e o segundo, de inspiração kelseniana com um órgão central encarregado de realizar esse controle, um tribunal constitucional (Áustria, 1920).

O sistema difuso era caracterizado como “incidental”, só se pode discutir a inconstitucionalidade da lei quando há uma controvérsia concreta, “especial” a declaração de inconstitucionalidade conduz tão somente a negar a aplicação da lei ao caso concreto e “declarativo” o pronunciamento da inconstitucionalidade opera como declaração de certeza retroativa de uma nulidade pré-existente e por isso com efeitos “*ex tunc*”.

Nele a lei tida por inconstitucional não admite impugnação direta. A suposta inconstitucionalidade só pode fazer-se como questão incidental de cuja resolução depende a decisão que sobre o caso principal há de adotar o juiz competente para decidir sobre o caso concreto. Também é chamado de via de exceção, via indireta, ou controle difuso.

É bem verdade que desde 1937 pode o Governo dos EUA em recurso direto (apelação) ao Tribunal Supremo, e em alguns casos por intermédio de *injunctions*, pleitear o reconhecimento de um interesse público no controle jurisdicional de leis federais. A citada Lei de 24 de Agosto de 1937 autoriza o Governo da União (federal) a intervir em qualquer ação entre particulares para defender e pleitear o interesse público. A partir daí fala-se em certa relativização da diferença entre os modelos.

Já no sistema concentrado imaginou-se apenas um órgão (central) único e especial (principal) para exercer o controle questionando diretamente a legitimidade da lei em geral, sem controvérsia concreta, mas abstrata. Procura-se uma solução geral, com eficácia “*erga omnes*”. É constitutivo o julgamento que opera como anulação e ineficácia “*ex nunc*”, que vale para o futuro, mas respeita as relações passadas, em muitos casos modulando esses efeitos.

Tem como paradigma o gênio de Hans Kelsen, jurista austríaco que idealizou o Tribunal da Áustria com essa função.

Registre-se que a justiça constitucional concentrada também tem suas raízes na América Latina. Quando se fala da origem do sistema concentrado menciona-se imediatamente o exemplo histórico do Tribunal Constitucional Austríaco de 1920, apesar da existência de alguns antecedentes prévios como o Tribunal do Império do México de 1867. Os duzentos anos de história constitucional latino-americana ensinam que, pelo menos, um século antes da criação do paradigma europeu, existiu uma ação pública e direta nas mãos dos cidadãos para combater os atos que violavam o texto fundamental, como se previu na Constituição da província de *Cundinamarca*, na Colômbia, em 1811. O mesmo ocorreu na Venezuela em 1858.

Ainda procurando diferenças entre os dois sistemas ditos clássicos, encontramos às relativas a extensão e natureza dos efeitos das sentenças de inconstitucionalidade.

No modelo norte-americano o juiz não anula a lei, mas declara uma nulidade preexistente. A sentença teria, pois, efeito declaratório, limitando-se a produzir efeitos entre as partes (*inter partes*) e retroativos (*ex tunc*).

Entretanto, nada obstante os efeitos *inter partes*, a incidência do princípio do *stare decisis* acaba por afetar a pureza de efeitos na medida em que os Tribunais devem seguir seus próprios precedentes jurisprudenciais, estando vinculados à jurisprudência já produzida dos tribunais superiores.

Desse modo têm-se que, na prática, o efeito acaba sendo *erga omnes*. É dizer embora a lei permaneça formalmente em vigor, torna-se pela aplicação da regra do *stare decisis*, peça meramente ornamental.

2. PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE OS DOIS SISTEMAS CLÁSSICOS

As principais diferenças entre os dois sistemas (norte-americano e europeu), podem assim ser resumidas:

- 1) a) Sistemas desconcentrados ou difusos, cuja gênese é o Estados Unidos da América;
- b) Sistemas concentrados, cuja gênese é a Áustria e Alemanha, com Corte ou Tribunal Constitucional especial.

- 2) a) Uma segunda diferença diz respeito ao modo como a maneira é apresentada nos tribunais. Nos sistemas concentrados, as matérias constitucionais podem ser apresentadas diretamente ao Tribunal Constitucional *em abstracto e ad hoc*, com procedimentos específicos que não têm relação direta com as lides ordinárias. São legitimados a provocar o Tribunal por intermédio de uma ação direta de inconstitucionalidade um grupo selecionado de pessoas, agentes governamentais ou entidades da sociedade civil.
- b) Nos sistemas desconcentrados, as partes apresentam as matérias constitucionais aos tribunais no curso de ações ordinárias. As questões constitucionais devem ser decididas no bojo de situações concretas, diante de casos concretos.
- 3) Uma terceira diferença básica entre os dois sistemas clássicos é relativo aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Nos sistemas concentrados, uma decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei geralmente tem efeitos *erga omnes*, invalidando a lei para todos, tal como se tivesse sido ab-rogada pelo Legislativo. Nos sistemas desconcentrados uma decisão declarando a inconstitucionalidade de lei tecnicamente tem efeitos apenas *inter partes*.
- 4) Nos sistemas desconcentrados, fiéis a tradição do *common law*, entretanto, a doutrina do *stare decisis* dá a decisão judicial o efeito de um precedente vinculante. Isto significa que em futuras lides, o próprio tribunal, e todos os outros subjacentes na hierarquia judiciária, devem decidir casos semelhantes da mesma maneira.
- 5) A doutrina do *stare decisis* não impede que os tribunais rejeitem seus próprios precedentes, se bem que isto é raramente feito.
- 6) Declarações de inconstitucionalidade nos sistemas difusos operam *ex tunc*, tendo efeitos retroativos até a data da edição da lei inconstitucional.

3. OUTROS MODELOS

Com o tempo, desenvolveram-se diversos outros sistemas híbridos de controle judicial da constitucionalidade das leis. Alguns combinam Tribunais Constitucionais especiais com o controle difuso. Outros combinam o sistema difuso com o controle abstrato pela Corte Suprema. Alguns permitem controle jurisdicional preventivo nos quais os tribunais decidem a constitucionalidade de projetos de lei ou vetos. Outros ainda, autorizam o Legislativo a sobrepujar ou contradizer declarações judiciais de inconstitucionalidade.

Os efeitos das declarações de inconstitucionalidade, portanto, variam consideravelmente de país para país. De uma maneira geral, os países da América Latina nos últimos anos aumentaram os poderes de seus tribunais de cúpula (modelo de Corte Suprema ou de Justiça ou Sala Constitucional), combinando sistemas do tipo concentrado europeu com o norte americano original.

