

### CAPÍTULO III

## OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### I — INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 102, I, *a*, *c/c* o art. 103, I a IX, da Constituição, compete ao Supremo Tribunal Federal decidir a ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado, pela Mesa da Câmara dos Deputados, pela Mesa de uma Assembléia Legislativa Estadual, por um Governador de Estado, pelo Procurador-Geral da República, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou por partido político com representação no Congresso Nacional ou por confederação sindical ou organização de classe de âmbito nacional.

As disposições do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que disciplinavam o controle abstrato de normas, ainda sob o sistema da Constituição de 1967/69, continuaram a ser aplicadas com base no princípio da continuidade, até a entrada em vigor da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Com o advento da ação declaratória de constitucionalidade (EC n. 3, de 1993), o controle abstrato de normas no Brasil experimentou um aperfeiçoamento. É verdade que a ação declaratória nasceu com algumas limitações no que concerne à legitimação e ao objeto. O direito de propositura restou limitado ao Presidente da República, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa do Senado e ao Procurador-Geral da República, e o objeto, à lei ou ao ato normativo federal. A ação declaratória de constitucionalidade vinha sendo aplicada com base na orientação fixada pelo STF em questão de ordem definitiva na ADC.

Em 1997, teve início no Congresso Nacional a tramitação do projeto de lei destinado a alterar o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade na ordem jurídica brasileira<sup>1</sup>. Aludido projeto foi

elaborado por uma Comissão composta pelos professores Ada Pellegrini Grinover, Alvaro Villaza Azevedo, Antônio Hermann Vasconcelos Benjamin, Antonio Jamyr Dall'Agnol, Arnoldo Wald, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes (Relator), Luiz Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas, Ruy Rosado de Aguiar Júnior e, na condição de Presidente, o Professor Caio Tácito. Atenta à necessidade de conferir certa celeridade aos processos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, houve por bem a Comissão recomendar que se conferisse ao Relator a possibilidade de indeferir liminarmente as petições inepetitas, as não fundamentadas e aquelas manifestamente improcedentes (arts. 4º e 15).

Aludido projeto, que resultou na Lei n. 9.868/99, preservou a orientação contida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que veda a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade e, agora, também na ação declaratória de constitucionalidade (arts. 7º e 18).

Constitui, todavia, inovação significativa a autorização para que outros titulares do direito de propositura da ação direta possam manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação, pedir a juntada de documentos úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais (arts. 7º, § 1º, e 18, § 1º, vetados).

Trata-se de providência que confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão.

Da mesma forma, afigura-se digna de realce a proposta formulada com o sentido de permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º, vetado este parágrafo). Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.

Outra inovação consta dos arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, da lei que autoriza o Relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, a 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 e pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Hoje, não há negar a “comunicação entre norma e fato” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que constitui condição da própria inter-

1. Esse projeto foi convertido na Lei n. 9.868, de 1999.

pretação constitucional<sup>2</sup>. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos<sup>3</sup>.

Tem-se, assim, um novo instituto que servirá para modernizar o processo constitucional brasileiro.

Igualmente relevante figura-se a possibilidade de solicitação de informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição (art. 9º, § 2º). Trata-se de providência que, além de aperfeiçoar os mecanismos de informação do Tribunal, permite maior integração entre a Corte Suprema e as demais Cortes federais e estaduais.

No que se refere ao pedido de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, optou-se por estabelecer que, salvo em caso de excepcional urgência, o Tribunal somente concederá a liminar, por decisão da maioria absoluta de seus membros, após a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 10 da Lei n. 9.868, de 1999). A lei explicita, ainda, que a decisão concessiva de cautelar terá eficácia *erga omnes*, devendo a sua parte dispositiva ser publicada em seção especial do *Diário Oficial* no prazo de dez dias a contar do julgamento.

O art. 11 dispõe, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a cautelar será concedida, regularmente, com eficácia *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Da mesma forma, prevê-se que a liminar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Ainda no que se refere às medidas cautelares, deve-se observar que o art. 12 da lei autoriza o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias.

Essa providência, além de permitir uma decisão definitiva da controvérsia constitucional em curto espaço de tempo, permite que o Tribunal delibere, de forma igualmente definitiva, sobre a legitimidade de medidas provisórias, antes mesmo que se convertam em lei.

2. Cf. Ernst Gottfried Marenholz. *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*. in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*. Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54).

3. Marenholz. *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, p. 54.

## II — AÇÃO, AUTORES, LEGITIMAÇÃO PARA AGIR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

### 1. O princípio do pedido e a ação direta de inconstitucionalidade

O controle abstrato de normas nos termos do art. 103 da Constituição somente pode ser instaurado por um dos entes legitimados.

#### 1.1. O princípio do pedido e a desistência

O Supremo Tribunal Federal admitiu, inicialmente, a desistência da ação proposta<sup>4</sup>. O Tribunal afastou-se, porém, desse entendimento e, desde 1970, o Regimento Interno consagra, expressamente, a inadmissibilidade da desistência da ação (RISTF, art. 169, § 1º).

#### 1.2. Forma do pedido<sup>5</sup>

A petição inicial não está vinculada a qualquer prazo. A sua forma não estava disciplinada nem no Regimento Interno nem em qualquer outra lei processual até o advento da Lei n. 9.868, de 1999, que trata, em capítulo destacado, da admissibilidade do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade (Cap. II) e da ação declaratória de constitucionalidade, instituída pela EC n. 3/93 (Cap. III)<sup>6</sup>. Já havia, entretanto, consenso no sentido de que ela dovesse ser formulada por escrito, ser fundamentada e, ainda, deixar reconhecer determinada pretensão.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal ser "necessário, em ação direta de inconstitucionalidade, que venham expostos os fundamentos jurídicos do

4. Rp. 287. Relator: Ministro Néilson Hungria. *DJ*, 16 abr. 1958.

5. ADIMC 2.394/MC. Relator: Ministro Celso de Mello. *DJ*, 8 ago. 2001.

6. Projeto de Lei n. 2.960/97 pretendia disciplinar de forma completa a matéria. Assim seus arts. 3º e 4º dispunham:

"Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial".

6. Rp. 1.399. Relator: Ministro Aldir Passarinho. *RTJ* n. 128, p. 549, v. 2; Rp. 1.389. Relator: Ministro Oscar Corrêa. *RTJ* n. 126, p. 514.

pedido com relação às normas impugnadas, não sendo de admitir-se alegação genérica sem qualquer demonstração razoável, nem ataque a quase duas dezenas de medidas provisórias em sua totalidade com alegações por amostragem”<sup>7</sup>.

Já se determinou, igualmente, o desmembramento de ação proposta contra vinte e uma leis de diferentes Estados, entendendo o Tribunal não ser suficiente a identidade de fundamento jurídico para justificar a cumulação<sup>8</sup>, uma vez que o Tribunal não está vinculado ao fundamento jurídico.

Em relação ao Procurador-Geral da República não tem o Supremo Tribunal Federal, mesmo após o advento da Constituição de 1988, exigido que ele sustente, inequivocamente, a inconstitucionalidade da norma, afirmando-se suficiente que indique ser relevante o fundamento jurídico do requerimento que lhe foi endereçado por diferentes entidades, organizações ou pessoas.

Assim, não raras vezes, submete o Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal ações diretas de inconstitucionalidade que lhe foram requeridas por terceiros, manifestando-se, no parecer definitivo, pela improcedência da arguição.

Nesses casos, os requerimentos são submetidos sob a reserva de uma manifestação definitiva da Procuradoria-Geral da República sobre a constitucionalidade da lei<sup>9</sup>.

É o que se tem, v.g., na ADIn 613, *verbis*:

“Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal O Procurador-Geral da República, com fundamento no art. 103, VI, da Constituição Federal, vem ajuizar, perante esse Colendo Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 91, *caput*, incisos e parágrafos, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos artigos 1º e 2º das Disposições Transitórias da Lei Complementar n. 59, de 22 de fevereiro de 1990, que têm o seguinte teor:

(...)

A propositura desta ação atende à solicitação do Município de Cabo Frio, do Estado do Rio de Janeiro, e adota os fundamentos ali expostos, quanto à contrariedade das normas estaduais ao artigo 18, § 4º, da Constituição Federal.

7. ADIn 259, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 19 fev. 1992, p. 2030.

8. ADIn 28, Relator: Ministro Gallotti, *DJ*, 25 out. 1991.

9. Cf., também, Rp. 1.348, Relator: Ministro Célio Borja, *RTJ* n. 124, p. 59; Rp. 1.321, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ* n. 122, p. 923; Rp. 1.420, Relator: Ministro Octavio Gallotti, *RTJ* n. 124, p. 156.

Embora o objeto da provocação do Município de Cabo Frio se restrinja ao Distrito de Armação de Búzios, impõe-se a extensão da ação às demais localidades referidas nos incisos do artigo 91 do ADCT da Constituição do Rio de Janeiro, uma vez que quase todas as razões ensejadoras da ação são as mesmas para todas elas.

Também adota o autor os fundamentos, expostos na solicitação a ele dirigida, para requerer a suspensão liminar da eficácia das normas ora impugnadas, eis que demonstradas a relevância, a conveniência e a urgência da medida cautelar.

Requer, finalmente, que, obtidas as informações da Assembléia Legislativa fluminense e ouvido o Advogado-Geral da União, seja aberta vista ao Autor para a sua manifestação definitiva sobre o mérito da ação.

Pede Deferimento

Brasília, 26 de março de 1990.

Aristides Junqueira Alvarenga

Procurador-Geral da República”.

Essa praxis, iniciada ainda sob o regime da Constituição de 1946<sup>10</sup>, teve pleno curso após a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, e sob o império da Constituição de 1967/69.

Em verdade, a Emenda Constitucional n. 16 parece ter pretendido ins-taurar um modelo de controle abstrato de normas que permitia ao Procurador-Geral da República provocar o Supremo Tribunal Federal não só quando estivesse convencido da inconstitucionalidade da lei (ação direta de inconstitucionalidade), como também quando estivesse convencido da constitucionalidade da norma, mas surgissem contróversias relevantes sobre a sua legitimidade (ação *declaratória de constitucionalidade*) (cf., a propósito, *supra*, Tit. II, Cap. II, III, 2, b).

Daí ter-se falado na Exposição de Motivos que encaminhou a proposta de Emenda que “a representação, limitada em sua iniciativa, tem o mérito de facultar desde logo a definição da ‘contróversia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres’<sup>11</sup>”.

O Regimento Interno do Tribunal, na sua versão de 1970, espelhando a orientação que inspirou o legislador constituinte de 1965, previu que o Procurador-Geral da República poderia submeter a representação de inconstituição

10. Rp. 95, Relator: Ministro Orozimbo Nonato, *AI* n. 85, p. 55-6.

11. Constituição de 1946: Emendas à Constituição de 1946, n. 16, Reforma do Poder Judiciário, 1968, p. 24.

nalidade ao Supremo Tribunal Federal, caso lhe fosse requerido por autoridades governamentais ou por qualquer cidadão (Emenda Constitucional n. 16, de 1965, art. 101, I, *h*). Se considerasse o pedido como não fundamentado ou improcedente, poderia submeter a arguição ao Tribunal, acompanhada de um parecer no qual se ressaltava a improcedência do pedido (art. 174, § 1º. "Procedido por autoridade ou por terceiro para exercer a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário")<sup>12</sup>.

