

PROCESSOS OBJETIVOS NO DIREITO BRASILEIRO: AÇÕES DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO FUNDAMENTAL

JOSÉ MARIA TESHEINER*
RODRIGO A. AZAMBUJA DA CUNHA**

RESUMO: Trata-se de um estudo sobre os processos objetivos no Direito brasileiro: a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a arguição de descumprimento fundamental, sustentando-se, porém, quanto a esta, que sua inclusão entre os processos objetivos implicou um desvio de rota, para fora do programa traçado pela Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Processos Objetivos. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

ABSTRACT: This is a study of the objective procedures in Brazilian Law: the direct action of unconstitutionality, the constitutionality-declaration action and the arguing of a fundamental precept's in compliance. As regards this last procedure, however, it is argued that its inclusion among the objective procedures results in a deviation which falls out of the program set out by the Constitution.

KEYWORDS: Objective procedures. Direct Action of Unconstitutionality. Constitutionality-Declaration Action. Arguing of a Fundamental Precept's Incompliance.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Declaratória de Constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Parâmetro de controle. 3. Legitimação ativa. 4. Procedimento. 5. Medida cautelar. 6. Decisão. 7. Efeitos da decisão. 8. Subsidiariedade da ação de descumprimento de preceito fundamental e fungibilidade. 9. A arguição de descumprimento de preceito fundamental como processo objetivo. Conclusão. Obras referidas.

SUMMARY: Introduction; 1. The object of the Direct Action of Unconstitutionality, constitutionality-declaration action and arguing of a fundamental precept's in compliance procedures; 2. Review parameter; 3. Active standing; 4. Procedure; 5. Cautionary Measure; 6. Ruling; 7. Ruling's effects; 8. Subsidiarity of the arguing of a fundamental precept's in compliance procedure and fungibility; 9. The arguing of a fundamental precept's in compliance as an objective procedure; Conclusion. Referenced works.

Artigo recebido em 12.09.2009 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 10.12.2009.

* Professor de Processo Civil da PUCRS e Desembargador aposentado do TJRS

** Advogado em Porto Alegre/RS

INTRODUÇÃO

Na jurisdição, em sentido clássico, a sentença declara a incidência de norma jurídica sobre fato. Excepcionalmente, há declaração só de fato, como no caso das ações declaratórias da falsidade ou autenticidade de documento. Nas ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, a decisão pronuncia-se apenas sobre norma, afirmando-a constitucional ou inconstitucional.

Diz-se que se trata de processos “objetivos”, isto é, sem partes. Mas há claramente um autor. E, como a decisão produz efeitos *erga omnes*, bem se poderia dizer que réus, nessas ações, são todos, como ocorre na ação de usucapião, em que se pede declaração de domínio *erga omnes*.

A negação da qualidade de parte a um autor, que pede em juízo, tem antecedente na doutrina da jurisdição voluntária, que nela afirma a existência de “interessados”, e não de “partes”.

Não há, quer nos “processos objetivos” quer na “jurisdição voluntária”, afirmação da existência de direito subjetivo, diferentemente do que ocorre na jurisdição contenciosa, havida como verdadeira e própria jurisdição.

Importante corrente doutrinária define a jurisdição voluntária como administração pública de interesses privados, dizendo que se trata, na verdade, de atividade administrativa, anormalmente exercida pelo Poder Judiciário, com observância da lei processual.

Com semelhante raciocínio, pode-se afirmar que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade constitui atividade essencialmente legislativa, exercida pelo Poder Judiciário, sob a forma de processo. Isso é particularmente verdadeiro no caso de inconstitucionalidade. Se a introdução de norma no Direito objetivo tem natureza legislativa, igual natureza há de ter o ato que dele o retira.

Explica-se, assim, a possível “modulação de efeitos da decisão”, com que se nega que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade devam necessariamente retroagir à data do ato impugnado. Admite-se, pelo contrário, que se possam produzir a partir da data da declaração de inconstitucionalidade (efeitos *ex nunc*) ou de outro momento, mesmo futuro.

Podem-se apontar, então, três espécies de jurisdição: a jurisdição em sentido clássico, declaratória de direitos subjetivos; a jurisdição voluntária, atividade materialmente administrativa; a jurisdição dos processos objetivos¹, materialmente legislativa.

A jurisdição constitucional, em sentido lato, compreende: a *jurisdição da liberdade* (ações constitucionais: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública); o *controle constitucional difuso*, exercido pelos juízes e tribunais em geral, e, em grau de recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal; o *controle abstrato*, compreendendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade e, eventualmente, a arguição

¹ O processo objetivo “não se submete aos princípios próprios do processo subjetivo, tais quais o do devido processo legal e do juiz natural (...)”. (SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista Consulex, nº 99, fev/2001, p. 50)

de descumprimento de preceito fundamental, cujo enquadramento entre os processos objetivos exige uma análise, que se fará na seqüência do presente artigo.²

1. OBJETO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE E DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Nos termos do artigo 102 da Constituição, a Ação Direta de Constitucionalidade tem por objeto lei ou ato normativo *federal*; o objeto da ação declaratória de inconstitucionalidade é mais amplo: lei ou ato normativo *federal ou estadual*.

A Constituição não determina o objeto da ação de descumprimento de preceito fundamental. Limita-se a estabelecer a competência do Supremo Tribunal Federal (art. 101, III, § 1º), mas a Lei 9.882/1999 deixa claro que essa ação pode ter por objeto lei ou ato normativo *federal, estadual ou municipal* (art. 1º, parágrafo único).³

Diferentemente do que ocorre com as ações declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental não precisa necessariamente ter natureza normativa. O artigo 1º, caput, da Lei citada refere-se simplesmente a “ato do Poder Público” de que resulte ameaça ou lesão a preceito fundamental. Ora, ato que implique descumprimento de preceito fundamental ocorre no mundo dos fatos, do que decorre a integração da ação correspondente nos processos subjetivos. Mas a ação cabe também “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (Lei cit., art. 1º, parágrafo único), o que a integra entre os processos objetivos, cujo sistema completa, ao incluir em seu objeto atos normativos municipais e atos normativos anteriores à Constituição, excluídos do âmbito das ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Alexandre de Moraes denomina essa hipótese de cabimento da ação de “arguição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação”, sustentando sua inconstitucionalidade:

“O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal que, conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. (...). Note-se que foi criada pela Lei nº 9.882/99 a possibilidade de um dos co-legitimados argüir ao Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, fora das hipóteses cabíveis no controle concentrado,

² Tem-se dito que a ADPF surgiu com o intuito de *aperfeiçoar* o sistema de controle de constitucionalidade. Segundo Lênio Streck, a ADPF “veio a preencher lacuna existente em nosso ordenamento, naquilo que pertine ao que se denomina de inconstitucionalidade superveniente”. (STRECK, Lênio Luiz. *Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise da eficácia da Constituição*. Revista da Ajuris, nº 81, mar/2001, p. 109). Em sentido análogo: SARLET, Ingo Wolfgang. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental – alguns aspectos controvertidos*. Revista da Ajuris, nº 84, dez/2001, p. 122; SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista de direito administrativo, v. 1. Ed. Renovar, Rio de Janeiro: 2001, p. 103), dentre outros.

³ Pende no STF a ADI 2.231, impugnando a Lei 9.882/99, instituidora da ADPF.

quais sejam – controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo municipal e controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição Federal. (Comentários à Lei nº 9.882/99 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (org). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo, Atlas, 2001. p. 15-37).

Contrariamente a esta posição, Daniel Sarmento:

“A Constituição Federal limitou apenas o cabimento da ADIN às normas federais e estaduais, mas não estendeu este regramento a todos os mecanismos de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Não há qualquer restrição ao controle de atos normativos municipais no art. 102, § 1º, da C.F., e não há porque traçar, neste particular, qualquer analogia entre a ADPF e a ADIN. Até porque, uma das razões que motivou a criação da ADPF foi a sua possibilidade de atingir situações que os outros mecanismos já existentes de controle de constitucionalidade não tinham aptidão de alcançar”.⁴

Cabe arguição de descumprimento de preceito municipal para impugnar norma municipal já revogada. Todavia, na Arguição de nº 83-1, o Supremo Tribunal Federal não conheceu da ação. Tratava-se de acordo coletivo do trabalho, havido por infringente do preceito fundamental da autonomia municipal, já inexitosamente impugnado em ações anteriores, com sentenças trânsitas em julgado. Entendeu o Tribunal que, sendo uno o ato, não poderia ser cindido, julgando-se válido para alguns trabalhadores e não para outros. Mas, como bem observou o Min. Gilmar Mendes, isso acontece com todas as leis com problemas de inconstitucionalidade. Outro argumento, para rechaçar a ação, foi o de que a ação de descumprimento de preceito fundamental não é substitutiva de embargos à execução. Também esse argumento não procede, porque eventual declaração de inconstitucionalidade apenas serviria de título para a invocação do art. 741, § único, do Código de Processo Civil (com a redação da Lei nº 11.121/2005). Na verdade, o Tribunal não quis criar tratamento desigual entre trabalhadores, beneficiados uns, e outros não, pela coisa julgada. O importante, a reter do acórdão, é o descabimento da ação de descumprimento de preceito fundamental para atacar coisa julgada e, sobretudo, a chamada coisa soberanamente julgada, quando incabível até mesmo ação rescisória.

O conteúdo da expressão “ato normativo” pode explicitar-se com os casos de cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Sem dúvida, emenda constitucional é ato normativo, cuja inconstitucionalidade pode ser declarada, por violação a cláusula pétrea da Constituição. Na verdade, a Constituição estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto,

⁴ SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista de Direito Administrativo, v. 1. Ed. Renovar, Rio de Janeiro: 2001, p. 103.

universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º).

Mas a proposta de emenda constitucional, enquanto mera proposta, não é, ainda, ato normativo.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal:

O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou – como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite – o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Ato normativo “*in fieri*”, ainda em fase da formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe –ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante – a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo – que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva –, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que, de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional – e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão – que a Ação Direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. (STJ, Plenário, ADIN 466-2/DF, Min. Celso de Mello, Relator, J. 3.04.1991).

Todavia, nesse mesmo acórdão acenou-se para a possibilidade de proibição judicial através de mandado de segurança, invocando-se como precedente o Mandado de Segurança nº 20.257, Min. Moreira Alves, relator para o acórdão, julgado em 8.10.1980, assim ementado:

Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da república. Cabimento de mandado de segurança em hipótese em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação ou a sua deliberação. Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

O Supremo Tribunal Federal não tem admitido Ação Direta de Inconstitucionalidade tendo por objeto lei de efeitos concretos, que não são atos normativos (gerais e abstratos), mas são leis em sentido formal. Essa orientação é criticada por Gilmar Ferreira Mendes, especialmente em se tratando de lei orçamentária ou que institua empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública.⁵

O STF tem tratado a chamada inconstitucionalidade superveniente, não como questão constitucional, mas como tema de direito intertemporal. A orientação poderia ter sido outra, uma vez que constituição e lei encontram-se em níveis de diferente hierarquia; lei geral (como a Constituição) não revoga lei especial; cabe recurso extraordinário por contrariedade de lei anterior à Constituição atual. É certo, porém, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ter por objeto lei anterior à Constituição, a confirmar a hipótese de que constitui nova espécie de processo objetivo, apta a apanhar em seu bojo hipóteses que escapam ao âmbito das ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

Revogado ato, fica prejudicada a ADI, orientação também criticada por Mendes.⁶

A revogação do ato normativo impugnado ocorrida posteriormente ao ajuizamento da Ação Direta, mas anteriormente ao seu julgamento, a torna prejudicada, independentemente da verificação dos efeitos concretos que o ato haja produzido, pois eles têm relevância no plano das relações jurídicas individuais, não, porém, no do controle abstrato das normas” (ADI 737-8, Min. Moreira Alves, Relator, J. 16.09.93, PDT x art. 7º da Lei 8.149/92 – valor do salário mínimo).