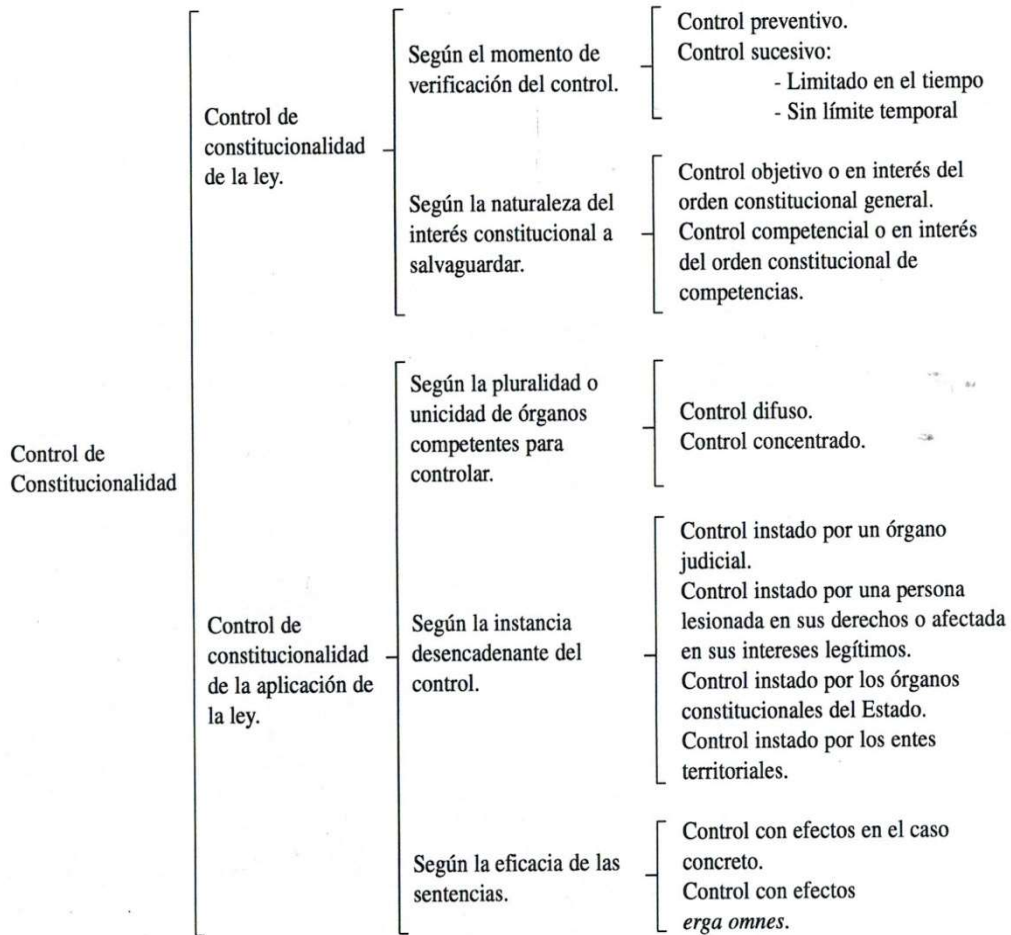
O Brasil, como veremos mais adiante, apesar de sua tradição histórica apegada ao controle difuso optou paulatinamente para um modelo fortemente concentrado no Supremo Tribunal Federal.

Modelos híbridos, não raro, ocasionam problemas de adaptação pois não encontram muitas vezes as tradições e costumes de onde vieram suas origens. O controle judicial da constitucionalidade exige juízes preparados para o exercício desse tipo de jurisdição altamente especializada que difere, e muito, das funções exercidas pelo juiz tradicional. Não raro há grave choque e conflitos entre os poderes quando os modelos não são bem balanceados.

São várias hoje as tentativas da doutrina constitucional no sentido de buscar uma classificação que procure explicar a grande variedade de sistemas de controle de constitucionalidade no mundo. Acreditamos que bem didático o esquema apresentado por Francisco Fernández Segado.

O jurista espanhol, após constatar a obsolescência da bipolaridade do modelo americano–modelo europeu-kelseniano, alerta para a mistura e hibridação dos vários sistemas de controle de constitucionalidade encontráveis atualmente.

Expõe o seguinte esquema didático e auto- explicativo:



4. AS DIFERENTES MODALIDADES DE INCONSTITUCIONALIDADE

A doutrina constitucional elabora várias classificações para tentar distinguir os tipos ou modalidades de inconstitucionalidade.

Essencialmente, a Constituição de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade por ação (atuação) e a inconstitucionalidade por omissão (inação), respectivamente (art. 102, I, “a”, “b”, e “c”, e art. 103 e seus parágrafos).

4.1. Inconstitucionalidade por ação

Segundo José Afonso da Silva, ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição.

O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.

Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos, etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público, e que se manifesta sob dois aspectos: (a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; (b) materialmente, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição.

Essa incompatibilidade não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico, entendido, por isso mesmo, como reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária.

É a lição do ilustre José Afonso da Silva que adotamos.

Fala-se ainda em inconstitucionalidade direta e inconstitucionalidade indireta. É importante recordar e distinguir a inconstitucionalidade que ocorre em razão da imediata violação da Constituição por uma medida normativa e a inconstitucionalidade que ocorre quando a Constituição prescreve a subordinação de uma medida normativa a uma norma infraconstitucional, e, portanto, a violação dessa norma – que se apresenta interposta em relação à Constituição – vem redundar em violação reflexa da Constituição.

Exemplo clássico de inconstitucionalidade indireta é a do regulamento executivo ao qual se atribua direta ofensa à lei por força da não observância dos limites constitucionais do poder regulamentar. Nessa hipótese, somente a inconstitucionalidade direta é uma inconstitucionalidade propriamente dita, a indireta seria uma ilegalidade.

Fala-se ainda em inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente tendo em vista os diversos momentos da edição das normas constitucionais.

Se a norma legal é posterior à Constituição, tem-se um caso de inconstitucionalidade. Se se cuida, porém, de contradição entre a norma constitucional superveniente e o direito ordinário pré-constitucional, indaga-se se seria caso de inconstitucionalidade ou de mera revogação.

Hoje admite-se, por força da Lei 9.982/1999, que, ao regular a ADPF (vide neste texto o tema tratado), admitiu o exame direto da legitimidade do direito pré-constitucional em face da norma constitucional superveniente.

Por fim, registre-se que, no Brasil, a impugnação de emendas constitucionais por intermédio do controle concentrado de constitucionalidade (ação direta) tornou-se uma possibilidade concreta e plenamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal (vide ADI 3.105, 2395, dentre outras).

4.2. Inconstitucionalidade por omissão

Inspirada no direito português, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a inobservância de um dever de legislar. A ideia é elementar.

Comete inconstitucionalidade não somente quem viola positivamente o texto ou o espírito da Constituição, mas também quem não a implementa, omite-se em legislar e tomar as providências que seus princípios e regras requerem.

A omissão pode ser legislativa ou administrativa.

Fala-se em omissão absoluta ou total quando o legislador não empreende a providência legislativa ou administrativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando o ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional.

A ideia central é a de dar concreção às normas constitucionais.

No Brasil, tanto o mandado de injunção (art. 5º, LXXI da CF) como a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), prestam-se a suprir as lacunas de omissão do legislador e do administrador que também pode negar cumprimento às normas constitucionais.