Não subsistia dúvida, então, de que o Procurador-Geral tanto poderia arguir a inconstitucionalidade da lei, como lhe seria lícito postular a declaração de sua constitucionalidade, se, convicto sobre a legitimidade da norma, surgissem dúvidas ou controvérsias relevantes sobre a sua constitucionalidade.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na sua versão de 1980, suprimiu a referência à manifestação antecipada quanto à improcedência do pedido, admitindo, porém, que seria legítimo ao Procurador-Geral propor a representação de inconstitucionalidade, podendo, no parecer definitivo, manifestar-se pela sua improcedência.

Essa fórmula, certamente imperfeita<sup>13</sup>, permitiu que o Procurador-Geral da República não se visse obrigado a assumir uma posição *ab initio* sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma questionada, entendendo suficiente, para a instauração do controle abstrato, a existência de dúvida relevante sobre a legitimidade da situação jurídica.

O advento da Constituição de 1988 e, mais precisamente, a consagração expressa da ação declaratória de constitucionalidade (Emenda n. 3, 1993) certamente estão a impor novas reflexões sobre o tema, não mais parecendo legítimo que o Procurador-Geral se valha da fórmula ambígua utilizada<sup>14</sup>.

### 1.3. Aditamento ou emenda da inicial

Embora o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não contemple, expressamente, a possibilidade de alteração na petição inicial, reconhece a jurisprudência do Tribunal a possibilidade de aditamentos ou emendas à inicial<sup>15</sup>.

12. Texto do Regimento publicado no *DJ*, 4 set. 1970.

13. Na ADIn 716 (Relator: Ministro Marco Aurélio), houve por bem o Ministro-Relator censurar a forma adotada, observando que qualquer demanda deveria contar com pedido específico formulado pelo autor, não parecendo admissível a sua instauração em caráter provisório (*DJ*, 29 abr. 1991, p. 5606).

14. Cf. ADIn 1.708/MT, Relator: Ministro Marco Aurélio, *DJ*, 13 mar. 1998.

15. Rp. 1.182, Relator: Ministro Soares Muñoz, *RTJ* n. 112, p. 97 e s.; ADIn 474 (Agrg), Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 8 nov. 1991, p. 15952; ADIn 722, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 19 jun. 1992, p. 9520.

A emenda da inicial já provocou inclusive a revisão de medida liminar, como se verificou na ADIn 722, na qual o Tribunal deferiu requerimento do Procurador-Geral da República para estender a suspensão da eficácia à cláusula de revogação, de modo a permitir a aplicação da lei revogada até a decisão de mérito da ação direta<sup>16</sup>. Da mesma forma, já se procedeu à emenda da inicial para reduzir o âmbito do pedido de arguição de inconstitucionalidade, após concessão de liminar, restringindo assim o objeto da ação e, por conseguinte, a amplitude da medida cautelar deferida<sup>17</sup>.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem inadmitido o pedido de aditamento após a requisição das informações ao órgão de que emanou o ato ou a medida impugnada<sup>18</sup>.

As medidas provisórias suscitam problema específico, uma vez que, aprovadas dentro do prazo constitucional (60 dias, prorrogável por igual período), são convertidas em lei, não raras vezes, com alterações significativas de forma e de fundo.

O Supremo Tribunal Federal vinha considerando inadmissível o prosseguimento de ação proposta contra a medida provisória mediante simples aditamento da inicial.

Foi o que se decidiu na ADIn 258, da relatoria do Ministro Celso de Mello, como se depreende de passagem da ementa:

"A lei de conversão, derivada de medida provisória objeto de ação direta de inconstitucionalidade, tendo operado alterações profundas no conteúdo material desse ato normativo editado pelo Presidente da República, constituiu espécie jurídica diversa, não podendo ser impugnada na mesma ação, mediante simples aditamento da inicial"<sup>19</sup>.

Essa orientação era duvidosa do prisma do processo e da dogmática constitucional, porquanto rejeitava a possibilidade de continuação do processo pelo simples fato de a medida provisória ter sido convertida em lei, sem que tivesse havido solução de continuidade ou interrupção — e, portanto, mudança substancial — no plano de vigência do ato normativo. O tema será tratado, porém, de forma destacada no capítulo referente ao objeto do controle abstrato de normas<sup>20</sup>.

16. ADIn 722, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 19 jun. 1992, p. 9520.

17. ADIn 475, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 8 nov. 1991, p. 15952.

18. ADIn 437, Relator: Ministro Celso de Mello, *DJ*, 19 fev. 1993, p. 2031.

19. ADIn 258, Relator: Ministro Celso de Mello, *DJ*, 28 fev. 1992, p. 2169. Esse entendimento foi alterado na ADIn 1.129, questão de ordem de 14-9-1994, Relator: Ministro Francisco Rezak, *DJ*, 23 set. 1994.

20. Cf. *infra*, Título III, Capítulo III, IV, 7, 7.3.

## 2. Do direito de propositura ou da legitimação para agir *in abstracto*

### 2.1. Considerações preliminares

Tal como referido<sup>21</sup>, o monopólio de ação do Procurador-Geral da República revelou-se sempre tema altamente controvertido no direito constitucional brasileiro.

Importantes vozes na doutrina tentaram derivar do sistema constitucional uma obrigação do Procurador-Geral de instaurar o processo de controle abstrato. Sustentou-se que o Procurador-Geral da República não poderia deixar de propor a ação se o pedido fosse formulado por órgão político da União, dos Estados ou dos Municípios, pois, do contrário, haveria o perigo de converter-se sua discricionariedade em arbítrio<sup>22</sup>.

Após a edição do Decreto-Lei n. 1.077, de 1970, que legitimava a censura prévia de livros, jornais e periódicos, houve por bem o Tribunal afirmar que o constituinte confiara exclusivamente ao Procurador-Geral da República a legitimação para propor a ação direta de inconstitucionalidade<sup>23</sup>.

Contra essa posição desenvolveu-se, na literatura jurídica, opinião segundo a qual, em caso de dúvida ou controvérsia sobre a constitucionalidade de uma lei, não poderia o Procurador-Geral da República, enquanto *custos legis*, deixar de submeter a questão ao Supremo Tribunal<sup>24</sup>.

É de reconhecer, com os críticos do Supremo Tribunal Federal, que a eficácia desse sistema de controle dependia, fundamentalmente, das garantias objetivas e subjetivas outorgadas ao ocupante do cargo tanto em face do Parlamento quanto do Governo<sup>25</sup>.

Todavia, essas garantias não são suficientes para assegurar um desempenho funcional independente, uma vez que isso depende, em última instância, da própria personalidade de quem ocupa o cargo<sup>26</sup>.

O conhecimento sobre essas limitações levou o constituinte de 1988 a substituir o sistema anterior por um modelo de amplíssima legitimação. Ao

21. Cf., a propósito, Título II, Capítulo II, III, 2, 2.2, b.

22. Celso Bastos, *Curso de direito constitucional*, p. 74-5; Josaphat Marinho, Inconstitucionalidade de lei — Rp. ao STF, RDP n. 12/150; Themístocles Brandão Cavalcanti, Arquivamento de representação por inconstitucionalidade da lei, RDP n. 16, p. 169.

23. Cf., a propósito, Título II, Capítulo II, III, 2, 2.2, b.

24. Cf., a propósito, Título II, Capítulo II, III, 2, 2.2, b.

25. Cf. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, *IVDSARL* 5 (1929), p. 1974, p. 91 (95).

26. Rinck, *Initiative für die verfassungsmässige Prüfung von Rechtsnormen*, *EuGRZ* 1974, p. 91 (95).

contrário da disciplina anterior, que confiava o direito de propositura apenas ao Procurador-Geral da República, podem propor a ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa Estadual, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, confederações sindicais, entidades de classe e órgãos de âmbito nacional (CF, art. 103, I a IX)<sup>27</sup>.

A outorga do direito de propositura a diferentes organizações sociais e partidos políticos não permite precisar o número exato de entes e órgãos autorizados a instaurar o controle abstrato. Segundo estimativas idôneas, pode-se afirmar que o novo sistema reconhece a legitimidade de mais de cem entes ou órgãos para instauração do controle abstrato de normas<sup>28</sup>.

É de observar, ainda, que, através da outorga do direito de propositura a diferentes grupos sociais, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, confederações sindicais e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, instituiu-se a possibilidade de que qualquer segmento social submeta questão constitucional de seu interesse ao Supremo Tribunal Federal.

Uma orientação menos criteriosa poderia imprimir ao sistema instituído pela Constituição de 1988 quase a amplitude de uma *ação popular de inconstitucionalidade*.

### 2.2. Direito de propositura, interesse jurídico e legitimação para agir *in concreto* (Antragsbefugnis)

A limitação dos titulares do direito de propositura, a natureza do processo e a conformação estão a indicar que, também no direito brasileiro, não se há de exigir do autor a demonstração de *interesse jurídico específico* como pressuposto da instauração de controle abstrato de normas.

Esse entendimento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/69, quando se ressaltou que a representação de inconstitucionalidade não era uma ação no sentido clássico, mas um instituto de natureza política<sup>29</sup>. Posteriormente, acrescentou o Tribunal que o Procurador-Geral da República, enquanto órgão político, era titular da ação — *dominus litis* — apenas para o efeito de provocar ou não o Tribunal<sup>30</sup>.

27. Cf., a propósito, Título II, Capítulo II, III, 3.

28. Oscar Corrêa, O 16º Aniversário do STF e o novo texto constitucional, *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 173 (1988), p. 67 (76).

29. Cf., a propósito, voto do Ministro Aliomar Baleeiro, Rp. 700, Relator: Ministro Amaral Santos, *RTJ* n. 45, p. 690 (714).

30. Rp. 1.016, de 19-3-1980, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 94, p. 58.

A natureza política desse processo permitia ao órgão legitimado decidir sobre a propositura da ação. Não lhe era dado, porém, desistir da ação ou impedir, de alguma forma, que o Supremo Tribunal Federal apreciasse a questão que lhe fora anteriormente submetida<sup>31</sup>.

Para instauração do controle abstrato de normas bastava, portanto, que houvesse dúvida quanto à constitucionalidade da lei, demonstrando-se, assim, a existência de interesse público na apreciação da questão pelo Tribunal. Por isso, logrou o Supremo Tribunal Federal separar a chamada *representação interventiva* do processo de controle abstrato de normas.

Enquanto a *representação interventiva*, na qual o Procurador-Geral da República atuava como simples representante judicial, pressupunha um interesse jurídico específico da União<sup>32</sup>, configurava a representação de inconstitucionalidade instrumento peculiar para controle da legitimidade da lei<sup>33</sup>. O Procurador-Geral da República era titular da ação apenas com o objetivo de instaurar o processo<sup>34</sup>.

Na decisão de 3 de fevereiro de 1986, ressaltou o Tribunal, uma vez mais, a *natureza política* do controle abstrato de normas. O processo judicial deveria, por isso, ser considerado simples forma<sup>35</sup>. Essa orientação tornou-se ainda mais nítida no acórdão de 18 de maio de 1988. O Supremo Tribunal Federal ressaltou a *objetividade* desse processo, que não conhece partes e outorga ao Tribunal um instrumento político de controle de normas<sup>36</sup>.