Não fica excluído, porém, o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, exatamente para afastar os efeitos concretos que o ato haja produzido. A transcendência da hipótese, além do plano das relações individuais, não constitui requisito dessa ação, no que ela mais se aproxima mais das ações individuais do que se insere nos processos objetivos.

Cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade contra medida provisória (ato normativo). Sua conversão em lei não prejudica a ação. Contudo, havendo reedição, exige-se aditamento. A ação resta prejudicada, se ela não é aprovada, ou se aprovada com alterações (mesmo meramente formais), orientação esta criticada por Mendes.⁷

Cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade contra decreto legislativo (ato normativo). Não é preventiva a ação proposta contra decreto legislativo que aprova tratado internacional (Gilmar Ferreira Mendes⁸).

Cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade contra decreto do Poder Executivo (ato normativo). Todavia, o Supremo Tribunal Federal não a admite contra decreto regulamentar, porque não haveria ofensa direta à Constituição, orientação criticada por Mendes, porque se o regulamento vai além da lei, há violação do princípio da legalidade.⁹

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 161 e ss.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 173 e ss.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 174 e ss.

⁸ *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 172.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 180 e ss.

Se do decreto regulamentar resulta lesão a preceito fundamental, cabe a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas não ação declaratória de constitucionalidade contra norma de Constituição estadual.

Ambas as ações podem ter por objeto ato normativo federal, editado por pessoa jurídica de direito público, regimento interno de tribunal¹⁰, parecer com força normativa, tais como os da Consultoria-Geral da República, aprovados pelo Presidente da República¹¹.

Há, ainda, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. A Constituição dispõe que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (art. 103, § 2º).

O dispositivo traça claro limite à atuação jurisdicional, diretamente relacionado com o princípio da separação dos Poderes, na medida em que, declarada a omissão legislativa, a consequência será a mera comunicação ao Parlamento “para a adoção das providências necessárias”. Assim, o Judiciário não substitui o Legislador, editando, em lugar dele, a norma reclamada pela Constituição. Tampouco poderá constringer o Legislativo, através de *astreintes* ou de outra medida coercitiva.

Aliter, em mandado de injunção, em que a mais recente orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido da possibilidade de o Poder Judiciário suprir a falta de norma do Congresso Nacional, quando exigida pela Constituição (Ver, por exemplo, o MI 670, Rel. p/o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 25.10.2007, sobre a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos).

2. PARÂMETRO DE CONTROLE

Parâmetro de controle é a Constituição vigente; não, portanto, norma constitucional revogada. Incluem-se, todavia, entre os parâmetros de controle, os princípios constitucionais, ainda que implícitos, notadamente o da razoabilidade ou o da proporcionalidade (Gilmar Ferreira Mendes¹²).

Incluem-se, entre as normas constitucionais, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, já que equivalentes às emendas constitucionais (Const. art. 5º, LXXVIII, § 3º, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Normas de Direito Natural constituem parâmetro de controle apenas na medida em que recebidas pela Constituição.

Ofensa indireta à Constituição, não autoriza Ação Direta.

¹⁰ Exemplo: ADI 1.662-7, Rel. Min. Maurício Correa, J. 30.08.2001. Governador do Estado de São Paulo versus Instrução Normativa n. 11, do TST.

¹¹ Exemplo: ADI 4-7, Rel. Sidney Sanches, J. 7.03.1991.

¹² *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 186 e ss.

A Constituição da República, em tema de Ação Direta, qualifica-se como o único instrumento normativo revestido de parametricidade, para efeito de fiscalização abstrata de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Ofensa indireta à Constituição não autoriza Ação Direta de Inconstitucionalidade. (ADI 1.347-5, Rel. Min. Celso de Mello, J. 5.10.1995).

Na arguição de preceito fundamental, faz-se o confronto entre a norma ou o ato impugnado e “preceito fundamental”, expressão de conteúdo aberto, que permite variações de seu campo de abrangência.¹³ Pode entender-se que toda norma consagrada na Constituição constitui, por isso mesmo, preceito fundamental. Pode entender-se, também, que apenas algumas normas constitucionais têm a natureza de preceito fundamental ou, pelo contrário, que um preceito pode ser fundamental, ainda que não integre a Constituição.

O certo é que, seja qual for a extensão que se venha dar ao conceito, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais aos direitos e garantias individuais, às cláusulas pétreas da Constituição e aos chamados “princípios sensíveis”.¹⁴

3. LEGITIMAÇÃO ATIVA

Conforme dispõe o artigo 2º da Lei nº 9.882, podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ora, a Constituição Federal dispõe:

Art. 103. Podem propor a Ação Direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹³ Assevera Lênio Streck, com apoio em José Afonso da Silva, que “preceitos fundamentais” não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’. É mais ampla, abrangendo a estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais”. (STRECK, Lênio Luiz. *Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise da eficácia da Constituição*. Revista da Ajuris, nº 81, mar/2001, p. 110).

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80.

Segue-se, pois, que há identidade dos legitimados, no tocante às três ações: a direta de inconstitucionalidade, a declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Essa é mais uma razão para a integração da arguição de descumprimento de preceito fundamental entre os processos objetivos.

A limitação dos legitimados à propositura dessa ação tem alguma razão de ser na hipótese de controvérsia jurisprudencial (hipótese do artigo 1º, parágrafo único). Mas não se apresenta lógica no caso de ameaça ou lesão a preceito fundamental, em que a legitimação deveria ser do prejudicado, como ocorre nos processos subjetivos.

A conseqüência é que, dos prejudicados, poderão valer-se dessa ação somente os que, por especial razão, como prestígio político, financeiro, econômico ou social, por relações de família ou pressão da imprensa, possam obter o favor da atuação de algum legitimado.¹⁵

Dentre os legitimados, alguns o são qualquer que seja a norma impugnada. São os legitimados universais. De outros, o Supremo Tribunal Federal tem exigido “relação de pertinência”, entre a natureza do requerente e a da matéria debatida. São os legitimados especiais. Assim, “a Mesa da Assembléia Legislativa do Amazonas não terá direito a propor Ação Direta de inconstitucionalidade sobre lei que diga respeito à remuneração dos servidores do Estado de São Paulo” (Ives Gandra da Silva Martins¹⁶).