Inicialmente, o STF adotou o entendimento de que a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão autorizaria o Tribunal apenas a cientificar o órgão

inadimplente para que este adotasse as providências necessárias à superação do estado de omissão inconstitucional.

Posteriormente, o STF passou a considerar a possibilidade de, em alguns casos, indicar um prazo razoável para a atuação legislativa, ressaltando as consequências nefastas para a ordem jurídica da inatividade do legislador no caso concreto.

5. A IDEIA DA INTERNACIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A ideia da internacionalização da justiça constitucional surge e se assenta diante da necessidade de assegurar a plena vigência e observância dos direitos humanos além das fronteiras estatais dos Estados nacionais em razão sobretudo dos horrores da Segunda Grande Guerra Mundial.

Surge então o que se convencionou chamar de direito internacional dos direitos humanos por intermédio de tratados, acordos e pactos internacionais e regionais que pretendem reforçar a vigência universal desses direitos.

Os Estados deixam de ser o centro único de gravidade do direito internacional para transladar esse eixo aos direitos dos indivíduos para além do direito nacional. Protege-se hoje os direitos humanos em várias esferas, instâncias e por vários métodos e formas.

Paralelamente é preciso recordar por importante que também há proteção dos direitos fundamentais em face de particulares. É dizer com o agigantamento do Estado contemporâneo não basta proteger os direitos do cidadão, do indivíduo em face do Estado, mas também em face de particulares.

Esses também podem, em certas ocasiões violar direitos fundamentais o que, reconheça-se, é uma ideia relativamente recente na história constitucional.

Diego Valadés bem demonstra a evolução da matéria nas principais democracias europeias de 1958 a 2006, lembrando os principais instrumentos da união europeia que reconhecem essa proteção ao indivíduo.

Também a América Latina lista as principais experiências constitucionais e o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos neste particular.

No Brasil, o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos não tem passado despercebido. Ao contrário, no constitucionalismo contemporâneo brasileiro há paulatina incorporação desse fenômeno na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Grande foi a polêmica a respeito do nível hierárquico dos tratados, especialmente os tratados de direitos humanos.

Essencialmente existem quatro correntes acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais sobre direitos humanos, a saber:

- a) a que reconhece supremacia e prevalência das normas internacionais sobre o ordenamento jurídico nacional, inclusive constitucional;
- b) a que confere *status* de norma constitucional às normas internacionais que versem sobre direitos humanos;
- c) a que reconhece paridade normativa entre normas de direito internacional e a legislação infraconstitucional interna;
- d) a que confere caráter supralegal às normas internacionais em matéria de direitos humanos, de maneira que estas ostentem posição intermediária entre legislação infraconstitucional e a Constituição brasileira.

Paulatinamente a matéria foi respondendo às tendências internacionais e regionais no sentido de conferir proteção constitucional aos direitos humanos.

Recorde-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica. Esta Convenção foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978.

O Brasil reconheceu a competência da Corte Interamericana somente em dezembro de 1998, por intermédio do Decreto Legislativo 89, de 03.12.1998.

Estamos de acordo com Flávia Piovesan quando ressalta que as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos.

Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do direito constitucional.

De fato, como ressalta Piovesan, o sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos

humanos no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, acolhida por 24 Estados, traduz a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo, e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: (i) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados e (ii) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.

Ao acolher o sistema interamericano, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território. O Estado tem sempre a responsabilidade primária relativamente à proteção dos direitos humanos, constituindo a ação internacional uma ação suplementar, adicional e subsidiária. É sob esta perspectiva que se destaca a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

6. O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Como já sabemos, o controle de constitucionalidade situa-se na natural tensão existente entre os poderes do Estado. O chamado sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*) procura de todo modo conter o poder absoluto ou concentrado fazendo com que cada poder possa conter os arroubos do outro.

Como já destacava Montesquieu e antes dele Locke, o abuso do poder é o inimigo da liberdade. O Estado moderno passa por grandes transformações nas esferas política e social. Fato é que há uma grande descrença nas instituições políticas.

Os modelos de representação do cidadão no poder merecem ser repensados e atualizados. A descrença (perigosa) no sistema político em toda parte gera uma transferência de esperança e de expectativas frustradas para o Poder Judiciário. O juiz torna-se não somente o garante de direitos, mas o responsável pela recuperação da democracia, o guardião das promessas de que fala Antoine Garapon.

A imensa insensibilidade (e egoísmo) dos parlamentares no Brasil nos últimos anos – salvo honrosas e pontuais exceções – ou, se quisermos, a busca incessante de vantagens pessoais em detrimento do interesse público e social leva a uma necessária e enérgica reação dos demais poderes para fazer valer a vontade constitucional.

As sociedades complexas contemporâneas têm o pluralismo como um marco fundador, não se pode ignorar que as diversas doutrinas morais a respeito do mundo devem ser aceitas tão somente na medida em que demonstrem estar comprometidas com o princípio da tolerância (Rawls).

A jurisdição constitucional nesse contexto assume grande relevância pois pretende arbitrar os grandes conflitos entre os poderes e ainda redesenhar por intermédio da interpretação da Constituição as linhas mestras, os direitos e deveres da cidadania e do Estado.

Por isso o próprio Judiciário tratou de redesenhar os instrumentos legais para que estes possam, na medida do possível, absorver os ideais democráticos também no processo constitucional de controle de constitucionalidade abrindo-se o máximo possível a instituições representativas da sociedade civil e de seus interesses.

O ativismo do STF, como anota Diego Werneck Arguelles, parece ser *jurisprudencialmente anunciado*. Em alguns países, a expansão do poder judicial é produto de uma verdadeira reviravolta jurisprudencial ou de um conjunto de decisões imediatamente visível que rompe de forma abrupta com entendimentos antes considerados sólidos.

Nesses casos, o tribunal anuncia publicamente: começa *agora* uma nova era. Esse anúncio representa uma transformação na forma como a separação de poderes e o próprio sistema jurídico são entendidos naquele determinado país – o que Stone Sweet batizou de *coup d'état jurídico*. Foi o caso da famosa decisão Lüth do Tribunal Constitucional alemão, em 1958. Foi também o caso do julgamento de 1971 do Conselho Constitucional francês em que se começou a incorporar, no “bloco constitucional” do país, direitos fundamentais previstos no preâmbulo das constituições francesas anteriores e até mesmo na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão promulgada em 1789 – ainda que a inclusão de uma lista de direitos houvesse sido expressamente rejeitada na elaboração da Constituição da Quinta República.