Desde então, parece pacífico o entendimento sobre a natureza do controle abstrato de normas como *processo objetivo*<sup>37</sup>, para cuja instauração

31. AR 848, Relator: Ministro Rafael Mayer, RTJ n. 94, p. 58.

32. Cf., a propósito, Título II, Capítulo II, III, 2, 2.2, b.

33. AR 878, Relator: Ministro Rafael Mayer, RTJ n. 94, p. 58.

34. AR 878, Relator: Ministro Rafael Mayer, RTJ n. 94, p. 58.

35. Embargos na Rp. 1.092, Relator: Ministro Djaci Falcão, RTJ n. 117, p. 921 (952).

36. Rp. 1.405, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n. 395 (415 e.s.).

37. Parece inquestionável que a designação do processo de controle abstrato de normas como típico processo objetivo foi formulada, inicialmente, em Parecer por nós emitido na Rp. 1.405, da relatoria do eminente Ministro Moreira Alves, como se pode ler na seguinte passagem transcrita na RTJ:

"A representação de inconstitucionalidade, consagrada no art. 119, I, alínea 7<sup>a</sup>, da Constituição, constitui processo que não tem outro escopo, senão o de defesa da ordem fundamental contra atos com ela incompatíveis. Não se destina, pela sua própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica (Celso Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 67-68). E a outorga de competência exclusiva para desencadear o processo de controle abstrato de normas ao Chefe do Ministério Público parece reforçar esse entendimento, uma vez que tal prerrogativa foi deferida, não na qualidade de alguém que defendia interesse próprio, pessoal, mas, sim, na condição da função de defender o

ração se afigura suficiente a existência de um *interesse público de controle*<sup>38</sup>.

A outorga do direito de propositura a diferentes órgãos estatais e a organizações sociais diversas ressalta o *caráter objetivo* do processo do controle abstrato de normas, uma vez que o autor não alega a existência de lesão a direitos, próprios ou alheios, atuando como representante do interesse público. Já sob a vigência da Constituição de 1988, teve o Tribunal oportunidade de reiterar essa orientação, reconhecendo que, no controle abstrato de normas, tem-se *processo objetivo*, que não conhece partes, destinado, fundamentalmente, à defesa da Constituição<sup>39</sup>.

### 2.3. A propositura da ação e sua problemática

#### a) Considerações preliminares

A nova Constituição brasileira suprimiu o monopólio de ação conferido ao Procurador-Geral da República. Nos termos do art. 103 da Constituição, outorga-se o direito de propositura ao Presidente da República, à Mesa do Senado, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de uma Assembléia Legislativa, a um Governador do Estado, ao próprio Procurador-Geral da República,

interesse coletivo, traduzido na preservação do ordenamento constitucional' (Celso Bastos, op. cit., p. 68).

Tem-se aqui, pois, o que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de processo objetivo (*objektives Verfahren*), isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição (*Verfassungsrechtsbeurteilungsverfahren*) (Hartmut Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in Christian Starck, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1976, vol. 1, p. 292). Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (*Rechtsschutzbedürfnis*), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstrato de normas, cuida-se, fundamentalmente, de um processo unilateral, não-contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido (*BVerfGE* 1, 14(30); 2, 143(153); 1, 208(226)). A admissibilidade do controle de normas — ensina Söhn — está vinculada, tão-somente, a uma necessidade pública de controle (*Öffentliches Kontrollbedürfnis*) (Söhn, op. cit., p. 304).

A provocação de um órgão externo é imprescindível, inclusive como garantia contra eventual supremacia da jurisdição constitucional (Söhn, op. cit., p. 304). Não obstante, não se reconhece aos órgãos legitimados para desencadear o processo de controle abstrato de constitucionalidade qualquer poder de disposição.

O *Bundesverfassungsgericht* decidiu, a propósito, que a desistência pelo requerente não acarretava, necessariamente, a suspensão do processo (*BVerfGE* 8, 183(184); *BVerfGE* 25, 308; cf., também, Söhn, op. cit., p. 309). O pedido representaria, nesse contexto, um simples impulso externo no *(ein blosser Anstoß von Außen)*, um instrumento deflagrador do processo objetivo de controle (Söhn, op. cit., p. 303-304). 'O requerimento é indispensável — diz Söhn — para a instauração do processo, não para o seu desenvolvimento, uma vez que o princípio do pedido foi satisfeito com a simples apresentação do requerimento' (Söhn, op. cit., p. 309-310)" (*RTJ* n. 127, p. 394 (402-403)).

38. ADIn 79, Relator: Ministro Celso Mello, DJ, 12 set. 1989.

39. ADIn 79, Relator: Ministro Celso Mello, DJ, 12 set. 1989.

ca, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados, a partidos políticos com representação no Congresso Nacional, confederações sindicais e a organizações de classe de âmbito nacional.

Essa ampliação da legitimação manifesta claro repúdio a um modelo es- tritamente limitado de direito de propositura. Isso vem explicitado, também, no art. 125, § 2º, da Constituição, que autoriza o constituinte estadual a adotar processo de controle abstrato destinado à aferição de constitucionalidade de leis estaduais e municipais em face da Constituição estadual, proibindo que o direito de propositura seja outorgado apenas a determinado órgão.

O reconhecimento do direito de propositura à Mesa da Câmara dos Depu- tados e à Mesa do Senado Federal, tal como o direito de propositura da Mesa das Assembleias Legislativas, demonstra que o constituinte não pretendeu asseg- urar aqui uma proteção específica às minorias parlamentares. Como a direção de cada Casa legislativa é eleita pela maioria dos parlamentares, ainda que obser- vada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa (CF, art. 58, § 1º), con- cedeu-se, efetivamente, o direito de propositura à maioria nas referidas Casas.

É fácil ver, outrossim, que esses órgãos não estão vocacionados a ques- tionar a constitucionalidade de seus próprios atos<sup>40</sup>. Assim, o direito de propo- situra a eles deferido somente ganharia significado prático se se admitisse que a ação direta poderia ser utilizada para constatar, positivamente, a constitu- cionalidade de uma lei<sup>41</sup>.

A Constituição não assegura, expressamente, o direito de propositura à minoria parlamentar. Tal faculdade é garantida indiretamente com a legiti- mação dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Com a outorga do direito de propositura aos partidos políticos, consagrou o cons- tituinte brasileiro modalidade peculiar, uma vez que, tradicionalmente, esse direito é assegurado a um número determinado de parlamentares<sup>42</sup>. Existem, todavia, razões históricas que justificam essa opção<sup>43</sup>.

40. Cf. também, os comentários de Richard Grau sobre o anteprojeto apresentado pelo Minis- tro do Interior, Dr. Külz, que outorgava direito de propositura ao Parlamento Federal e ao Conselho Federal (cf. Grau, *Zum Gesetzesentwurf über die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen und Rechtsverordnung*, *AöR* II, (1926), p. 287 (298-9); ver, *supra*, Título II, Capítulo II, I, 1.3.

41. Essa questão é polêmica no direito constitucional brasileiro. A jurisprudência do Supre- mo Tribunal Federal é contrária à admissibilidade de semelhante ação direta (Rp. 1.349, Relator: Aldir Passarinho, *RJT* n. 129, p. 41, v. 1). Ver, a propósito, *infra*, Título III, Capítulo III, II, 3.

42. A Lei Fundamental [art. 93, I, (2)] e, mais recentemente, a Constituição austríaca (1975) (art. 140, I) outorgaram o direito de propositura a um terço dos membros do Parlamen- to nacional. A Constituição portuguesa reconhece o direito de propositura a um décimo dos par- lamentares representados na Assembleia da República (art. 281, II) e a Constituição espanhola confere o direito de propositura a cinquenta parlamentares [art. 162, I (a)].

43. Cf., a propósito, Título II, Capítulo II, III, 2, 2.2, b.

A outorga do direito de propositura da ação direta aos partidos represen- tados no Congresso Nacional leva, inevitavelmente, ao reconhecimento de um direito de propositura da minoria parlamentar. Isso permite, efetivamente, que um partido com pequena representação no Congresso Nacional<sup>44</sup> — v. g., par- tido com apenas um representante em uma das Casas do Congresso — esteja legitimado a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Também nos termos da Constituição de 1988 tem legitimação para propor ação direta o Procurador-Geral da República. Deve-se assinalar que este órgão ganhou nova conformação, passando a atuar, basicamente, como representante do interesse público e não mais como representante da União<sup>45</sup>. O Procurador-Geral da República, escolhido pelo Presidente da República, dentre os membros do Ministério Público da União, para um mandato de dois anos, após aprovação pelo Senado, somente pode ser des- tituído após autorização da maioria absoluta do Senado Federal (art. 128, §§ 1º e 2º).

O Presidente da República pode exercer o direito de propositura, auto- nomamente, não tendo de submeter a proposta inicialmente ao Procurador- Geral da República<sup>46</sup>. O exercício desse direito de propositura poderia revelar- se, todavia, problemático em relação às leis federais, uma vez que, nos termos do art. 66, § 1º, da Constituição, dispõe o Chefe do Executivo federal de poder de veto, com fundamento em eventual inconstitucionalidade da lei<sup>47</sup>.

b) O direito de veto do Presidente da República e do Governador do Estado e o exercício do direito de propositura

Se o Presidente da República não exercer o poder de veto, nos termos do art. 66 da Constituição, é de indagar se poderia, posteriormente, arguir a inconstitucionalidade da lei perante o Supremo Tribunal Federal.

Podemos acontecer que a existência de dúvida ou controvérsia sobre a consti- tucionalidade da lei impeça ou dificulte a sua aplicação, sobretudo no modelo do controle de constitucionalidade vigente no Brasil, onde qualquer juiz ou

44. Em abril de 1994 havia 18 Partidos Políticos representados no Congresso Nacional, tendo três deles (Partido Verde, PSTU; PRONA) apenas um representante cada.

45. Como ressaltado, a Constituição rompeu com o sistema híbrido consagrado nas Cons- tituições anteriores, instituindo a Advocacia-Geral da União com o escopo de representar os inte- resses da União em juízo, bem como de exercer as atividades de consultoria do Poder Executivo.

46. Em sentido contrário, Oscar Corrêa, 160º Aniversário do STF e o novo texto constitu- cional, *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 173, 1988, p. 67 (76), que sustenta dever o Presidente da República encaminhar o pedido de arguição ao Procurador-Geral da República que, por sua vez, haverá de submetê-lo ao Supremo Tribunal Federal.

47. A Constituição assegura o direito de veto ao Presidente da República no caso de inconsti- tucionalidade ou contrariedade ao interesse público (art. 66, § 1º).

Tribunal está autorizado a deixar de aplicar a lei em caso concreto se esta for considerada inconstitucional. Nesse caso, não poderia ser negado ao Presidente da República o direito de propor a ação com o propósito de ver confirmada a constitucionalidade da lei<sup>48</sup>. A não-aplicação da lei por juizes ou Tribunais diversos ou por outras autoridades está a indiciar o interesse objetivo de esclarecer questão relativa à sua validade.

Não está, todavia, aqui respondida a questão sobre a possibilidade de o Presidente da República propor a ação direta com o propósito de ver declarada a inconstitucionalidade de uma lei federal.

A Constituição não fornece base para limitação do direito de propositura. Por outro lado, não paira dúvida de que, ao assegurar uma amplíssima legitimação, o constituinte buscou evitar, também, que se estabelecessem limitações a esse direito.

Tal como já ressaltado, os titulares do direito de propositura atuam no processo de controle abstrato de normas no interesse da comunidade<sup>49</sup> ou, se quisermos adotar a formulação de Friesenhahn<sup>50</sup>, atuam como autênticos *advogados da Constituição*.

É de acentuar, ainda, que, se o Chefe do Poder Executivo sanciona, por equívoco ou inadvertência, projeto de lei juridicamente viciado, não está ele compelido a persistir no erro, sob pena de, em homenagem a uma suposta coerência, agravar o desrespeito à Constituição.

Nesse sentido, já assinalara Miranda Lima, em conhecido Parecer, no qual advogava o descumprimento da lei inconstitucional pelo Executivo à falta de outro meio menos gravoso, que "o Poder Executivo, que deve conferir o Projeto com a Constituição, cooperando com o Legislativo no zelo de sua soberania, se o sanciona por inadvertido de que a ela afronta, adiante, alertado do seu erro, no cumprimento de seu dever constitucional de a manter e defender há de buscar corrigi-lo, e se outro meio não encontrar para tanto, senão a recusa em a aplicar, deixará de lhe dar aplicação"<sup>51</sup>.