Quanto ao Presidente da República, legitimado universal, observa-se que a sanção da lei não impede que o chefe do Poder Executivo proponha a ação (ADI 807, Rel. Min. Celso de Mello). A objeção de que, nesse caso, o Presidente da República seria, simultaneamente, autor e réu, é afastada com a consideração de que se trata de processo objetivo, sem partes, como acentua a doutrina alemã.

Do Conselho Federal da Ordem dos Advogados não se exige o requisito da pertinência temática (Ives Gandra da Silva Martins¹⁷).

Também não se o exige de partido político (Medida Cautelar na ADI 1.396-3, Min. Marco Aurélio, Relator, j. 7.02.1996). Representado pelo Presidente de Seu Diretório Nacional, pode impugnar qualquer ato normativo, independentemente de seu conteúdo material. (ADI 1.096, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.03.1995).

De Governador de Estado, o STF tem exigido relação de pertinência com a pretensão formulada (ADI 902, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.03.1994). Ele tem capacidade postulatória (ADI 120-5, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.03.1996), como todos os mencionados no artigo 103, I a VII, da Constituição (ADI 127 - Questão de Ordem – Medida cautelar).

¹⁵ Vale lembrar o “caso Sean”, em que um partido político ajuizou ADPF, que não foi conhecida pelo STF. O menino “Sean”, norte-americano, residia no Brasil, com a mãe que veio a falecer. O pai biológico requereu a guarda da criança, disputando-a com o padrasto brasileiro.

¹⁶ In: MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 70.

¹⁷ In: MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 71.

Por falta de pertinência temática, negou-se legitimidade à Confederação dos Servidores Públicos do Brasil e Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte para impugnar dispositivos referentes ao regime de arrecadação do “Simples Nacional”. (ADI 3906, AgR, Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, J. 07.08.2008).

Das entidades sindicais, apenas as confederações têm legitimidade ativa (ADI 505, Moreira Alves, 20.06.1990). Entende-se por “confederação” a que atende aos requisitos do artigo 535 da Consolidação das Leis do Trabalho. Por isso, não tem legitimidade a Federação Nacional dos Administradores-FENAD – (ADI 3762, AgR, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, J. 26.10.2006).

Várias são as restrições impostas pelo Supremo Tribunal Federal, relativamente à legitimação ativa de entidades de classe: como tais, não se qualificam as que, congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações; pessoas jurídicas de direito privado, que reúnam, como membros integrantes, associações de natureza civil e organismos de caráter sindical, desqualificam-se – precisamente em função do hibridismo dessa composição – como instituições de classe; reclama-se a participação, nelas, dos próprios indivíduos integrantes de determinada categoria, e não apenas das entidades privadas constituídas para representá-los; entidades internacionais, que possuam Seção brasileira no território nacional, não se qualifica como instituição de classe; composição heterogênea de associação, reunindo pessoas vinculadas a categorias radicalmente distintas, descaracteriza-se como entidade de classe; excluem-se, portanto, instituições integradas por membros vinculados a estratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, revelem-se contrastantes; a entidade há de ser nacional, com atuação transregional e existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação, por aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (ADI 79, Relator, Min. Celso de Mello, J. 13.04.1992).

Assim, não têm legitimidade: a União Nacional de Estudantes-UNE (ADI 894-3, rel. Min. Néri da Silveira); a Associação dos Ex-Combatentes do Brasil (ADI 1.090-5, Rel. Min. Néri da Silveira); a Federação das Associações de Militares da Reserva Remunerada, de Reformados e de Pensionistas das Forças Armadas e Auxiliares (ADI 993, Celso de Melo, 23.10.1994); a Associação Brasileira de Consumidores (ADI 1.693, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.10.1997), esta porque todos são consumidores. Também não têm legitimidade: a Associação Brasileira de Indústria Gráfica-ABRIGRAF -, porque representa apenas um segmento industrial, o das indústrias gráficas (ADI 4057 – AgR – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 14.08.2008; a Associação Brasileira de Gastronomia, Hospitalidade e Turismo, por não constituir entidade de classe de âmbito nacional, segundo os critérios jurisprudenciais de sua caracterização (ADI 3850, AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 1º.08.2007).

Reconhecida foi a legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB - (Medida Cautelar na ADI 138, Rel. Min. Sydney Sanches, J. 14.02.1990), da Associação Nacional dos Advogados da União (ADI 2713, Min. Ellen Gracie, J. 18.12.2002) e da Associação Nacional dos Defensores Públicos-ANADEP (ADI 2903, relator Min. Celso de Mello, J. 1º.12.2005).

4. PROCEDIMENTO

Sobre a petição inicial dispõem: para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, os artigos 3º e 4º, da Lei 9.868/99; os artigos 14 e 15 da mesma lei, para a ação declaratória de constitucionalidade; os artigos 3º e 4º da Lei 9.882/99, para a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Na petição inicial da arguição de preceito fundamental fundamentada em ameaça ou violação de preceito fundamental, exige-se prova da violação do preceito fundamental, o que aproxima essa hipótese dos processos subjetivos, fundados, via de regra, em fatos que precisam ser comprovados.

Na ação declaratória de constitucionalidade, assim como na ação de descumprimento do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9882/99, a inicial deve comprovar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do dispositivo objeto da ação. Controvérsia doutrinária não autoriza a propositura da ação. Gilmar Mendes advoga o entendimento do cabimento da ação de constitucionalidade se os tribunais pronunciam (unanimemente) a inconstitucionalidade: “Assim, a exigência de demonstração de controvérsia judicial há de ser entendida, nesse contexto, como relativa à existência de controvérsia jurídica relevante capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa”.¹⁸

A procuração deve conter poderes específicos para atacar a norma impugnada (ADI 2.187-7, Rel. Min. Octávio Gallotti, J. 15.07.2000).