Não é o caso do Brasil. A expansão do poder do STF também é anunciada por decisões judiciais, mas não existe uma única decisão ou conjunto pequeno de decisões que possam ser pacificamente consideradas o equivalente funcional de casos como *Marbury vs Madison*. Muito do que o Supremo faz hoje encontra respaldo no texto constitucional – e diversos ministros tem rebatido a crítica de “ativismo”. Mesmo assim,

o uso desses poderes tendeu a ser pavimentado aos poucos, com graduais, mas importantes correções de rumo na jurisprudência.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal no Brasil tem tido cada vez mais influência ao definir ou redesenhar as normas constitucionais por intermédio de sua interpretação.

O STF tem julgado casos em que são discutidas questões relacionadas ao racismo, ao antisemitismo, à fidelidade partidária, ao direito da minoria, a proibição de nepotismo, a interrupção do aborto, a progressão de regime prisional, a utilização de células tronco para pesquisa científica e seus limites, a demarcação de terras indígenas, etc.

De inconstitucionalidades por ação à inconstitucionalidade por omissão, o STF tem mais contemporaneamente dado adequada leitura ao Mandado de Injunção que durante muito tempo não era efetivo por timidez ou se quisermos equivocada leitura de sua finalidade constitucional.

A partir do caso do direito dos servidores públicos (e a greve) declarou-se a omissão legislativa com a aplicação, por analogia, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

De outra parte, previu-se por intermédio da Lei 9.868/1999 a modulação de efeitos das decisões do STF no controle abstrato de normas, o que foi um avanço importante.

O reconhecimento da omissão é importante em vários segmentos jurídicos. Assim, v.g. no direito ambiental para fins de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem.

Ressalte-se por fim que ainda que haja espaço para um ativismo pontual em diversas questões específicas, cremos que a regra deve ser a autocontenção. Isso significa, em primeiro lugar, ter como válida e firme a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos praticados pelos demais poderes.

O juízo de inconstitucionalidade não deve ser deturpado para um juízo de inconveniência política, uma vez que não cabe ao Judiciário escolher entre as opções possíveis, mas sim, excluir as inaceitáveis, ilegítimas ou irracionais.

É quase inevitável uma tensão variável entre os poderes nas democracias dotadas de constituições analíticas e compromissórias. Desse modo, nem sempre essa reação de um ou outro poder deve ser vista como uma “invasão de competência”, mas saudável debate constitucional.

7. O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A Constituição de 1988 reduziu amplamente o controle difuso de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias e litígios constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Ao lado da ampla legitimação para a provocação do controle abstrato de normas, como veremos, o constituinte instituiu mecanismo para a tutela de direitos subjetivos lesados em decorrência da omissão normativa (art. 5º, LXXI). Do mesmo modo, instituiu ainda o processo de controle abstrato da omissão normativa inconstitucional (art. 103, § 2º).

Com a Constituição de 1988, o sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade foi aperfeiçoado. Destarte, a) ampliou-se a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade; b) admitiu-se a instituição, pelos Estados-membros, de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Federal; c) instituiu-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção; d) exigiu-se, ademais, a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal; e) exigiu-se a citação do Advogado-Geral da União que, nas ações diretas, deverá defender, na qualidade de verdadeiro curador, o ato impugnado; f) não atribuiu ao STF competência para julgar representação para fins de interpretação, instrumento criado pela EC 7/1977, foi suprimido pela nova Constituição; g) previu a criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental

decorrente da Constituição e, finalmente; h) alterou o recurso extraordinário, que passou a ter feição unicamente constitucional.

A EC 3/1993 alterou a redação dos arts. 102 e 103 da Lei Fundamental da República, para o efeito de instituir a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência do Supremo Tribunal Federal. As decisões da Suprema Corte, nesse caso e quando ao mérito, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. A ação declaratória de constitucionalidade será proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados e pelo Procurador Geral da República.

7.1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade tem por objetivo declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais, estaduais ou distritais que incorram em violação das normas constitucionais, da Constituição globalmente considerada.

A ação direta de inconstitucionalidade, também chamada de ação genérica ou simplesmente ADI, está prevista nos arts. 102, I, “a”, e 103 da CF, bem como na legislação específica (Lei 9.868/99).

Seu objetivo fundamental é o de retirar do ordenamento jurídico nacional o ato normativo ou legislativo incompatível com a Constituição, sua letra ou seu espírito.

A ADI tem peculiaridades em relação as demais ações. Em primeiro lugar por seu berço, constitucional. Em segundo lugar por não admitir desistência. Em terceiro lugar por ter um regramento específico e particular no controle de constitucionalidade.

Admite os *amicus curiae*, instituto de grande importância que tem contribuído bastante para a chamada democratização do processo de interpretação da Constituição, abrindo a possibilidade de que entidades possam aportar a sua visão e conhecimento específico sobre diversos temas as matérias em julgamento no STF.

O art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999 permite o ingresso de “*amicus curiae*”, de entidades dotadas de representatividade adequada no processo abstrato de controle de constitucionalidade.

Como assinala o Min. Celso de Mello do STF:

“Como assinala em decisões anteriores (ADI 2.130-MC/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 02/02/2001), a intervenção do ‘*amicus curiae*’, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. Impõe-se destacar, neste ponto, por necessário, a ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivam a intervenção do ‘*amicus curiae*’ no processo de fiscalização normativa abstrata. Não se pode perder de perspectiva que a intervenção processual do ‘*amicus curiae*’ tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte, quando no desempenho de seu extraordinário” (ADI 3396 AGR/DF).

O quórum de votação da inconstitucionalidade ou constitucionalidade, deve ter a presença no julgamento de oito (8) Ministros, sendo procedente a ação se pelo menos seis (6) julgarem procedente o pedido.

As decisões definitivas de mérito do Supremo terão eficácia *erga omnes* (contra todos) e efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário e da Administração Pública em todos os seus âmbitos, conforme o art. 102, § 2º, da CF.

O art. 103 da CF e a Lei 9.868 indicam como legitimados para a propositura da ADI órgãos estatais e organizações da sociedade civil. É preciso ainda que o legitimado tenha *pertinência temática* para ser aceito como autor (a) da ação. Deve demonstrar a existência de nexos de causalidade entre o objeto da ADI e as finalidades de sua atuação institucional.

São legitimados universais, podendo apresentar ADI independentemente do nexo causal de sua atividade com o objeto da ação:

Os legitimados ativos universais podem propor a ADI e a ADC independentemente da existência de pertinência temática. Enquadram-se nesta categoria o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos

Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

A Lei 9.868/1999 contém o procedimento para o trâmite da ADI, ADC e ações de inconstitucionalidade.

Essencialmente o órgão responsável pela edição do ato impugnado pode se manifestar no prazo de 30 dias. Decorrido esse prazo, são ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União, defensor da norma impugnada e o Procurador Geral da República que apresenta um parecer sobre o tema. Cada um desses órgãos deve se manifestar no prazo de 15 (quinze) dias. Há ainda possibilidade de mais 30 (trinta) dias para informações adicionais, esclarecimentos, perícia ou audiência pública.

Instruído o processo vai ao plenário para seu julgamento definitivo.