O modelo de ampla legitimação consagrado no art. 103 da Constituição de 1988 não se compatibiliza, certamente, com o recurso a essa medida de quase desforço concernente ao descumprimento pelo Executivo da lei considerada inconstitucional.

48. Sobre a problemática no direito alemão: cf. K. Zeidler, Gedanken zum Fernseh-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *AGR* 86, 1961, p. 361 (380-1).

49. Cf., sobre a problemática: Sohn, Die abstrakte Normenkontrolle, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, v. 1, p. 292 (306); Stephan, *Das Rechtsschutzbedürfnis*, 1967, p. 147 e s.; Goessl, *Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes*, p. 173 e 219.

50. Cf. Friesenhahn, *Verfassungsgerechtheit*, Jura, 1986, p. 505 (509).

51. L. C. Miranda Lima, Parecer, *RDA* n. 81 (1965), p. 466 (470).

Se o Presidente da República — ou, eventualmente, o Governador do Estado — está legitimado a propor a ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, inclusive com pedido de medida cautelar, não se afigura legítimo que deixe de utilizar essa faculdade ordinária para valer-se de recurso excepcional, somente concebido e tolerado, à época, pela impossibilidade de um desate imediato e escorreito da controvérsia<sup>52</sup>.

Todavia, é inegável que um juízo seguro sobre a inconstitucionalidade da lei pode vir a se formar somente após a sua promulgação, o que legítima a propositura da ação, ainda que o Chefe do Poder Executivo tenha apostado a sanção ao projeto de lei aprovado pelas Casas Legislativas.

Eventual sanção da lei questionada não obsta, pois, à admissibilidade da ação direta proposta pelo Chefe do Executivo, mormente se se demonstrar que não era manifesta, ao tempo da sanção, a ilegitimidade suscitada.

Dá parecer-nos equivocada a orientação esposta pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 807, segundo a qual, "quando (...) o ato normativo impugnado em sede de fiscalização abstrata tiver emanado também do Chefe do Poder Executivo — a lei, sendo ato estatal subjetivamente complexo, emerge da conjugação das vontades autônomas do Legislativo e do Executivo — e este figurar, em consequência, no pólo passivo da relação processual, tornar-se-á juridicamente impossível o seu ingresso em condição subjetiva *diversa* daquela que já ostenta no processo"<sup>53</sup>.

52. Tal como demonstra Ruy Carlos de Barros Monteiro em minucioso estudo (O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo, *RF* n. 284, p. 101 e s.), a questão sobre eventual descumprimento de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo deu ensejo a intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Pode-se afirmar que até o advento constitucional da Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que introduziu o controle abstrato de normas no nosso sistema, era plenamente majoritária a posição que sustentava a legitimidade da recusa à aplicação da lei considerada inconstitucional (Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição de 1891*, n. 226; Miguel Reale, *Revogação e anulação do ato administrativo*, Rio de Janeiro, 1968, p. 47; Themístocles Brandão Cavalcanti, Arquivamento de representação por inconstitucionalidade da lei, *RDJ* n. 16, p. 169 e s.; Caio Mário da Silva Pereira, Parecer D-24 do Consultor-Geral da República, publicado no *Diário Oficial*, 22 jun. 1965; L. C. Mesquita da Costa, Parecer H n. 184, de 7-5-1965, publicado no *Diário Oficial*, 22 jun. 1965; L. C. Miranda Lima, Parecer, *RDA* n. 81, p. 466 e s. Ver, também, as decisões do Supremo Tribunal: RMS 4.211, Relator Ministro Cândido Motta Filho, *RTJ* n. 2, p. 386-7; RMS 5.860, Relator: Ministro Vilas Boas, acórdão publicado em audiência de 23-2-1959; Rp. 512, Relator: Ministro Pedro Chaves, *RDA* n. 76 (1964), p. 308-9; RE 55.718-SP, Relator: Ministro Hermes Lima, *RTJ* n. 32, p. 143-7; RMS 14.557, Relator: Ministro Cândido Motta Filho, *RTJ* n. 33, p. 330-8; RMS 13.950, Relator: Ministro Amaral Santos, *RDA* n. 97 (1969), p. 116-120).

53. ADIn 807, Relator: Ministro Celso de Mello, *DJ*, 11 jun. 1993. Registre-se que, na espécie, após ter sancionado o projeto de lei, o Governador do Estado do Rio Grande do Sul apresentou pedido de ingresso na causa na qualidade de litisconsorte ativo do Procurador-Geral da República, autor originário da impugnação.



De plano, deve-se observar que se trata aqui de um *processo objetivo* típico, no qual existe autor ou requerente, mas inexistente, propriamente, réu ou requerido.

Não se pode, pois, cogitar de *relação processual*, tal como afirmado expressamente no v. aresto.

É certo, ademais, que, ainda que se possa discutir a legitimidade ou a conveniência da formação de *litisconsórcio ativo* na ação direta de inconstitucionalidade, não parece estar o Chefe do Poder Executivo impedido de instaurar processo autônomo de controle de constitucionalidade.

A discussão sobre a formação de litisconsórcio ou sobre a necessidade de reunião de processos não pode afetar, certamente, o direito constitucional de propositura.

Importante é anotar, pois, que, ainda que se possa recusar a formação do pretendido litisconsórcio, por razões diversas, inquestionável se afigura a legitimidade do exercício do direito de propositura na espécie.

c) Direito de propositura do Governador do Estado e relação de pertinência

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem identificado a necessidade de que o Governador de um Estado que impugna ato normativo de outro demonstre a relevância, isto é, a *relação de pertinência* da pretensão formulada — da pretendida declaração de inconstitucionalidade da lei<sup>54</sup>.

Como já referido, essa questão foi discutida na Alemanha sob o império da Constituição de Weimar, verificando-se uma controversia doutrinária sobre a admissibilidade ou não de uma ação proposta pelo Estado da Baviera contra a lei da Turingia<sup>55</sup>.

A falta de autorização constitucional para que o legislador estabeleça outras limitações ao direito de propositura suscita dúvida sobre a correção do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal.

Pareceria mais ortodoxo, pois, tendo em vista a natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas, que, na espécie, fosse admitida a ação direta independentemente de qualquer juízo sobre a configuração ou não de uma relação de pertinência.

Outra questão relevante a respeito do direito de propositura do Governador afeta a sua capacidade postulatória. O Supremo Tribunal Federal entende que cabe ao próprio Governador firmar a petição inicial, se for o caso, juntamente com o Procurador-Geral do Estado ou outro advogado. Entende o STF que o direito de propositura é atribuído ao Governador do Estado e não

54. ADIn 902, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ, 22 abr. 1994, p. 8946.

55. Cf., *supra*, Título III, Capítulo II, II, 2, 2.3.

à unidade federada. Assim, seriam ineptas as ações diretas propostas, em nome do Governador, firmadas exclusivamente pelo Procurador-Geral do Estado<sup>56</sup>.

d) O direito de propositura das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional

d.1) Considerações preliminares

O direito de propositura das confederações sindicais e das organizações de classe de âmbito nacional prepara significativas dificuldades práticas.

A existência de diferentes organizações destinadas à representação de determinadas profissões ou atividades e a não-existência de disciplina legal sobre o assunto tornam indispensável que se examine, em cada caso, a legitimidade dessas diferentes organizações. Causa dificuldade, sobretudo, a definição e a identificação das chamadas entidades de classe, uma vez que, até então, inexistia critério preciso que as diferenciasse de outras organizações de defesa de diversos interesses. Por isso, está o Tribunal obrigado a verificar especificamente a qualificação dessa confederação sindical ou organização de classe instituída em âmbito nacional<sup>57</sup>.

O conceito de entidade de classe de âmbito nacional abarca um grupo amplo e diferenciado de associações que não podem ser distinguidas de maneira simples. Essa questão tem ocupado o Tribunal praticamente desde a promulgação da Constituição de 1988<sup>58</sup>.

Na decisão de 5 de abril de 1989, tentou o Tribunal precisar o conceito de entidade de classe, ao explicitar que é apenas a associação de pessoas que em essência representa o interesse comum de determinada categoria<sup>59</sup>. Em contrapartida, os grupos formados circunstancialmente, como a associação de empregados de uma empresa, não poderiam ser classificados como organizações de classe nos termos do art. 103, IX, da Constituição<sup>60</sup>. “Não se pode considerar entidade de classe — diz o Tribunal — a sociedade formada meramente por pessoas físicas ou jurídicas que firmem sua assinatura em lista de adesão ou qualquer outro documento idôneo (...), ausente particularidade ou condição, objetiva ou subjetiva, que distingam sócios de não-associados”<sup>61</sup>.

56. ADIn 1.814-1, Relator: Ministro Maurício Corrêa, DJ, 12 dez. 2001, p. 40.

57. Cf. ADIn 34, Relator: Ministro Octavio Gallotti, RTJ n. 128, p. 481; ADIn 43, Relator: Ministro Sydney Sanches, RTJ n. 129, p. 959.

58. ADIn 34, Relator: Ministro Octavio Gallotti, RTJ n. 128, p. 481; ADIn 39, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ, 19 maio 1989.

59. ADIn 34, Relator: Ministro Octavio Gallotti, RTJ n. 128, p. 481.

60. Cf. ADIn 79, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 10 set. 1989.

61. ADIn 52, Relator: Ministro Célio Borja, DJ, 29 set. 1990, p. 9721.

A idéia de um interesse comum essencial de diferentes categorias fornece base para distinção entre a organização de classe, nos termos do art. 103, IX, da Constituição, e outras associações ou organizações sociais. Dessa forma, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que o constituinte decidiu por uma legitimação limitada, não permitindo que se convertesse o direito de propositura dessas organizações de classe em autêntica ação popular<sup>62</sup>.

Em outras decisões, deu o Supremo Tribunal Federal continuidade ao esforço de precisar o conceito de entidade de classe de âmbito nacional.

Segundo a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, não configuraria entidade de classe de âmbito nacional, para os efeitos do art. 103, IX, organização formada por associados pertencentes a categorias diversas<sup>63</sup>. Ou, tal como formulado pelo Tribunal, “não se configuram como entidades de classe aquelas instituições que são integradas por membros vinculados a extratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, revelam-se contrastantes”<sup>64</sup>. Tampouco se compatibilizam nessa noção as entidades associativas de outros segmentos da sociedade civil, como, por exemplo, a União Nacional dos Estudantes — UNE<sup>65</sup>.

Não se admite, igualmente, a legitimidade de pessoas jurídicas de direito privado, que reúnem, como membros integrantes, associações de natureza civil e organismos de caráter sindical, exatamente em decorrência desse hibridismo, porquanto “noção conceitual (de instituições de classe) reclama a participação, nelas, dos próprios indivíduos integrantes de determinada categoria, e não apenas das entidades privadas constituídas para representá-los”<sup>66</sup>.

Da mesma forma, como regra geral, não se reconhece natureza de entidade de classe àquelas organizações que, “congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações”, uma vez que, nesse caso, faltar-lhes-ia exatamente a qualidade de entidade de classe<sup>67</sup>.

62. Cf. ADIn 79, Relator: Ministro Celso de Mello, *DJ*, 10 set. 1989.

63. ADIn 57-DF (Rel. Min. Ilmar Galvão), *DJ*, 13-12-1991, p. 18353; ADIn 108-DF (Rel. Min. Celso de Mello), *DJ*, 5-6-1992, p. 8426.