O pedido é essencial para a jurisdição constitucional, uma vez que dele depende, em determinada medida, a qualificação de órgão decisório como um Tribunal. A *forma judicial* constitui característica peculiar que permite distinguir a atuação da jurisdição constitucional de outras atividades, de cunho meramente político. (Gilmar Ferreira Mendes¹⁹). Mas, “a despeito da necessidade legal da indicação dos fundamentos jurídicos na petição inicial, não fica o STF adstrito a eles na apreciação que faz da constitucionalidade dos dispositivos questionados”. (Gilmar Ferreira Mendes²⁰).

O STF tem admitido a requisição das informações ao órgão de que emanou o ato ou a medida impugnada (Gilmar Ferreira Mendes²¹).

O aditamento é exigido com relação às medidas provisórias reeditadas ou convertidas em lei.

Petição inicial inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, pode ser liminarmente indeferida pelo relator, decisão de que cabe agravo (Lei nº 9.868/99, arts. 4º e 15; Lei 9.882/99, art. 4º, § 2º).

Proposta a ação, não se admite desistência, nas ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade (Lei 9.868/99, arts. 5º e 16). A Lei 9.882/99 é omissa quanto

¹⁸ In: MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 270.

¹⁹ *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 85.

²⁰ In: MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 147.

²¹ In: MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 151.

à desistência em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Na ação de inconstitucionalidade, o relator pede informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, as quais devem ser prestadas no prazo de trinta dias (Lei 9.868/99, art. 6º). Omissa, no ponto, a Lei 9.868/99, quanto à ação declaratória de constitucionalidade. Na arguição de descumprimento de preceito fundamental, apreciado o pedido de liminar, o relator solicita informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, as quais devem ser prestadas no prazo de dez dias (Lei 9.882/99, art. 6º).

Não se admite intervenção de terceiros (Lei 9.868/99, arts. 7º e 18). Contudo, nas ações de inconstitucionalidade, o relator pode, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de órgãos ou entidades por ele indicados (Lei 9.868/99, art. 7º, § 2º). Na arguição de descumprimento de preceito federal, pode o relator autorizar sustentação oral e juntada de memórias de interessados no processo, bem como designar perito ou comissão de peritos ou, ainda, determinar a realização de audiência pública (Lei 9.882/99, art. 6º, §§ 2º e 3º).

Na arguição de preceito fundamental n. 54-8, em que se discutia sobre a existência de crime, na hipótese de aborto de feto anencéfalo, Paulo Restiffe Neto requereu sua admissão como curador dos nascituros, o que foi indeferido, dizendo-se não haver espaço para curatela em processo objetivo. (STF. Pleno, Segundo Ag. Reg. na arguição de descumprimento de preceito fundamental 54-8, Min. Marco Aurélio, relator, J. 26.11.2008).

Ouvem-se, no caso da ação de inconstitucionalidade, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República (Lei cit., art. 8º); no caso da ação de constitucionalidade, apenas o Procurador-Geral da República é ouvido (Lei cit., art. 19). Quanto à ação de descumprimento de preceito fundamental, a Lei 9.882/99 dispõe sobre a abertura de vista ao Ministério Público, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações (art. 7º, § único).

O Advogado-Geral da União deve defender a norma (ADI 72, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

O Procurador-Geral fala como fiscal da lei, mesmo quando haja proposto a ação (ADI 97 – Questão de Ordem, Rel. Min. Moreira Alves).

No controle abstrato de normas, o Tribunal não exerce atividade jurisdicional. Trata-se de processo objetivo (Rp. 1.405, Moreira Alves). Não há réu. A Constituição determina que se cite o Advogado-Geral da União, em seu Art. 103, § 3º: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, “a obrigação do Advogado-Geral da União de defender, em qualquer hipótese, o ato inconstitucional, não encontra apoio na Constituição e viola o princípio da fidelidade constitucional enquanto postulado constitucional imanente”.²²

²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 43.

A seguir, lançado o relatório, o relator pede dia para o julgamento. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, pode o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Pode, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. (Lei 9.868/99, arts. 9º e 20; Lei 9.882/99, art. 6º, § 1º e 7º).

5. MEDIDA CAUTELAR

As ações diretas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, assim como a arguição de descumprimento de preceito fundamental, admitem medida cautelar (mais precisamente: antecipatória), concedida pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal. No caso de inconstitucionalidade, suspende-se a vigência da lei, via de regra com eficácia *ex nunc*. No caso de ação declaratória da constitucionalidade, expede-se ordem, suspendendo o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo (Lei 9.868/99, arts. 10º e 21; Lei 9.882/99, arts. 5º e § 3º).

Ives Gandra Martins sustenta, a nosso ver com inteira razão, que a liminar, concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, suspende definitivamente a aplicação da lei. Sua revogação posterior não autoriza a aplicação da lei relativamente a fatos ocorridos durante a suspensão. Argumenta com o exemplo do ICM: o contribuinte, liberado, por liminar, do recolhimento do tributo, não teria, revogada a liminar, de transferi-lo para o contribuinte de fato.²³

A liminar tem eficácia a partir da publicação ou, havendo urgência, a partir da comunicação, por telegrama, à autoridade (Martins²⁴).

Dela cabe agravo regimental, ainda que sujeita a referendo (STF, Pleno, ADPF-AgR 79, Min. Cezar Peluso, Relator, J. 18.06.2007).

6. DECISÃO

A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros (Lei 9.868/99, art. 22; Lei 9.882/99 art. 8º).

Efetuada o julgamento, proclamar-se a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de Ação Direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade (Lei 9.868/99, art. 23). Não sendo alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, havendo Ministros ausentes, suspende-se o julgamento, a fim de aguardar-se o comparecimento, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido (Lei 9.868/99, art. 23, § único).

²³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 185-9.

²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 202.

Proclamada a constitucionalidade, julgar-se improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou procedente a ação declaratória de constitucionalidade. Proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou improcedente a ação declaratória de constitucionalidade.

A decisão é irrecurável, não sendo, tampouco, suscetível de rescisão. Cabem embargos declaratórios. (Lei 9.868/99, art. 26; Lei 9.882/99, art. 12).