7.2. A ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

A ADC é modalidade de controle por via principal, concentrada e abstrata. Cabe ao STF processá-la e julgá-la. Está prevista no art. 102, I, “a”, com a redação da Emenda Constitucional 3/1993.

Apesar da redação do dispositivo constitucional, admite-se ação direta em âmbito estadual e ato normativo estadual ou municipal.

Os legitimados são os mesmos da ADI (Emenda Constitucional 45/2004). O pedido (ou objeto) da ação é o de que se reconheça a compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição.

Pressuposto do cabimento da ação é que exista controvérsia relevante acerca da constitucionalidade de determinada norma infraconstitucional. Tem -se como pressuposto da ação fundada ameaça à segurança jurídica e à isonomia, decorrente de decisões contraditórias do Poder Judiciário acerca do tema.

7.3. A Representação Interventiva (ou Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva)

O art. 18, *caput*, da CF estabelece a autonomia entre os entes federados brasileiros (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), de modo que suas atividades político-administrativas não sofram intervenções uns dos outros.

Em havendo, pois, conflito entre os entes federativos ou federados deve-se observar a obediência aos chamados princípios constitucionais sensíveis constantes do art. 34 a 36 da CF, abaixo transcritos:

“Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I – manter a integridade nacional;

II – repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III – pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV – garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V – reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

VI – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

VII – 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.¹

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I – deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

II – não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

¹ Redação dada pela Emenda Constitucional 29/2000.

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;²

IV – 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.

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

I – no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;

II – no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;

III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.³

§ 1º O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembléia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas.

§ 3º Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

§ 4º Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.”

A legitimidade da propositura da ação é do Procurador-Geral da República. A ação segundo a doutrina possui dupla finalidade: a) pretende a declaração de

² Redação dada pela Emenda Constitucional 29/2000.

³ Redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004.

inconstitucionalidade (formal ou material) de lei ou ato normativo; e b) a decretação da intervenção (finalidade política) federal no Estado-membro ou Distrito Federal.

O decreto de intervenção (caso necessário) deverá especificar a amplitude da intervenção, com prazos e condições de execução e, se necessário, a nomeação de um interventor aprovado pelo Congresso Nacional ou a Assembleia Legislativa, conforme o caso (art. 36 acima da CF).

No que toca às representações interventivas estaduais em municípios, elas têm suas regras no art. 35 acima citado e inciso da CF. Dependerá de provimento do Tribunal de Justiça do referido Estado, com decreto pelo Chefe do Executivo deste, visando à observância das normas e princípios indicados na respectiva constituição.

Sobre o tema, vale a pena consultar as seguintes ementas:

“Representação do procurador-geral da República. Distrito Federal. Alegação da existência de largo esquema de corrupção. Envolvimento do ex-governador, deputados distritais e suplentes. Comprometimento das funções governamentais no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Fatos graves objeto de inquérito em curso no STJ. Ofensa aos princípios inscritos no art. 34, VII, *a*, da CF. (...) Enquanto medida extrema e excepcional, tendente a repor estado de coisas desestruturado por atos atentatórios à ordem definida por princípios constitucionais de extrema relevância, não se decreta intervenção federal quando tal ordem já tenha sido restabelecida por providências eficazes das autoridades competentes”. [IF 5.179, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 08.10.2010.]

“O descumprimento voluntário e intencional de decisão transitada em julgado configura pressuposto indispensável ao acolhimento do pedido de intervenção federal. A ausência de voluntariedade em não pagar precatórios, consubstanciada na insuficiência de recursos para satisfazer os créditos contra a Fazenda Estadual no prazo previsto no § 1º do art. 100 da Constituição da República, não legitima a subtração temporária da autonomia estatal, mormente quando o ente público, apesar da exaustão do erário, vem sendo zeloso, na medida do possível, com suas obrigações derivadas de provimentos judiciais.” [IF 1.917 AgR, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 03.08.2007. Em igual sentido, vide: IF 4.640 AgR, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 25.04.2012.]

“O instituto da intervenção federal, consagrado por todas as Constituições republicanas, representa um elemento fundamental na própria formulação da doutrina do federalismo, que dele não pode prescindir – inobstante a excepcionalidade de sua aplicação –, para efeito de preservação da intangibilidade do vínculo federativo, da unidade do Estado Federal e da integridade territorial das unidades federadas. A invasão territorial de um Estado por outro constitui um dos pressupostos de admissibilidade da intervenção federal. O Presidente da República, nesse particular contexto, ao lançar mão da extraordinária prerrogativa que lhe defere a ordem constitucional, age mediante estrita avaliação discricionária da situação que se lhe apresenta, que se submete ao seu exclusivo juízo político, e que se revela, por isso mesmo, insuscetível de subordinação à vontade do Poder Judiciário, ou de qualquer outra instituição estatal. Inexistindo, desse modo, direito do Estado impetrante à decretação, pelo chefe do Poder Executivo da União, de intervenção federal, não se pode inferir, da abstenção presidencial quanto à concretização dessa medida, qualquer situação de lesão jurídica passível de correção pela via do mandado de segurança.” [MS 21.041, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJ 13.03.1992.]

7.4. A ADPF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no art. 102, § 1º, da CF de 1988 do seguinte modo:

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Trata-se de uma ação constitucional que tutela a supremacia dos preceitos fundamentais.

Evidentemente surge a primeira questão: o que são preceitos fundamentais? A doutrina tem entendido que preceito fundamental são as normas e princípios mais valorosos do sistema jurídico (Celso Bastos).

Será preciso algum tempo para que o conceito de “preceito fundamental” seja também interpretado e construído pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Gilmar Ferreira Mendes identifica como preceitos fundamentais, por exemplo, as cláusulas pétreas e seus desdobramentos.

O que podemos dizer hoje é que a Lei 9.882/1999 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para receber a ação a fim de “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

É ação de feição marcadamente objetiva, controle concentrado, portanto, mas também com possibilidade de ser utilizada como incidente consoante previsão do inciso I, do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/1999.

Assim é 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”.

A ADPF pode ser de duas modalidades a saber: a) autônoma e b) incidental. No primeiro caso, a questão constitucional é dirigida ao STF independentemente do caso concreto (processo objetivo). No segundo caso, a questão constitucional, para dar origem à ADPF, tem de não apenas surgir em caso concreto em curso, como ainda ter fundamento relevante nos aspectos econômico, político, social ou jurídico.

A ADPF autônoma pode questionar em princípio, qualquer ato do Poder Público o que amplia significativamente o controle concentrado, enquanto que a ADPF incidental é restrita à lei ou ao ato normativo cuja definição da constitucionalidade é imprescindível à resolução do mérito da ação concreta.

Há certa equivocidade no termo “arguição incidental” dando a entender, erroneamente que se trata do mesmo mecanismo do controle difuso. Não é assim, todavia. Trata-se de incidente que viabiliza ação própria no STF. Não é suscitado pelas partes, mas surge no caso e será julgado por aquele Tribunal.