64. ADIn 108-DF (Rel. Min. Celso de Mello), *DJ*, 5-6-1992, p. 8426.

65. Cf. ADIn 894-DF (Rel. Min. Néri da Silveira), *DJ*, 20-4-1995, p. 9945.

66. ADIn 79-DF (Rel. Min. Celso de Mello), *DJ*, 10-9-1989, *RDA* n. 188 (1992), p. 144 (146); ADIn 505-DF (Rel. Min. Moreira Alves), *DJ*, 2-8-1991, p. 9916; ADIn 530-DF (Rel. Min. Moreira Alves), *DJ*, 22-11-1991, p. 16845; ADIn 433-DF (Rel. Min. Moreira Alves), *DJ*, 22-11-1991, p. 16842; ADIn 705-SC (Rel. Min. Celso de Mello), *DJ*, 6-4-1992, p. 4442; ADIn 511-DF (Rel. Min. Paulo Brossard), *DJ*, 15-5-1992, p. 6781; ADIn 108-DF (Rel. Min. Celso de Mello), *DJ*, 5-6-1992, p. 8426; ADIn 704-PR (Rel. Min. Carlos Velloso), *DJ*, 4-9-1992, p. 14089; e ADIn (AGR) 706-MG (Rel. Min. Carlos Velloso), *DJ*, 4-9-1992.

67. ADIn 79-DF (Rel. Min. Celso de Mello), *DJ*, 10-9-1989, *RDA* n. 188 (1992), p. 144 (146) e ADIn 914-DF (Rel. Min. Sydney Sanches), *DJ*, 11-3-1994.

Entretanto, em decisão de 12 de agosto de 2004, o Supremo Tribunal Federal proveu o Agravo Regimental na ADIn 3.153, para dar seguimento à ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Federação Nacional das Associações dos Produtores de Cachaça de Alambique (FENACA). Por oito votos a dois, o Plenário do Tribunal entendeu que a federação teria legitimidade para a propositura da ação direta porque, apesar de composta por associações estaduais, poderia ser equiparada a uma entidade de classe. Desse modo, com base na peculiaridade de que a FENACA é entidade de classe que atua na defesa da categoria social, a Corte Constitucional reconheceu a legitimação excepcional dessa forma de associação<sup>68</sup>.

Afirmou-se, também, que “não constitui entidade de classe, para legitimar-se à ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX), associação civil (Associação Brasileira de Defesa do Cidadão), voltada à finalidade altruísta de promoção e defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania”<sup>69</sup>.

No conceito de entidade de classe na jurisprudência do Tribunal não se enquadra, igualmente, a associação que reúne, como associados, órgãos públicos, sem personalidade jurídica e categorias diferenciadas de servidores (v.g., Associação Brasileira de Conselhos de Tribunal de Contas dos Municípios — ABRACCOM)<sup>70</sup>.

Quanto ao caráter nacional da entidade, enfatiza-se que não basta simples declaração formal ou manifestação de intenção constante de seus atos constitutivos. Faz-se mister que, além de uma atuação transregional, tenha a entidade membros em pelo menos nove Estados da Federação, número que resulta da aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos<sup>71</sup>.

Admitiu-se, inicialmente, a legitimação das federações, porquanto “entidades nacionais de classe”<sup>72</sup>.

Essa orientação foi superada por outra, mais restritiva, passando-se a considerar que apenas as organizações sindicais, cuja estrutura vem disciplinada no art. 535 da Consolidação das Leis do Trabalho, são dotadas de direito de propositura<sup>73</sup>. Afasta-se, assim, a possibilidade de que associações, federa-

68. ADIn 3.153 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Rel. p/ acordo Min. Sepúlveda Pertence, 12-8-2004, vencidos os Ministros Celso de Mello (Relator) e Carlos Britto.

69. ADIn 61, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ*, 28 set. 1990, p. 10222.

70. ADIn 67, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 15 jun. 1990, p. 5499.

71. ADIn 386, Relator: Ministro Sydney Sanches, *DJ*, 28 jun. 1991, p. 8904; ADIn 108, Relator: Ministro Celso de Mello, *DJ*, 5 jun. 1992, p. 8427.

72. ADIn 209, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ*, 7 mar. 1991, p. 2132.

73. ADIn 505, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 2 ago. 1991, p. 9916. Ver, também, ADIn 569-3, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ*, 3 set. 1991, p. 11866; ADIn 713-1, Relator: Ministro Octavio Gallotti, *DJ*, 10 abr. 1992, p. 4801; ADIn 731-9, Relator: Ministro Ilmar Galvão, *DJ*, 8 maio 1992, p. 6270; ADIn 744, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ*, 8 set. 1992,

ções ou outras organizações de índole sindical assumam o lugar das confederações para os fins do art. 103, IX, da Constituição, que, segundo os termos dos arts. 533 e seguintes do texto consolidado, devem estar organizadas com um mínimo de três federações<sup>74</sup>.

Simplex associação sindical — Federação Nacional que reúne sindicatos em cinco Estados — não teria legitimidade, segundo essa orientação, para propor ação direta de inconstitucionalidade<sup>75</sup>.

Mencione-se, ainda, que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, há de se exigir que o objeto da ação de inconstitucionalidade guarde *relação de pertinência* com a atividade de representação da confederação ou da entidade de classe de âmbito nacional<sup>76</sup>.

#### d.2) Avaliação crítica

A jurisprudência do Supremo Tribunal se, de um lado, revela o salutar propósito de concretizar o conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” e de “confederação sindical”, para os efeitos do art. 103, IX, da Constituição, deixa entrever, de outro, uma concepção assaz restritiva do direito de propositura dessas organizações<sup>77</sup>.

p. 14293-4; ADIn 744-1, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ*, 8 set. 1992, p. 14293-4; ADIn 745, Relator: Ministro Carlos Velloso, *DJ*, 4 ago. 1992, p. 11417; ADIn 746, Relator: Néri da Silveira, *DJ*, 17 ago. 1992, p. 12446; ADIn 772, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 23 out. 1992, p. 18780.

74. ADIn 17, Relator: Ministro Sydney Sanches, *DJ*, 15 mar. 1991, p. 2643; ADIn 488, Relator: Ministro Octavio Gallotti, *DJ*, 12 jun. 1992, p. 9028; ADIn 275, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 22 fev. 1991, p. 1258; ADIn 505, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 2 ago. 1991, p. 9916; ADIn 593, Relator: Ministro Marco Aurélio, *DJ*, 9 out. 1991, p. 14087; ADIn 599, Relator: Ministro Néri da Silveira, *DJ*, 15 maio 1992, p. 6781.

75. ADIn 398, Relator: Ministro Sydney Sanches, *DJ*, 28 jun. 1991, p. 8904.

76. Cf. ADIn 202, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ*, 2 abr. 1993, p. 5612; ADIn 159, Relator: Ministro Octavio Gallotti, *DJ*, 2 abr. 1993, p. 5611; ADIn 893, Relator: Ministro Carlos Velloso, *DJ*, 3 set. 1993, p. 17743.

77. À guisa de exemplo, mencione-se que, até 10 de agosto de 2004, das 830 ações diretas propostas por confederações sindicais ou entidades de classe, as seguintes foram extintas, por ilegitimidade ativa do requerente (entidade de classe):

1) Associação Brasileira da Indústria de Artigos e Equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios (ADIn 77, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 19 abr. 1992, p. 6918);  
2) Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos — ABIMAQ (ADIn 1.804, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 19 jun. 1998, p. 2; ADIn 2.048, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 14 set. 1999);

3) Associação Brasileira das Companhias Abertas — ABRASCA (ADIn 42, Rel. Min. Paulo Brossard, *DJ*, 2 abr. 1993, p. 5611);

4) Associação Brasileira das Concessionárias Mercedes-Benz (ADIn 1.295, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 15 set. 1995, p. 29508);

5) Associação Brasileira das Empresas de Telecomunicações por Satélite — ABETS (ADIn

2.183, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 10 abr. 2000; ADIn 2.184, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ*, 12 abr. 2000);

6) Associação Brasileira das Empresas Locadoras de Auto-Veículos — ABLA (ADIn 1.365, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 23 fev. 1996, p. 3623);

7) Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação — ABIA (ADIn 2.180, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 6 abr. 2001; ADIn 2.438, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 26 abr. 2001);

8) Associação Brasileira das Indústrias de Sucos Cítricos (ADIn 386, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 28 jun. 1991, p. 8904);

9) Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas — TELCOMP (ADIn 2.902, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 6 out. 2003);

10) Associação Brasileira de Bingos — ABRABIN (ADIn 2.573, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 1<sup>o</sup> fev. 2002);

11) Associação Brasileira de Biomedicina (ADIn 1.621, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 4 maio 2001);

12) Associação Brasileira de Câmaras Municipais — ABRACAM (ADIn 2.041, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 8 out. 1999);

13) Associação Brasileira de Conselhos dos Tribunais de Contas dos Municípios (ADIn 67, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 15 jun. 1990, p. 5499);

14) Associação Brasileira de Consultores Tributários (ADIn 77, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 23 abr. 1993, p. 6918);

15) Associação Brasileira de Consumidores (ADIn 1.693, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 6 fev. 1998, p. 3);

16) Associação Brasileira de Criminalística — ABC (AgrADIn 1.631, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 28 nov. 1997, p. 62223);

17) Associação Brasileira de Defesa do Cidadão — ABRADDEC (ADIn 32, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 3 ago. 1990, p. 7239; ADIn 36, Rel. Min. Paulo Brossard, *DJ*, 14 jun. 1991, p. 8081; ADIn 52, Rel. Min. Célio Bória, *DJ*, 20 set. 1990, p. 9721; ADIn 61, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 28 set. 1990, p. 10222; ADIn 66, Rel. Min. Paulo Brossard, *DJ*, 14 jun. 1991, p. 8082);

18) Associação Brasileira de Eleitores — ABRAE (ADIn 1.988, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 28 abr. 1999; ADIn 2.366, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ*, 19 dez. 2000);

19) Associação Brasileira de Indústria Gráfica (ADIn 967, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 8 abr. 1994, p. 7226);

20) Associação Brasileira de Supermercados — ABRAS (ADIn 1.913, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 21 fev. 2000; ADIn 2.221, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ*, 16 jun. 2000);

21) Associação Brasileira de Teleprodutores Independentes — ABTI (ADIn 79, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 5 jun. 1992, p. 8426; ADIn 108, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 5 jun. 1992, p. 8427);

22) Associação Brasileira dos Fiscais Tributários — ABRAFIT (ADIn 1.574, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 27 abr. 2001);

23) Associação Brasileira dos Inquilinos (ADIn 900, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 26 nov. 1993, p. 25514);

24) Associação Brasileira dos Jornais do Interior — ABRAJORI (ADIn 1.486, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 13 dez. 1996, p. 50159);

25) Associação Comercial de Porto Alegre (ADIn 43, Rel. Min. Sydney Sanches, 19 maio 1989, p. 8438);

26) Associação do Comércio Exterior do Brasil — AEB (ADIn 33, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 22 mar. 2001);