São variantes da declaração de inconstitucionalidade: a declaração de nulidade total como unidade técnico-legislativa, como no caso de vício de iniciativa; a de nulidade total, em virtude de relação de dependência ou de interdependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais do dispositivo impugnado; a de nulidade parcial, suposto que não exista dependência ou interdependência entre as partes e que, do texto recortado não resulte norma contrária à vontade do legislador, criando-se “lei nova”; a de nulidade parcial sem redução do texto, como no caso de declarar-se inconstitucional a cobrança de tributo no exercício financeiro em que foi criado (Súm. 67) ou de julgar-se improcedente a ação, desde que adota tal e não outra interpretação²⁵.

Não se confundem “declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto” e “interpretação conforme a Constituição”. Esta não é senão modalidade de interpretação sistemática, não exigindo, nos Tribunais locais, remessa ao Órgão Especial. Na declaração de nulidade sem redução do texto, há expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo, sem alteração do texto legal; na interpretação conforme à Constituição, declara-se, pelo contrário, que a lei é constitucional, com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial (Gilmar Ferreira Mendes²⁶).

7. EFEITOS DA DECISÃO

É declaratória ou constitutiva negativa a sentença que julga procedente Ação Direta de Inconstitucionalidade?

Na doutrina americana do controle difuso, acolhida no Brasil, trata-se de declaração de nulidade: “*the unconstitutional statute is not law at all*”.

Na doutrina de Kelsen, do controle concentrado, trata-se de anulabilidade, facultando-se ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período de tempo haveria de ser considerada como fato eficaz, apto a produzir conseqüências.

O tema tornou-se controvertido, no Brasil, tendo em vista o disposto no art. 27 da Lei 9.868/99:

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.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 277-8.

²⁶ *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 286.

Segundo Teori Albino Zavascki, a eficácia *ex nunc* da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, não infirma a tese da nulidade da lei inconstitucional. Ao manter atos com base nela praticados, o Supremo não declara sua validade, nem assume a função de “legislador positivo”, mas exerce típica função jurisdicional:

Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedora de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e esse é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima. Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional.²⁷

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a tese da anulabilidade não se compadece com o poder de qualquer juiz de declarar a inconstitucionalidade, o que supõe a nulidade. O postulado da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional. Isso, porém, não impede o desenvolvimento de fórmulas intermediárias (como as que se converteram em lei).²⁸

Data venia, a premissa é falsa. No controle difuso, o juiz não declara a nulidade da lei, porque ela não pode ser nula para uns e para outros não. O que ele, na verdade, declara é a inaplicabilidade da lei às partes às quais é dada a sentença, o que caracteriza hipótese de ineficácia, não de nulidade.

A tese tradicional, da natureza declarativa da sentença, com eficácia necessariamente *ex tunc*, ajusta-se ao modelo de controle difuso da constitucionalidade, com eficácia restrita às partes. Nessas ações, a parte que afirma a inconstitucionalidade depende, via de regra, da eficácia *ex tunc* da sentença, para que a declaração pretendida produza, no caso, efeitos práticos.

É diversa a situação, no controle abstrato de constitucionalidade. A sentença tem, aí, natureza para-legislativa; natural, pois, que produza, de regra, efeitos *ex nunc*.

Por isso, dever-se-ia até mesmo inverter a regra e exigir maioria especial, não para atribuir à sentença efeitos *ex nunc*, mas para atribuir-lhe efeitos *ex tunc*, pois são inúmeras as situações em que se apresenta desarrazoada a eficácia retroativa da decisão.

A sentença, abstrata, não desconstitui, automaticamente, direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada, fundados na lei declarada inconstitucional. “Os atos não mais suscetíveis de revisão”, diz Gilmar Ferreira Mendes, não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade, mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão.²⁹

²⁷ ZAVASCHI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 49-50.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 264-5.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 271.

Mas o artigo 741, parágrafo único, do CPC, estabelece a inexigibilidade, em execução judicial, de crédito fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal (Redação da Lei 11.232/2005).

A legislação ordinária admite a modulação dos efeitos, podendo, pois, a inconstitucionalidade ter eficácia futura. É o caso da lei “ainda constitucional”. Gilmar Ferreira Mendes aponta, como exemplos, decisões do Supremo Tribunal Federal admitindo prazo em dobro para a defensoria pública até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público e reconhecendo legitimidade ativa ao Ministério Público para promover a execução civil da sentença penal condenatória, onde não houver Defensoria Pública.³⁰ Na ADI 3022, julgada em 2.08.2004, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional norma que atribuía à Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul a assistência judicial a servidores processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais, estabelecendo, porém, que os efeitos dessa decisão passariam a valer a partir do dia 31 de dezembro daquele ano.

Ingo Sarlet põe em dúvida a constitucionalidade da modulação de efeitos, apontando os seguintes fundamentos para sustentar a inconstitucionalidade desse acréscimo de poderes outorgado ao Supremo Tribunal Federal por lei infraconstitucional:

– No Direito Comparado, o efeito vinculante e a flexibilização dos efeitos encontram-se previstos na própria Constituição ou foi regulamentado por lei, mas com expressa delegação constitucional.

– Trata-se de matéria tipicamente constitucional, não sendo razoável que se atribua a maioria simples e transitória do Congresso Nacional decisão sobre questões tão relevantes para a ordem jurídico-constitucional.

– Outorgou-se ao Supremo Tribunal Federal uma margem de arbítrio sem precedentes e virtualmente sem paralelo no direito constitucional, permitindo-lhe fixar qualquer momento, passado, presente ou futuro, para que a declaração de inconstitucionalidade passe a gerar efeitos. Assim, apenas para exemplificar, tributo manifestamente inconstitucional poderá continuar sendo cobrado meses ou mesmo anos após formal declaração de sua inconstitucionalidade.

(Ingo Wolfgang Sarlet (Arguição de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (org). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo, Atlas, 2001. p. 150-71).

A sentença proferida em ação abstrata tem eficácia contra todos e efeito vinculante, como dispõe o artigo 102, § 2º, da Constituição:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 295-301.

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 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

O artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, estabelece:

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.