Até o momento podemos recordar os seguintes casos relevantes decididos pelo STF por intermédio da ADPF:

- (a) Na ADPF 388 ajuizada, com pedido de medida cautelar, pelo Partido Popular Socialista (PPS) contra ato da então Presidente da República, Dilma Rousseff, que nomeou o procurador de justiça do Ministério Público da Bahia, Wellington César Lima e Silva para o cargo de Ministro da Justiça. Para o PPS, a nomeação violava os preceitos fundamentais

constitucionais da independência do Ministério Público e a forma federativa do Estado.

Na ação, a legenda sustenta que o constituinte de 1988 conferiu autonomia e independência ao Ministério Público, conforme previsto no art. 127, parágrafo único, da CF, sendo a independência funcional do MP preceito fundamental. Que ademais haveria cumulação de cargo proibida pela CF.

O Tribunal por maioria, em 9/3/2016, conheceu da ADPF apreciando diretamente o mérito da ação para julgá-la procedente em parte para estabelecer a interpretação de que membros do MP não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor e funções exclusivas de magistério, declarando-se a inconstitucionalidade da Resolução 72/2011 do CNMP, determinando ainda, a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada.

Aliás, registre-se que, lamentavelmente, o CNMP tem, na matéria realizado interpretação claramente inconstitucional violando suas próprias regras (Resolução 73/2011), permitindo que promotores de justiça e procuradores de justiça ocupem cargos de direção e de coordenação em instituições de ensino superior violando as escâncaras o dispositivo constitucional. Em boa hora a ADPF veio sinalizar a todos, sobretudo ao CNMP a adequada interpretação constitucional da matéria.

- (b) Na ADPF 132 – RJ que por razões processuais foi recebida como ADI, tratou-se da união homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Reconheceu-se dentre outros pontos, “ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.
- (c) Na ADPF 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), a ação requeria ao STF para que deixasse de ser considerado crime a antecipação do parto em caso de fetos anencéfalos.

De acordo com a CNTS, além de gerar risco para a mulher, carregar um feto “anômalo”, que ela sabe que não sobreviverá depois do parto, ofende a dignidade humana da mãe, prevista no art. 5º da CF. Após a realização de audiência pública sobre o tema, o plenário do STF por 8 votos a 2, que não é crime interromper a gravidez de fetos anencéfalos. Assim, os médicos que fazem a cirurgia e as gestantes que decidem interromper a gravidez não cometem crime de aborto.

- (d) Na ADPF 101, proposta pelo Presidente da República, por intermédio da Advocacia-Geral da União (AGU), questionando decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados. A AGU requeria ao STF a declaração da constitucionalidade de normas em vigor no país que proibem essa importação. Em junho de 2009, o Plenário do STF decidiu que a legislação que proíbe a importação de pneus usados é constitucional.
- (e) Na ADPF 153-DF o Conselho Federal da OAB pretendia que o STF anulasse o perdão (anistia) dado aos representantes do Estado (policiais e militares) acusados de praticar atos de tortura durante o regime militar. O caso foi julgado improcedente por 7 votos a 2. Os votos vencidos defenderam uma revisão na lei de anistia, alegando que ela não teve “caráter amplo, geral e irrestrito”. Para a minoria os crimes são, pela sua natureza, absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão.
- (f) A constitucionalidade da lei de imprensa (ADPF 130) e a questão da possibilidade de se proibir a participação de candidatos em eleições com base em dados que desabonem sua vida pregressa (ADPF 144).
- (g) Na ADPF 347 desenvolveu-se interessante tese. O Partido do Socialismo e Liberdade (PSOL) requereu que o sistema penitenciário brasileiro fosse declarado em “estado de coisas inconstitucional”, categoria formulada pela Corte Constitucional da Colômbia. Pretendeu assim que o STF interfira na criação e implementação de políticas públicas, em alocações orçamentárias e na interpretação e aplicação da ordem processual penal, visando reduzir os graves problemas da superlotação dos presídios no Brasil e das condições desumanas do encarceramento.

Durante o julgamento, todas as sustentações orais apontavam a profunda e generalizada violação de direitos fundamentais dos presos, sendo necessárias medidas urgentes para a mudança desse quadro.

Registre-se que o “estado de coisas inconstitucional” em sua versão colombiana declara existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrentes de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional.

Três são os pressupostos do “*estado de coisas inconstitucional*”:

- a) A constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim, de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;
- b) A falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira falha estrutural estatal que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;
- c) A superação dessas violações de direitos exige a expedição de ordens e medidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes são necessárias mudanças estruturais, novas políticas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos, etc. (Sentencia de Unificación 559, Sentencia de Tutela 153, Sentencia T-025, todas da CCC).

Na ADPF 347, o Min. Edson Fachin, em seu voto proferido em 03/09/2015, recorda que o STF, ao julgar o RE 592.581 submetido à sistemática dar repercussão geral, reconheceu a situação precária dos estabelecimentos penais do Rio Grande do Sul e a ofensa ao direito fundamental de proteção à integridade física e moral do preso. Determinou-se então a execução de obras de reformas gerais a fim de garantir o conteúdo normativo veiculado por dispositivo regulamentado pela legislação infraconstitucional.

Já na medida cautelar, o Relator do caso, Ministro Marco Aurélio:

- a) Reconheceu a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências

de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão;

- b) Determinou ao CNJ (Conselho Nacional de Justiça) que coordene mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa;
- c) Determinou o descontencimento das verbas existentes no FUNPEN, devendo a União providenciar a devida adequação para o cumprimento desta decisão em até 60 dias, a contar da publicação do acórdão.

Transcrevo parte significativa do voto do Min. Marco Aurélio, neste caso:

“Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática. No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas 17 Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 9371980. Supremo Tribunal Federal ADPF 347 MC / DF apreciado em 23 de março de 2011). Isso significa que se atua, no Supremo, por meio de códigos distintos perante a opinião pública, comparados aos dos Poderes Legislativo e

Executivo. Deve-se rejeitar o populismo judicial, ainda mais consideradas as esferas de liberdade e dignidade dos indivíduos, sempre envolvidas nos processos penais. Juízes e Tribunais devem buscar credibilidade popular, mas mediante os motivos juridicamente adequados das decisões. No sistema carcerário brasileiro, conforme já consignado, são violados diversos preceitos constitucionais: o da dignidade da pessoa humana e vários direitos sociais no patamar do mínimo existencial. Promove-se, indiretamente, o aumento da criminalidade. Tanto do ponto de vista liberal da dignidade inerente a todos os seres humanos, quanto sob o ângulo utilitarista da maximização do bem-estar dos membros da sociedade, a atitude certa é a de buscar soluções para a tragédia diária dos cárceres brasileiros, pouco importando a opinião majoritariamente contrária. Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática. No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas 17 Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 9371980. Inteiro Teor do Acórdão - Página 35 de 210 Voto - MIN. MARCO AURÉLIO ADPF 347 MC / DF instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há

envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso. Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República. Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. Como destaca 18 Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 9371980. Supremo Tribunal Federal ADPF 347 MC / DF instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há

envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso. Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República. Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. Como destaca 18 Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 9371980. Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 210 Voto - MIN. MARCO AURÉLIO ADFP 347 MC / DF a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um ‘elaborador’ de políticas públicas, e sim um ‘coordenador institucional’, produzindo um

‘efeito desbloqueador’ (GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: De justicia, 2010, p. 39).”