- 27) Associação do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas (ADIn 846, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 17 dez. 1993, p. 28049; ADIn 832, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 12 nov. 1993, p. 24022);
- 28) Associação dos Analistas de Comércio Exterior — AACE (ADIn 2.119, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ*, 1ª fev. 2000);
- 29) Associação dos Delegados de Polícia do Brasil — ADPEPOL-BRASIL (ADIn 23, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 14 abr. 1998, p. 1; ADIn 146, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 7 ago. 1998, p. 4; ADIn 638, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 19 jun. 1998, p. 1; ADIn 1.336, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 16 out. 1998, p. 6; ADIn 1.563, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 26 jun. 1998, p. 2);
- 30) Associação dos Empregados da CAEEB (ADIn 34, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 28 abr. 1989, p. 6293);
- 31) Associação dos Engenheiros da Petrobras — AEPET (ADIn 976, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 8 abr. 1994, p. 7226);
- 32) Associação dos Ex-Combatentes do Brasil (ADIn 1.090, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 5 maio 1995, p. 11904);
- 33) Associação dos Juizes de Paz Brasileiros — AJUPBRAS (ADIn 2.082, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 10 abr. 2000);
- 34) Associação dos Servidores do Instituto Brasileiro do Café (ADIn 324, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 10 jun. 1994, p. 14764);
- 35) Associação dos Servidores Ocupantes de Cargos de Nível Superior do Ministério das Relações Exteriores — ANS (ADIn 1.297, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 17 nov. 1995, p. 39205);
- 36) Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos (ADIn 107, Rel. Min. Francisco Rezak, *DJ*, 17 nov. 1989, p. 17185);
- 37) Associação Nacional das Entidades Representativas dos Cabos e Soldados das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares do Brasil — ANERCS (ADIn 2.437, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 28 maio 2001);
- 38) Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente — ANAMMA (ADIn 2.360, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 31 maio 2001; ADIn 2.360, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 2 ago. 2002);
- 39) Associação Nacional do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios (ADIn 2.353, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 21 jun. 2001);
- 40) Associação Nacional dos Funcionários do Banco do Brasil — ANABB (AGRADIn 1.661, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 17 mar. 1995, p. 5791);
- 41) Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal — APDF (ADIn 1.806, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 23 out. 1998, p. 2);
- 42) Associação Nacional dos Funcionários da Polícia Federal — ANSEF (ADIn 1.431, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 16 mar. 1998);
- 43) Associação Nacional dos Juizes Classistas da Justiça do Trabalho — ANAJUCLA (ADIn 1.580, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 25 maio 2001);
- 44) Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais — ARPEN (ADIn 1.788, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 18 mar. 1998);
- 45) Associação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas (ADIn 1.508, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 29 nov. 1996, p. 47156);
- 46) Associação Técnica Brasileira das Indústrias Automáticas de Vidro (ADIn 90, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 29 set. 1997, p. 40270);
- 47) Câmara Brasileira da Indústria da Construção (ADIn 1.356, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 24 nov. 1995, p. 40386);
- 48) Central Única dos Trabalhadores — CUT (ADIn 271, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 30

set. 1992, p. 16630; ADIn 332, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 4 fev. 1994, p. 926; ADIn 335, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 2 abr. 1993, p. 5612);

49) Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas (ADIn 501, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 21 jun. 1991, p. 8427);

50) Confederação Geral dos Trabalhadores — CGT (ADIn 334, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 31 mar. 1995, p. 7772; ADIn 928, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 8 out. 1993, p. 21012);

51) Confederação das Associações Comerciais do Brasil — CACB (ADIn 57, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 13 dez. 1991, p. 18353; ADIn 210, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ*, 8 ago. 2001; ADIn 941, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 8 abr. 1994, p. 7241);

52) Confederação Democrática dos Trabalhadores no Serviço Público — CONDISSEP (ADIn 797, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 7 ago. 1998, p. 19);

53) Confederação dos Servidores Públicos do Brasil — CSPB (ADIn 324, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 10 jun. 1994, p. 14764; ADIn 1.151, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 19 maio 1995, p. 13992; ADIn 1.409, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 4 out. 1996, p. 37099; ADIn 1.427, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 22 nov. 1996, p. 45684; ADIn 1.471, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 22 nov. 1996, p. 45685; ADIn 2.679, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 12 ago. 2002; ADIn 1.820, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 1ª fev. 2002; ADIn 2.698, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 16 set. 2002; ADIn 2.685, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 16 ago. 2002; ADIn 2.679, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 12 ago. 2002);

54) Confederação Nacional de Transporte Alternativo — CONVAN (ADIn 1.810, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 4 jun. 1999, p. 2; ADIn 1.989, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 28 abr. 1999);

55) Confederação Nacional da Pecuária (ADIn 831, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 25 jun. 1993, p. 12638);

56) Confederação Nacional das Instituições Financeiras (ADIn 164, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 17 dez. 1993, p. 28049);

57) Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas — CNDL (ADIn 1.971, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 14 ago. 2001; ADIn 2.248, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 25 jun. 2001);

58) Confederação Nacional do Ministério Público — CONAMP (ADIn 1.402, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 19 abr. 1996, p. 12213);

59) Confederação Nacional dos Delegados de Polícia de Carreira — CONDEPOL/BRASIL (ADIn 705, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 8 abr. 1994, p. 7224; ADIn 706, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 24 abr. 1992, p. 5380);

60) Confederação Nacional dos Diretores Lojistas (ADIn 947, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 22 out. 1993, p. 22250);

61) Confederação Nacional dos Empregados nas Empresas de Geração, Transmissão e Distribuição de Eletricidade (ADIn 499, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 18 out. 1991, p. 14548; ADIn 505, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 2 ago. 1991, p. 9916);

62) Confederação Nacional dos Integrantes e Beneficiários das Forças Armadas e Forças Auxiliares — CONFAMIL (ADIn 1.305, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 21 fev. 2000; ADIn 2.233, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 1ª ago. 2000; ADIn 2.245, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 9 ago. 2000);

63) Confederação Nacional dos Metalúrgicos da Central Única dos Trabalhadores (ADIn 2.025, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 27 mar. 2000);

64) Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação — CNTE (ADIn 1.953, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 13 ago. 1999);

65) Confederação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Crédito — CONTEC (ADIn 1.549, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 1ª ago. 2002 — não há pertinência temática da norma impugnada com os objetivos da entidade autora);

- 66) Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino — CONTEE (ADIn 2.148, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 29 set. 2000);
- 67) Conselho Federal de Enfermagem — CONFEN (ADIn 1.928, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 19 fev. 1999);
- 68) Conselho dos Eleitores Pró-Emanicipação, Autonomia e Desenvolvimento de Itacoa (ADIn 2.070, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 6 out. 1999);
- 69) Conselho Federal de Farmácia (ADIn 641, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 12 mar. 1993, p. 3557);
- 70) Conselho Federal de Medicina Veterinária — CFMV (ADIn 997, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 8 jun. 1999, p. 9);
- 71) Conselho Federal de Serviço Social (ADIn 1.462, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 13 mar. 2001; ADIn 1.463, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 20 jun. 1997, p. 28468);
- 72) Conselho Interamericano de Comércio e Produção (ADIn 79, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 5 jun. 1992, p. 8427);
- 73) Conselho Nacional da Associação dos Ex-Combatentes do Brasil (ADIn 2.073, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 28 abr. 2000);
- 74) Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado do Rio de Janeiro — CRMVRJ (ADIn 1.997, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 8 jun. 1999, p. 9);
- 75) Federação Nacional da Polícia Civil — FENAPOL (ADIn 151, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 10 maio 1996, p. 15129; ADIn 299, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 11 set. 1992, p. 14712);
- 76) Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores em Saúde e Previdência Social (ADIn 327, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 21 set. 1994, p. 24925);
- 77) Federação Brasileira dos Exportadores de Café — FEBEC (ADIn 1.902, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 24 nov. 1998);
- 78) Federação Brasileira dos Sindicatos e Associações das Empresas de Asseio e Conservação — FEBRAC (ADIn 853, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 1º jul. 1993, p. 13142);
- 79) Federação Brasileira dos Trabalhadores da Área de Segurança Pública — FEBRASPEN (ADIn 1.411, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 29 mar. 1996, p. 9376);
- 80) Federação das Associações de Militares da Reserva remunerada, de Reformados e de Pensionistas das Forças Armadas e Auxiliares — FAMIR (AGRADIn 993, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 22 abr. 1994, p. 8941; ADIn 915, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 8 abr. 1994, p. 7228);
- 81) Federação das Associações dos Engenheiros Agrônomos — FAEAB (ADIn 1.771, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 3 abr. 1998, p. 2);
- 82) Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas do Estado de São Paulo (ADIn 2.032, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 19 ago. 1999);
- 83) Federação dos Portuários (ADIn 929, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 20 jun. 1997, p. 28467);
- 84) Federação Nacional das Associações de Servidores da Justiça do Trabalho (ADIn 433, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 20 mar. 1992, p. 3319);
- 85) Federação Nacional das Associações Econômicas — FENAE (ADIn 987, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 9 set. 1994, p. 23439);
- 86) Federação Nacional das Empresas de Navegação Marítima, Fluvial, Lacustre e Tráfego Portuário — FENAVEGA (ADIn 1.795, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 30 abr. 1998, p. 8);
- 87) Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização (ADIn 398, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 28 jun. 1991, p. 8904);
- 88) Federação Nacional das Empresas de Serviços Técnicos de Informática e Similares (ADIn 360, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 26 fev. 1993, p. 2354);

- 89) Federação Nacional das Entidades dos Trabalhadores do Ministério da Saúde — FETRAMES (ADIn 797, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 7 ago. 1998, p. 19);
- 90) Federação Nacional das Secretárias e Secretários (ADIn 935, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 8 out. 1993, p. 21012);
- 91) Federação Nacional de Sindicatos e Associações de Fiscais de Tributos Estaduais (ADIn 353, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 16 abr. 1993, p. 6429);
- 92) Federação Nacional do Comércio Varejista de Combustíveis e de Lubrificantes — FECOMBUSTIVEL (ADIn 1.958, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 12 mar. 1999);
- 93) Federação Nacional do Fisco Estadual (ADIn 405, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJ*, 28 mar. 1995, p. 7296; ADIn 511, Rel. Min. Paulo Brossard, *DJ*, 15 maio 1992, p. 6781);
- 94) Federação Nacional dos Advogados (ADIn 488, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 12 jun. 1992, p. 9028; ADIn 599, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 15 jun. 1992, p. 6781);
- 95) Federação Nacional dos Agentes Lotéricos (ADIn 731, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 8 maio 1992, p. 6270);
- 96) Federação Nacional dos Bancos (ADIn 164, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 17 dez. 1993, p. 28049; ADIn 166, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 18 out. 1996, p. 39844);
- 97) Federação Nacional dos Conferentes e Consertadores de Carga e Descarga, Vigias Portuários, Trabalhadores de Bloco e Arrumadores (ADIn 929, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 20 jun. 1997, p. 28467);
- 98) Federação Nacional dos Engenheiros (ADIn 17, Rel. Sydney Sanches, *DJ*, 24 maio 1991, p. 6771; ADIn 1.789, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 12 jun. 1998, p. 51);
- 99) Federação Nacional dos Estivadores (ADIn 929, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 20 jun. 1997, p. 28467);
- 100) Federação Nacional dos Farmacêuticos (ADIn 689, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 15 maio 1992, p. 6782);
- 101) Federação Nacional dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias (ADIn 772, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 23 out. 1992, p. 18780);
- 102) Federação Nacional dos Policiais Cíveis (ADIn 713, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 10 abr. 1992, p. 4801);
- 103) Federação Nacional dos Servidores do Judiciário — FENAJUD (ADIn 744, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 8 set. 1992, p. 14293; ADIn 745, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 9 set. 1992, p. 14487; ADIn 1.006, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 25 mar. 1994, p. 6012);
- 104) Federação Nacional dos Servidores do Poder Judiciário nos Estados e no Distrito Federal — FENAJUD (ADIn 3.123, Rel. Min. Carlos Brito, *DJ*, 4 fev. 2004);
- 105) Federação Nacional dos Sindicatos das Empresas de Segurança, Vigilância e Transporte de Valores (ADIn 868, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 13 ago. 1993, p. 15676);
- 106) Federação Nacional dos Sindicatos e Associações de Servidores dos Poderes Legislativos Estaduais e do Distrito Federal — FENAL (ADIn 1.904, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 27 nov. 1998, p. 7);
- 107) Federação Nacional dos Sindicatos e Associações de Trabalhadores da Justiça do Trabalho — FENASTRA (ADIn 526, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 5 mar. 1993, p. 2896; ADIn 530, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 22 nov. 1991, p. 16845);
- 108) Federação Nacional dos Técnicos Industriais (ADIn 746, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 2 abr. 1993, p. 5616);
- 109) Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Pesada (ADIn 2.604, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 20 fev. 2002);