Segundo Mendes, o efeito vinculante, instituto desenvolvido no Direito Alemão, significa mais do que força de lei ou força de coisa julgada, por implicar eficácia, não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes.

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros. Outras correntes doutrinárias sustentam que, tal como a coisa julgada, o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva da decisão, de modo que, do prisma objetivo, não haveria distinção entre a coisa julgada e o efeito vinculante³¹.

Diz mais:

Independentemente de se considerar a eficácia *erga omnes* como simples coisa julgada com eficácia geral ou de se entender que se cuida de instituto especial que afasta a incidência da coisa julgada nesses processos especiais, é certo que se cuida de um instituto processual específico do controle abstrato de normas e, portanto, que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal, ficam também os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir a orientação fixada pelo próprio guardião da Constituição³². ().

Tratando do tema com vistas à ação de descumprimento de preceito fundamental, diz Gilmar Ferreira Mendes:

Se entendermos, como parece recomendável, que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, poderemos dizer, com tranqüilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade no município 'A', mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderão ser aplicadas" (Arguição de descumprimento de preceito fundamental:

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 339.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*: 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 293.

parâmetro de controle e objeto. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (org). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo, Atlas, 2001. p. 128-49).

O efeito vinculante não vincula o próprio STF. Veja-se o artigo 102, § 2º, da Constituição: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”³³

Em particular, é possível posterior declaração de inconstitucionalidade, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, havendo mudança das circunstâncias fáticas ou relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.³⁴

A eficácia vinculante impede a edição de norma posterior idêntica (ADI 864, Moreira Alves, relator). Todavia, em sentido contrário, já se decidiu que a eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Constitucionalidade ou de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão (STF, Pleno, Recl. 2617, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 23.02.2005).

8. SUBSIDIARIEDADE DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E FUNGIBILIDADE

Nos termos do § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99, “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Já se observou que se esse outro meio de sanar a lesividade incluísse as ações individuais, dificilmente haveria caso de cabimento de ação de descumprimento de preceito fundamental. Obrigatória, então, a conclusão de que o cabimento dessa ação estaria condicionado ao descabimento de Ação Direta de Declaração de Constitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade.

Nessa linha de pensamento, inegável o enquadramento da ação de descumprimento de preceito fundamental entre os processos objetivos.

Confirma esse entendimento a orientação do Supremo Tribunal Federal, admitindo a aplicação do princípio da fungibilidade, conhecendo-se de uma ação por outra. Assim, por exemplo, na Questão de Ordem em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Rel. Min. Ellen Gracie, julgada em 1º/junho/2005. Tendo sido proposta arguição de descumprimento de preceito fundamental pelo Governador do Estado do Maranhão, considerada incabível, tendo em vista o disposto no artigo 4º,

³³ Nesse sentido: Gilmar Ferreira Mendes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 342.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 295.

§ 1º, da Lei 9.882/99 (“Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”), disse a Relatora:

... não obstante tenha o argüente afirmado, em sua inicial, ser incabível, no caso, Ação Direta de Inconstitucionalidade, dada a natureza infralegal do ato contestado, a ensejar, quando muito, a ofensa oblíqua ao texto constitucional, esse entendimento possui temperamentos, sendo imprescindível a análise individualizada da norma que se pretende contestar.

.....
Constato (...) que a presente ação satisfaz todos os elementos necessários à propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade: (a) o autor, Governador do Estado, é um dos legitimados arrolados no art. 103, V, da CF; (b) tem a ação como objeto espécie de ato normativo já admitido pela jurisprudência da Casa em ADI; (c) tem como fundamento a violação de dispositivos constitucionais vigentes; (d) pede-se a declaração de violação a normas constitucionais e a retirada do ato atacado do ordenamento jurídico.

Assim sendo, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação como ADPF, pela existência de outro meio eficaz, sendo evidente o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da Ação Direta de Inconstitucionalidade e, ainda, demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente a conflito surgido entre dois Estados da Federação, resolve a presente questão de ordem propondo o aproveitamento do feito como Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ela aplicando, desde logo, o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99.

9. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO PROCESSO OBJETIVO

A doutrina parece unânime na caracterização da arguição de descumprimento de preceito fundamental como processo objetivo.

Diz Lênio Luiz Streck que “a nova ação veio preencher lacuna existente em nosso ordenamento, naquilo que pertine ao que se denomina de **inconstitucionalidade superveniente**”;³⁵ que se apresenta “como um *plus* em relação ao modelo de controle de constitucionalidade (concentrado misto com difuso) vigorante em nosso sistema jurídico”.³⁶

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “entre a arguição de descumprimento de preceito fundamental e as demais ações de controle abstrato e concentrado, existe uma espécie de ‘zona comum em tese’”.³⁷ Diz mais:

³⁵ STRECK, Lênio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise da eficácia da Constituição. Revista da Ajuris, nº 81, mar/2001, p. 109.

³⁶ Idem, p. 113.

³⁷ Ingo Wolfgang Sarlet (Arguição de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (org). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 119.

(...) não há como proceder a um exame completamente isolado da arguição de descumprimento, também pelo fato de se cuidar, em verdade, de uma nova modalidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, muito embora na sua origem – isto é, como pressuposto para sua propositura – encontremos um ato determinado (que poderá não ser necessariamente de cunho normativo) violador de algum preceito fundamental da Constituição.³⁸

(...) em verdade muito mais próximos do controle concentrado do que do controle difuso e incidental, constituindo-se, portanto, a exemplo das demais ações do controle abstrato, tendencialmente um instrumento (processo objetivo) de defesa da ordem constitucional.³⁹

Afirma Daniel Sarmento:

A arguição autônoma constitui típica hipótese de processo objetivo.⁴⁰

... não vislumbramos nisso qualquer inconstitucionalidade, porque o STF já deixou assentado, no julgamento proferido na ADCON nº 1-1 DF, que as garantias constitucionais do contraditório a ampla defesa não se estendem aos processos de índole objetiva, cuja finalidade não é a tutela de direitos, mas a proteção da higidez da ordem constitucional.⁴¹

No que tange ao pólo passivo, entendemos que, diante do seu caráter predominantemente objetivo, a ADPF é uma ação sem réu. Pode-se, no máximo, considerar que as entidades responsáveis pelo ato impugnado sejam os legitimados passivos, constituindo, no entanto, parte em sentido meramente formal.⁴²

Diz Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho:

(...) a arguição de descumprimento de preceito fundamental é instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, que, **como espécie de processo objetivo**, não se submete aos princípios próprios do processo subjetivo, tais quais o do devido processo legal e do juiz natural (...).