8. PONTOS DE CONTATO ENTRE O CONTROLE CONCENTRADO E O CONTROLE DIFUSO NO BRASIL

Como vimos no início do trabalho, o Brasil adota formalmente dois tipos de controle. O difuso de inspiração norte-americana e o concentrado desenvolvido a partir da experiência europeia.

Vimos também que nos últimos anos houve uma tendência clara e preponderante a privilegiar o controle concentrado no Supremo Tribunal Federal.

Nada obstante, permanece íntegro e possível as partes, por intermédio do Poder Judiciário, questionar a constitucionalidade das leis e demais atos normativos.

A chamada via de defesa ou de exceção, manifesta-se pelo chamado controle difuso da constitucionalidade, de corte e matriz norte-americano caracteriza-se como é sabido. Este, por sua vez, caracteriza-se pela possibilidade do interessado ser subtraído da incidência da norma viciada (por inconstitucionalidade) ou do ato inconstitucional.

É certo que, para desobrigar aquele que invocou o supremo vício jurídico, deverão os juízes e tribunais, a que couber o julgamento do feito, pronunciar-se sobre a alegada inconstitucionalidade (vide art. 97 da CF). Entretanto, essa pronúncia não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito.

Como ensina Celso Bastos, de saudosa memória, na via de exceção ou defesa, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de eximi-lo do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior.

Entretanto, esse ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória em relação a terceiros. Mesmo quando, por meio de mandado de segurança, pleiteia o autor a anulação de um determinado ato administrativo, com fundamento na sua inconstitucionalidade, o que na verdade ele obtém é que referido ato seja considerado nulo na medida em que o atinge. Com relação aos demais atingidos pelo mesmo ato, mas

não participantes de dito mandado de segurança, o ato mantém-se válido e produtor de efeitos.

Em síntese, a via de ação tem por condão expelir do sistema a lei ou ato normativo inconstitucionais. A via de defesa ou de exceção limita-se a subtrair alguém aos efeitos de uma lei ou ato com o mesmo vício.

Pois bem, a parte no controle difuso que invoca a inconstitucionalidade da lei, (por intermédio de qualquer ação ou manifestação), caso não logre a procedência nas instâncias ordinárias, certamente recorrerá, e cumprido vários requisitos legais e processuais (filtros), poderá chegar ao Supremo Tribunal Federal por intermédio do chamado Recurso Extraordinário (art. 102, III, da CF, Lei 8.038/1990 e Lei 9.756/1998).

Não é o caso de minudenciarmos os aspectos do controle difuso, o que escapa ao objetivo deste trabalho. Apenas recordamos as Leis 10.259/2001 e 11.418/2006, criadoras e reguladoras do instituto da “Repercussão Geral”.

A Repercussão Geral é pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário que consiste no ônus do recorrente em demonstrar que a controvérsia constitucional deduzida em seu recurso é tão relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

A introdução do requisito da Repercussão Geral acrescentou novos aspectos ao controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Ora com feições objetivas (participação do *amicus curiae*, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante da decisão), ora com feições subjetivas (os interesses concretos e subjetivos das partes em litígio moldaram o desenvolvimento do processo e estão em verdadeiro contencioso constitucional).

O precedente da Repercussão Geral definirá todos os demais processos que versem sobre o mesmo tema (eficácia *erga omnes*), conferindo um alto grau de abstração à análise da questão constitucional controvertida.

Esse aspecto, de certo modo, aproxima as formas de controle de constitucionalidade, concentrando e objetivando o que, até então, conhecíamos como controle difuso.

Outro ponto a ser recordado diz respeito ao papel do Senado em caso de declaração de inconstitucionalidade incidental.

A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pelo STF foi a forma para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários.

A doutrina diverge e debate longamente sobre o papel do Senado nessa mecânica constitucional e sua natureza jurídica e processual. Não é o caso de reproduzi-la.

Basta dizer que inicialmente a jurisprudência e a doutrina acabaram por conferir significado substancial à decisão do Senado, entendendo que somente o ato de suspensão do Senado mostrava-se apto a conferir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, cuja eficácia estaria limitada às partes envolvidas no processo (Gilmar Mendes).

Com as sucessivas reformas no controle, ampliando o controle abstrato, passou-se a dominar a eficácia geral das decisões proferidas em sede de controle abstrato ADI, ADC e mesmo a ADPF, dotada de eficácia *erga omnes*.

A suspensão de execução da lei pelo Senado em face de sucessivas reformas revela-se completamente inútil (G. Mendes), caso se entenda que tem outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade.

Por fim, recorde-se a redação do art. 102, § 2º, e o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/1999 que estabelecem, respectivamente:

“(...) as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, na ações diretas de inconstitucionalidades e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e **efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

“(...) a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Sendo assim, como anota o Min. Celso de Mello na decisão monocrática adotada na Reclamação 4.387, “o caráter vinculante de que se reveste qualquer julgamento da Corte, em sede de fiscalização normativa abstrata, decorre não apenas do que se contém em sua parte dispositiva, mas alcança, também, em razão da transcendência de seus

efeitos, os próprios fundamentos determinantes das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos processos de controle concentrado de constitucionalidade”.

9. A RECLAMAÇÃO NO STF

Todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento final proferido no âmbito de ação direta de inconstitucionalidade serão considerados parte legítima para a propositura da reclamação.

A reclamação é instituto que tem por objetivo preservar a competência do Supremo Tribunal Federal. Assim qualquer pessoa que venha a decidir contrariamente ao que fixou o STF poderá articulá-la.

Confira-se o art. 102, I, “I”, da CF. É dividida no STF a posição sobre quem pode ser autor (legitimado) a Reclamação. Se somente aqueles que tenham sido parte na inconstitucionalidade no controle abstrato ou simplesmente os legitimados constitucionais ao controle.

Nas ações Rcl QO 397-RJ, AGRRcl 707- SP, RCL 1880, RCl. 2600, AgR, o STF entendeu:

“Nas situações em que a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade for definitiva, à qual a lei confere efeito vinculante, entendo legitimado para a reclamação aquele que tenha contra si provimento diverso do entendimento fixado por este Tribunal, como no caso ocorre, para que seja resguardada a eficácia subordinante dos comandos que derivem do ato descumprido”.

“Reputa-se ofensivo à autoridade de sentença de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade, com efeito *ex tunc*, o acórdão que, julgando improcedente ação rescisória, adotou entendimento contrário, ainda que na vigência e nos termos de liminar concedida na mesma ação direta de inconstitucionalidade”.