- 110) Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas (ADIn 1.508, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 29 nov. 1996, p. 47156);
- 111) Ordem dos Empresários do Brasil (ADIn 560, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 13 set. 1991, p. 12491);
- 112) Partido da Frente Liberal — PFL (ADIn 1.528, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ*, 23 ago. 2002 — legitimidade ativa *ad causam* de Diretório Regional ou Executiva Regional);
- 113) Partido da Mobilização Nacional — PMN (ADIn 1.813, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 20 mar. 2002 — o Partido Político não possui representação parlamentar no Congresso Nacional);
- 114) Sindicato das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de Passagens de Goiânia (ADIn 593, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 9 out. 1991, p. 14087);
- 115) Sindicato das Empresas de Transporte Rodoviário de Passageiros do Estado de Mato Grosso (ADIn 1.884, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 23 set. 1998);
- 116) Sindicato das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal e Interestadual do Estado de Goiás (ADIn 593, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 9 out. 1991, p. 14087);
- 117) Sindicato dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro (ADIn 39, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 19 maio 1989, p. 8438);
- 118) Sindicato dos Contabilistas de Santo André (ADIn 1.932, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 17 dez. 1998);
- 119) Sindicato dos Empregados no Comércio do Rio de Janeiro (ADIn 283, Rel. Min. Célio Borja, *DJ*, 12 jun. 1990, p. 5406);
- 120) Sindicato dos Reformados e Pensionistas das Polícias Militares, Brigadas Militares e Corpos de Bombeiros Militares do Brasil — SIND-REP (ADIn 2.991, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, 14 out. 2003; ADIn 2.973, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ*, 24 out. 2003);
- 121) Sindicato dos Servidores Públicos do Distrito Federal — SINDSEP (ADIn 797, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 7 ago. 1998, p. 19);
- 122) Sindicato dos Trabalhadores em Água, Esgoto e Meio Ambiente no Estado do Espírito Santo — SINDAEMA (ADIn 2.141, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 17 fev. 2000);
- 123) Sindicato Interestadual de Indústria e Materiais e Equipamentos Ferroviários e Rodoviários — SIMEFRE (ADIn 2.852, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ*, 7 mar. 2003);
- 124) Sindicato Nacional da Indústria de Cimento — SNIC (ADIn 1.343, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 6 out. 1995, p. 33127);
- 125) Sindicato Nacional da Indústria de Máquinas — SINDIMAQ (AGRADIn 1.149, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 6 out. 1995, p. 33132);
- 126) Sindicato Nacional das Empresas de Tâxi Aéreo — SNETA (ADIn 920, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJ*, 11 abr. 1997, p. 12178);
- 127) Sindicato Nacional de Docentes de Instituições de Ensino Superior (ADIn 364, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 19 fev. 1993, p. 2030; ADIn 378, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 19 fev. 1993, p. 2030);
- 128) Sindicato Nacional de Empresas de Navegação Marítima — SINDARMA (ADIn 54, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 6 set. 1996, p. 31848);
- 129) Sindicato Nacional dos Taxistas (ADIn 275, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 22 fev. 1991, p. 1258);
- 130) Sindicato Nacional dos Trabalhadores em Resseguros — SINTRES (ADIn 1.562, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 9 maio 1997, p. 18127);
- 131) União Democrática Ruralista Nacional — UDR (ADIn 835, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 8 fev. 2002; ADIn 768, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 20 mar. 2002);

O esforço que o Tribunal desenvolve para restringir o direito de propositura dessas entidades não o isenta de dificuldades, levando-o, às vezes, a reconhecer a legitimidade de determinada organização, para negá-la num segundo momento. Foi o que ocorreu com a Federação Nacional das Associações dos Servidores da Justiça do Trabalho, que teve a sua legitimidade reconhecida na ADIn 37-3, relativa à Medida Provisória n. 44, de 30 de março de 1989, colhendo inclusive a liminar requerida, e, posteriormente, veio a ter a sua legitimidade infirmada nas ADIns 433-6, 526-1 e 530-8<sup>78</sup>.

Relativamente à legitimação das “entidades de classe de âmbito nacional” e das “confederações sindicais”, é difícil admitir a juridicidade da exigência quanto à representação da entidade em pelo menos nove Estados da Federação, como resultado da aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

Ainda que se possa reclamar a *fixação de um critério preciso sobre esses conceitos vagos* — entidade de classe de âmbito nacional e confederação sindical —, não há dúvida de que eles devem ser fixados pelo legislador e não pelo Tribunal, no exercício de sua atividade jurisdicional. O recurso à analogia aqui é duvidosa exatidão.

Na ausência de disciplina constitucional ou legal expressa acerca dos critérios definidores do caráter nacional das entidades de classe, o STF optou por fixar idêntico parâmetro ao estabelecido na Lei dos Partidos Políticos<sup>79</sup> no pertinente à legitimidade para a propositura de ADIn.

132) União dos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional — UNAFISCO (ADIn 591, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 22 nov. 1991, p. 16846; ADIn 809, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 16 abr. 1993, p. 6431);

133) União Nacional dos Estudantes — UNE (ADIn 894, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 20 abr. 1995, p. 9945);

134) União Nacional dos Servidores Públicos Civis do Brasil (ADIn 324, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 10 jun. 1994, p. 14764).

78. ADIn 433, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 20 mar. 1992, p. 3319-20; ADIn 526, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ*, 5 mar. 1993, p. 2896; ADIn 530, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 22 nov. 1991, p. 16845.

79. Observem-se os seguintes termos da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995:

“Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove o apoio de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles”. (grifo nosso)

Esse critério foi proposto por Moreira Alves, quando da apreciação da Medida Liminar na ADIn 386-ES, da relatoria de Sydney Sanches.

Porém, nesse mesmo precedente, Moreira Alves preconizou que "esse critério cederá nos casos em que haja comprovação de que a categoria dos associados só existe em menos de nove estados".

Foi com base em tal argumento que, no julgamento da ADIn 2.866-RN, o Tribunal reconheceu a legitimidade ativa da Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal — ABERSAL<sup>80</sup>, a qual se enquadrava nessa situação excepcional. Na espécie, constatou-se que, além de a produção de sal ocorrer em apenas alguns Estados da Federação, cuidava-se de atividade econômica de patente relevância nacional, haja vista ser notório que o consumo de sal ocorre em todas as unidades da federação.

Mais problemática ainda se afigura a exigência de que haja uma *relação de pertinência* entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical.

Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A *relação de pertinência* assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação — análoga, talvez, ao interesse de agir —, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do processo de controle de normas.

Por isso, a fixação de tal exigência parece ser defesa até mesmo ao legislador ordinário federal, no uso de sua competência específica.

Assinale-se que a necessidade de que se desenvolvam critérios que permitam identificar, precisamente, as entidades de classe de âmbito nacional não deve condicionar, todavia, o exercício do direito de propositura da ação por parte das organizações de classe à demonstração de um interesse de proteção específico, nem levar a uma radical adulteração do modelo de controle abstrato de normas. Consideração semelhante já seria defeituosa, porque, em relação à proteção jurídica dessas organizações e à defesa dos interesses de seus membros, a Constituição assegura o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, b), que pode ser utilizado pelos sindicatos ou organizações de classe ou associações existentes há pelo menos um ano, também no interesse de seus membros.

Uma tal restrição ao direito de propositura não se deixa compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas e criaria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação, diferenciação essa que não encontra respaldo na Constituição.

80. ADIn 2.866-RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 17 out. 2003.

Assim, o debate sobre o direito de propositura das entidades de classe, no âmbito do controle abstrato, não se deve situar no plano de uma interpretação mais ou menos restritiva sobre a conceituação legal e jurisprudencial dessas organizações. Deve-se indagar, isto sim, se o modelo concebido pelo constituinte de 1988 há de ser preservado ou se seria oportuno cogitar da própria reformulação desse modelo de ampla legitimação, com a supressão do direito de propor ação direta por parte dessas entidades.

Se considerarmos que somente as confederações sindicais e entidades de classe propuseram, até 31 de dezembro de 2001, 697 ações diretas de inconstitucionalidade e que o julgamento dessas ações resultou no reconhecimento da legitimidade de cento e vinte e quatro confederações sindicais ou entidades de classe, as mais das vezes, após intensa discussão sobre a sua caracterização como entidade de classe<sup>81</sup>, teremos de constatar que, em vez de contribuir para maior efetividade do controle abstrato, o exercício do direito de propositura da ação direta por esses entes tem servido para tumultuar ainda mais a já problemática situação do Supremo Tribunal Federal no que concerne à sobrecarga de trabalhos estatísticos.

Esse fator certamente tem contribuído para que se desenvolva o esforço constatado no sentido de estabelecer uma conceituação dessas entidades que, se não impossibilita a propositura da ação, pelo menos a torna assaz difícil<sup>82</sup>. Certamente, tal prática pode levar à desnaturação do próprio processo.

81. Tais números não são definitivos, uma vez que alguns processos ainda pendem de julgamento.

82. Registre-se que, até agosto de 2004, apenas as seguintes entidades de classe e confederações sindicais lograram satisfazer as exigências estabelecidas pelo Tribunal quanto à legitimidade *ad causam*:

- 1) Associação Brasileira da Indústria de Artigos e Equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios (ADIn 77, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 23 abr. 1993, p. 6918);
- 2) Associação Brasileira de Shopping Centers — ABRASCE (ADIn 49, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ, 13 set. 1991, p. 12488);
- 3) Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB (ADIn 134, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ, 18 set. 1991, p. 12488; ADIn 136, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ, 30 mar. 1990, p. 2339; ADIn 137, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 22 nov. 1989, p. 17374; ADIn 138, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ, 16 nov. 1990, p. 13058; ADIn 202, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 2 abr. 1993, p. 5612; ADIn 305, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ, 28 maio 1991, p. 7029; ADIn 372, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 9 nov. 1990, p. 12727; ADIn 396, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ, 4 dez. 1990, p. 14373; ADIn 965, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ, 8 fev. 1994, p. 1270; ADIn 431, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ, 7 maio 1993, p. 8326; ADIn 450, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 25 set. 1992, p. 16182; ADIn 509, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 19 fev. 1993, p. 2031; ADIn 564, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 25 out. 1991, p. 15028; ADIn 570, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 29 nov. 1991, p. 17326; ADIn 679, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ, 10 mar. 1992, p. 2638; ADIn 764, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 15 abr. 1994, p. 8060; ADIn 893, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 3 set. 1993, p. 17743; ADIn 2.753, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 11 abr. 2003 ou DJ, 29 abr. 2003);

4) Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil — ATRICON (ADIn 1.873, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 10 set. 1998; ADIn 1.994, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ*, 13 out. 2000; ADIn 2.596, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 26 mar. 2003);