(...) em se tratando de um processo objetivo de controle de constitucionalidade, não se aplicam os preceitos constitucionais que dizem respeito exclusivamente a processos subjetivos (processos *inter partes*) para a defesa concreta de interesses de alguém juridicamente protegidos.⁴³

Gilmar Mendes observa:

Assim, levando-se em conta o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista,

³⁸ Idem, p. 122.

³⁹ Idem, p. 122.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista de Direito Administrativo, v. 1. Ed. Renovar, Rio de Janeiro: 2001, p. 97.

⁴¹ Idem, p. 115.

⁴² Idem, p. 115.

⁴³ Idem, p. 50.

especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.⁴⁴

Entre nós, não pode restar qualquer dúvida, a partir dos dispositivos agora presentes em nossa legislação, que a análise fática deve estar presente no controle de constitucionalidade como instrumento de racionalização das decisões proferidas neste âmbito.⁴⁵

Assevera José Néri da Silveira:

É, destarte, a arguição de descumprimento de preceito fundamental instrumento judicial de competência originária do Supremo Tribunal Federal e processo de natureza objetiva.⁴⁶

(...) não há dúvida de que se confinou o instrumento ao âmbito de um *contencioso objetivo*, tendo por finalidade o controle da constitucionalidade de atos do Poder Público, em face de preceitos ditos fundamentais da Carta Magna.⁴⁷

Jailsom Leandro de Sousa conclui:

Em simples palavras, afirmar que a ADPF é uma ação objetiva equivale a dizer que é ação em que as partes são apenas formais, que é uma ação que provoca pronunciamento objetivo da Corte Constitucional, independentemente de interesse subjetivo dos que figuram no processo. Não se admite desistência, pois o interesse em questão não é das partes litigantes, mas sim o interesse público de extirpação da ordem jurídica de norma inconstitucional nela inserida. O titular da ação tem apenas a legitimidade constitucional de provocar a atuação do STF. Não tem poder sobre a ação para desistir ou transigir. Dada sua natureza de ação objetiva, aplica-se o impedimento de intervenção de terceiros.⁴⁸

CONCLUSÃO

Descumprimento de preceito fundamental é ato que ocorre no mundo dos fatos, donde, como corolário, a natureza subjetiva do processo correspondente, com alegação e provas de fatos, em confronto com o sistema normativo ou, mais precisamente, em confronto com preceito fundamental do sistema normativo constitucional.

Ajusta-se a essa linha de pensamento o disposto no artigo 1º, *caput*, da Lei 9.882/99: “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Em seu conjunto, porém, essa mesma Lei, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vieram a construir a arguição de preceito fundamental, como um

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. Revista Consulex, nº 101, mar/2001, p. 36.

⁴⁵ Idem, p. 38.

⁴⁶ SILVEIRA, José Néri da. *Aspectos da definição e do objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, jan/jun. Ed. Método, 2003, p. 182.

⁴⁷ Idem, p. 182.

⁴⁸ SOUSA, Jailsom Leandro. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: questões em torno da Lei nº 9.882/99*. Revista ESMAFE-Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, n.º 7, 2004, p. 221.

terceiro processo objetivo, a somar-se às ações, direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, com os mesmos legitimados, atribuindo-lhe caráter subsidiário: cabe a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando incabível outro processo objetivo, por tratar-se de lei já revogada, ou de lei municipal, já se tendo afirmado haver fungibilidade entre essas ações, podendo uma ser admitida pela outra.⁴⁹

Para isso contribuiu especialmente o disposto no artigo 1º, parágrafo único da citada Lei: “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”.

Houve, assim, um desvio de rota, para fora do programa traçado pela Constituição, o que se evidencia, sobretudo, quando se constata que o prejudicado pelo descumprimento não tem legitimidade para propô-la.

Atribuiu-se à arguição de descumprimento de preceito fundamental a finalidade de suprir lacunas criadas por uma jurisprudência restritiva do Supremo Tribunal Federal. Usou-se lei ordinária para “corrigi-la”.

Outro fator que terá contribuído para esse desvio terá sido o temor de não se saber como limitar o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal, a pretexto de violação de preceito fundamental. Atribuir-se-lhe caráter subsidiário poderia ser uma solução, não fora a dificuldade de se apontar caso de inexistência, em nosso sistema processual, de outro processo subjetivo, apto a impedir ou reparar lesão a preceito fundamental.

O que fazer: permitir acesso direto e irrestrito ao Supremo Tribunal Federal ou negar legitimidade aos prejudicados?

Resolveu-se o problema com a construção da ação de descumprimento de preceito fundamental como um processo objetivo, cabível quando incabível outro processo subjetivo e com os mesmos legitimados.

OBRAS REFERIDAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

MARTINS, Ives Gandra & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁹ Questão de Ordem em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Rel. Min. Ellen Gracie, julgada em 1º/junho/2005.

- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. Revista Consulex, nº 101, mar/2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Revista Consulex, nº 99, fev/2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – alguns aspectos controvertidos*. Revista da Ajuris, nº 84, dez/2001.
- SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Revista de Direito Administrativo, v. 1. Ed. Renovar. Rio de Janeiro: 2001.
- SILVEIRA, José Néri da. *Aspectos da definição e do objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 1, jan/jun. Ed. Método, 2003.
- SOUSA, Jailsom Leandro. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: questões em torno da Lei nº 9.882/99*. Revista ESMAFE-Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, nº 7, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. *Os meios de acesso do cidadão à Jurisdição Constitucional, a arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a crise da eficácia da Constituição*. Revista da Ajuris, nº 81, mar/2001.
- TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (org). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
- VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.