Segundo Sergio Massaru Takoi, a possibilidade da utilização da Reclamação com fundamento em desrespeito à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em ação direta de inconstitucionalidade pressupõe que o reclamante informe o acórdão

paradigma, bem como fundamente as razões pelas quais teria sido aquele afrontado pela autoridade judicial ou administrativa.

Assim, é necessário o conhecimento das decisões (precedentes) proferidas pelo STF no controle concentrado – que em sua essência garantem a força normativa da Constituição – para a propositura da Reclamação, já que é *conditio sine qua non* desta ação a demonstração de que a autoridade da Corte Superior está sendo vilipendiada.

10. TÉCNICAS DE DECISÃO

Além das técnicas tradicionais de interpretação e seus métodos, o direito constitucional e o controle de constitucionalidade, como um tema do direito constitucional, exigem métodos próprios.

Ao reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo o STF contemporaneamente dá concreção ao art. 27 da Lei 9.868/1999 que dispõe:

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

Sendo assim, é possível atribuir à decisão constitucional (a) efeitos retroativos limitados, preservando-se determinados efeitos da lei inconstitucional; (b) efeitos a partir do seu trânsito em julgado; (c) efeitos a partir de determinado evento ou data futura.

A inconstitucionalidade pode ser **total ou parcial**. Pode recair sobre toda a lei ou ato normativo ou somente parte dela ou dele.

Fala-se ainda em *interpretação conforme a Constituição e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*.

Nenhum dispositivo vigente é afetado em sua validade formal, não sendo modificado formalmente o ordenamento jurídico.

Na interpretação **conforme** ocorre inconstitucionalidade, sendo inconstitucionais interpretações que se encontrem dentro da moldura do dispositivo impugnado.

A diferença entre ambas está no critério utilizado para fiscalizar a constitucionalidade. No primeiro caso (conforme), o problema diz respeito à interpretação da norma; no segundo, o problema concerne aos casos em que sua aplicação é permitida.

A Lei 9868/1999 trouxe inovações na redação do parágrafo único de seu art. 28: (i) separação entre interpretação conforme à Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, desde que se parta do pressuposto que, na lei, não deve haver palavras inúteis; (ii) inclusão dessas técnicas entre os mecanismos de controle de constitucionalidade;⁴ (iii) concessão de efeito *erga omnes* e eficácia vinculante para tais decisões. Assim, não se justificava mais a adoção indiscriminada dos institutos sem qualquer rigor conceitual.

O legislador deixou expressa sua vontade de separação entre ambas as técnicas. Ademais, após a entrada em vigor dessa lei federal, não mais havia que se questionar se as decisões do STF deveriam ou não ser respeitadas. A lei deixou claro que elas vinculavam os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública em geral. A partir de então, apesar de não ser mais necessário, dada a disposição expressa em lei da eficácia vinculante, o STF passou a consignar, na parte dispositiva da imensa maioria de seus acórdãos, as interpretações inconstitucionais das normas questionadas, tendo em vista sua desconformidade com o texto da Lei Maior.

Recorde-se como exemplo dessa prática, a ADI 2084, julgada apenas alguns meses após a publicação da Lei 9868/1999, em que se deu interpretação conforme a dispositivo de lei complementar paulista e se consignou, na ementa do acórdão, que a filiação partidária de representante do Ministério Público paulista só poderia ocorrer quando houvesse o afastamento das suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei. Voltou, entretanto, o Tribunal a fazer confusão na aplicação das técnicas. Nesse sentido, no julgamento da ADI 2116, por exemplo, ao invés de interpretação conforme, deveria a Corte ter usado a expressão declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pois se adequava mais ao conteúdo do *decisum*.

⁴ STF, Representação 1389, rel. Min. Oscar Corrêa, Brasília, DJ de 12.08.1988, p. 49; ADI-MC 1194, rel. Min. Maurício Corrêa, Brasília, DJ de 29.03.1996; ADI 1150, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.04.1998 (pode-se ler, em sua ementa: “[...] bem como para declarar que os §§ 3º e 4º desse mesmo artigo 276 [...] só são constitucionais com a interpretação que exclua da aplicação deles as funções ou os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeterem ao concurso aludido no artigo 37, II, da parte permanente da Constituição, ou referido no § 1º do artigo 19 do seu ADCT”); ADI-QO 234, rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 19.05.1997; ADI 1344, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19.04.1996.

A **inconstitucionalidade por arrastamento** ocorre quando parte da lei contraria outros preceitos ou outra parcela da lei, impedindo sua preservação.

A **declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade** reconhece-se a inconstitucionalidade da lei mas não se declara sua nulidade. Destina-se a preservar os efeitos de uma lei que se sabe e se reconhece como inconstitucional por razões de segurança jurídica e ou interesse social.

Na **omissão parcial com pronúncia de inconstitucionalidade** ocorre o isolamento da contaminação da inconstitucionalidade determinados efeitos da lei, em nome da proteção devida a seus destinatários por ela atingidos.

Na **norma em trânsito para a inconstitucionalidade** a norma analisada é constitucional, mas o STF reconhece que a permanecer essa situação em pouco tempo haverá a inconstitucionalidade.

No **apelo ao legislador**, realizado pelo Judiciário ao Legislativo há um reconhecimento de mora, de inércia pelo Judiciário e uma conclamação a que a lei seja produzida, normalmente em um prazo assinalado pelo STF.

A doutrina europeia alude ainda a decisões (a) de interpretação conforme à Constituição; (b) decisões aditivas, (c) substitutivas e (d) exortativas.

REFERÊNCIAS

ARGUELLES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de direito administrativo*, nº 250. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatória. *Revista jurídica da Presidência*,

nº 8, v. 1. Brasília, janeiro, 2000. Disponível em:
<<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1080/1063>>.

CARÍAS-BREWER, Allan R. La justicia constitucional como garantía de la Constitución. *La justicia constitucional y su internacionalización*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010. Tomo I.

CLÈVE, Merlin Clèmerson. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Doutrinas essenciais direito constitucional*. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Volume V.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: FGV Direito: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Ação Declaratória de Constitucionalidade: inovação infeliz. *Doutrinas essenciais direito constitucional*. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Volume V.

_____. La evolución político-constitucional de Brasil. *Revista estudios constitucionales de Chile*, nº 2. Chile: Universidad de Talca, 2008, Año 6.

_____. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, Damares. *A repercussão geral no STF*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Brasil e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas*. São Paulo: Malheiros Editores: ABCD, 2008. Volume 3.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

ROSENN, Keith. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. *Revista de direito administrativo*, nº 235. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas: Renovar, 2004.

SÁCHICA, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. 3. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

SARMENTO, Leonardo. *Controle de constitucionalidade e temáticas afins*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa. *Parlamento e Constitución: anuario*, nº 6, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de direito administrativo*, nº 250. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009.

TAKOI, Sérgio Massaru. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.