5) Associação dos Notários e Registradores do Brasil — ANORFG/BR (ADIn 1.667, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 21 nov. 1997, p. 60586; ADIn 1.556, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 22 ago. 1997, p. 38759; ADIn 1.583, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 13 nov. 1998, p. 2; ADIn 1.751, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 22 nov. 1998, p. 2; ADIn 1.368, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 19 dez. 1996, p. 5175; ADIn 1.450, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 7 fev. 1997, p. 1337; ADIn 1.362, Rel. Francisco Rezek, *DJ*, 29 mar. 1996, p. 9344; ADIn 1.778, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ*, 31 mar. 2000);

6) Associação Nacional dos Procuradores do Estado (ADIn 159, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 2 abr. 1993, p. 5611; ADIn 1.557, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 20 jun. 1997);

7) Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais — COBRAPOL (ADIn 866, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 10 maio 1996, p. 15131; ADIn 990, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 3 jun. 1994, p. 13853; ADIn 1.416, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 10 out. 1997, p. 50883; ADIn 1.854, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 23 out. 1998, p. 2; ADIn 1.696, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 26 jun. 1998, p. 2);

8) Confederação das Associações de Microempresas do Brasil (ADIn 15, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 23 nov. 1990, p. 13622);

9) Confederação Nacional da Agricultura — CNA (ADIn 403, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 9 maio 1997, p. 18126; ADIn Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 25 jun. 1993, p. 12638);

10) Confederação Nacional da Indústria — CNI (ADIn 9, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ*, 25 ago. 1989, p. 13554; ADIn 173, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 27 abr. 1990, p. 3422; ADIn 312, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 14 set. 1990, p. 9423; ADIn 487, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 11 abr. 1997, p. 12177; ADIn 1.055, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 13 jun. 1997, p. 26689; ADIn 1.074, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJ*, 23 set. 1994, p. 25314; ADIn 1.102, Rel. Min. Mauricio Corrêa, *DJ*, 17 nov. 1995, p. 39205; ADIn 1.258, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 20 jun. 1997, p. 28467; ADIn 1.432, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 29 nov. 1996, p. 47156; ADIn 1.659, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 8 maio 1998, p. 2; ADIn 1.823, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 16 out. 1998, p. 6; ADIn 1.893, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 23 abr. 1999, p. 2);

11) Confederação Nacional das Profissões Liberais — CNPL (ADIn 28, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ*, 26 maio 1989, p. 8942; ADIn 599, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 15 maio 1992, p. 6781; ADIn 615, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 5 nov. 1993, p. 23286; ADIn 617, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 5 nov. 1993, p. 23287; ADIn 632, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 26 nov. 1993, p. 25514; ADIn 616, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 19 nov. 1993, p. 24657; ADIns 618 a 631, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 19 nov. 1993, p. 24657-9; ADIn 1.590, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 15 ago. 1997, p. 37034; ADIn 1.326, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 26 set. 1997, p. 47475; ADIn 1.643, Rel. Min. Mauricio Corrêa, *DJ*, 19 dez. 1997, p. 41; ADIn 1.552, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 17 abr. 1998, p. 2);

12) Confederação Nacional de Saúde — Hospitais, Estabelecimentos e Serviços — CNS (ADIn 1.692, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 28 nov. 1997, p. 62218);

13) Confederação Nacional do Comércio — CNC (ADIn 451, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 10 maio 1991, p. 5929; ADIn 855, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 1º out. 1993, p. 20212; ADIn 907, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 3 dez. 1993, p. 26356; ADIn 1.108, Rel. Min. Mauricio Corrêa, *DJ*, 17 nov. 1995, p. 39205; ADIn 1.851, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 23 out. 1998, p. 2; ADIn 1.918, Rel. Min. Mauricio Corrêa, *DJ*, 19 fev. 1999, p. 26; ADIn 1.332, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 11 abr. 1997, p. 12178; ADIn 1.390, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 15 mar. 1996, p. 7201);

14) Confederação Nacional do Transporte — CNT (ADIn 1.052, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJ*, 23 set. 1994, p. 25313; ADIn 1.153, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 27 out. 1995, p. 36331; ADIn 1.502, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 14 nov. 1996, p. 44467; ADIn 2.606, Rel. Min. Mauricio Corrêa, *DJ*, 7 fev. 2003; ADIn 2.925, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ*, 13 fev. 2004);

so de controle abstrato, no que concerne a essas entidades, como ressalta a necessidade de demonstrar a configuração de uma *relação de pertinência* entre a atividade da organização e o objeto da ação proposta.

Embora seja certo que a outorga do direito de propositura a um único órgão acaba por restringir a possibilidade de impugnação de atos normativos, tal como já verificado entre nós, não se pode negar que a ampliação desmesurada desse direito acaba por provocar um excesso de trabalho sem maior proveito para a ordem e a segurança jurídicas<sup>83</sup>.

É de Kelsen a afirmação de que, embora a ação popular pudesse oferecer, talvez, a mais forte garantia para o bom desempenho da Corte enquanto guardiã da Constituição, não pareceria recomendável a adoção dessa fórmula, sob pena de colocar em risco o funcionamento razoável do órgão pela sobrecarga de trabalho e pela ameaça do perigo da litigância aventurosa ou de má-fé<sup>84</sup>.

15) Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino — CONFENEN (ADIn 1.370, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 30 ago. 1996, p. 30603; ADIn 1.388, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 14 nov. 1996, p. 44467; ADIn 1.397, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 27 jun. 1997, p. 30224);

16) Confederação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Crédito — CONTEC (ADIn 906, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 25 mar. 1994, p. 6011; ADIn 1.555, Rel. Min. Mauricio Corrêa, *DJ*, 10 out. 1997, p. 50894);

17) Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos — CNTM (ADIn 358, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 23 nov. 1990, p. 13622; ADIn 1.049, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 25 ago. 1995, p. 26021; ADIn 1.852, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 4 set. 1998, p. 3);

18) Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura — CONTAG (ADIn 1.361, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 12 abr. 1996, p. 11072);

19) Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria — CNTI (ADIn 905, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 22 abr. 1994, p. 8941; ADIn 1.033, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 16 set. 1994, p. 24266; ADIn 1.515, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 11 abr. 1997, p. 12179);

20) Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde — CNTS (ADIn 1.458, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 20 set. 1996, p. 34531);

21) Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (ADIn 939, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 18 mar. 1994, p. 5165);

22) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADIn 3, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 18 set. 1992, p. 15406; ADIn 949, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 12 nov. 1993, p. 24023);

23) União Democrática Ruralista Nacional — UDR (ADIn 886, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 1º jul. 1993, p. 13142; ADIn 835, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 28 maio 1993, p. 10383; ADIn 768, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 13 nov. 1992, p. 20849);

24) Associação Nacional dos Procuradores de Estado — ANAPAE (ADIn 2.652, Rel. Min. Mauricio Corrêa, *DJ*, 14 nov. 2003);

25) Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — CONAMP (ADIn 2.874, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 3 out. 2003).

83. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, *IVDS/RL* 5, p. 30 (74-5).

84. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, *IVDS/RL* 5, p. 30 (74); "Da disciplina dessa questão depende, em primeira linha, a efetividade do exercício das funções



A análise rigorosa do modelo brasileiro de controle abstrato de normas parece revelar que, se ele padece de algum defeito, este não diz respeito a uma excessiva restrição do direito de propositura.

A outorga de ampla legitimação aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, aos Governadores de Estado, às Mesas das Assembleias Legislativas, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Procurador-Geral da República, dentre outros, já seria suficiente para colocar o nosso sistema entre os mais benevolentes ou liberais no que tange à possibilidade de instauração do controle abstrato de normas.

Também de uma perspectiva rigorosamente prática, pode-se afirmar que dificilmente alguma questão constitucional relevante deixará de ser suscitada por um desses órgãos ou entes legitimados.

#### e) Direito de propositura dos partidos políticos

Tal como referido, o constituinte de 1988 preferiu conceder o direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, rejeitando, expressamente, o modelo largamente adotado no direito constitucional de outros países, que outorga legitimação para instaurar o controle abstrato de normas a determinado número de parlamentares<sup>85</sup>.

A exigência de que o partido esteja representado no Congresso Nacional acaba por não conter qualquer restrição, uma vez que suficiente se afigura a

de guarda da Constituição pelo Tribunal Constitucional. A mais forte das garantias haveria de ser a instituição de uma ação popular. O Tribunal ficaria compelido a examinar a questão constitucional sempre que qualquer do povo assim requeresse. Não há dúvida de que essa fórmula permitiria a pronta eliminação do direito ordinário incompatível com a Constituição. Não se pode, todavia, recomendar a adoção dessa solução, uma vez que ela propiciaria o perigo de uma sobrecarga do Tribunal por conta de impugnações voluntaristas ou má-fé" ("Von der Regelung dieser Frage hängt in erster Linie das Ausmass ab, in dem das Verfassungsgericht seine Aufgabe als Garant der Verfassung zu erfüllen vermag. Die stärkste Garantie böte sicher die Zulassung einer actio popularis: Das Verfassungsgericht ist verpflichtet, auf jedermanns Antrag hin ein Verfahren zur Prüfung der Rechtmässigkeit der seiner Judikatur unterworfenen Akte, also insbesondere der Gesetze und Verordnungen, einzuleiten. Dass auf diese Weise das rechtspolitische Interesse nach Beseitigung rechtswidriger Akte auf das radikalste befriedigt würde, steht ausser Zweifel. Allein dennoch kann eine solche Lösung des Problems nicht empfohlen werden. Die Möglichkeit mutwilliger Anfechtung, die Gefahr einer unerträglichen Überlastung des Verfassungsgerichts wäre zu gross").

85. Lei Fundamental de Bonn, art. 93, I, n. 2, um terço dos membros do Parlamento; Constituição austríaca, art. 140, (1); a requerimento de um terço dos membros do Parlamento (*Nationalrat*) ou um terço dos membros do Conselho Federal (*Bundesrat*); Constituição de Portugal, de 1976: art. 281, a um décimo dos membros da Assembleia da República; Constituição da Espanha de 1978, art. 162, cinquenta deputados ou cinquenta senadores.

presença de uma representação singular<sup>86</sup> para que se satisfaça a exigência constitucional.

Tem-se aqui, pois, uma amplíssima compreensão da chamada defesa da minoria no âmbito da jurisdição constitucional.

É de indagar se não seria mais adequado, no interesse da preservação da nobreza do instituto do controle abstrato de normas e do bom desempenho da jurisdição constitucional, que se convertesse o direito de propositura dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional em direito de propositura de determinado número de deputados ou de senadores.

O Supremo Tribunal Federal entende que, para propor ação direta, suficiente se afigura a decisão do presidente do partido, dispensando, assim, a intervenção do diretório partidário. A orientação jurisprudencial encaminhou-se, todavia, no sentido de exigir que a procuração outorgada pelo órgão partidário conste a lei ou os dispositivos a serem impugnados<sup>87</sup>.

Caso o partido viesse a perder a representação no Congresso Nacional, o Tribunal vinha considerando que a ação havia de ser declarada prejudicada, ressaltando-se apenas a hipótese de já se ter iniciado o julgamento<sup>88</sup>. Entretanto, em decisão de 24 de agosto de 2004, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a perda de representação parlamentar não desqualifica o partido político para propor ação direta de inconstitucionalidade, em reconhecimento ao caráter eminentemente público do processo<sup>89</sup>.

#### f) Direito de propositura do Governador do Distrito Federal e da Câmara Legislativa do Distrito Federal

A Constituição não contemplou expressamente o direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade pelo Governador do Distrito Federal.

86. Tal como observado, em abril de 1994 havia dezoito partidos representados no Congresso Nacional. Três deles com apenas um representante (Partido Verde; PSTU; PRONA).

87. ADIn 2.552-PR, Relator: Ministro Maurício Corrêa, DJ, 19 dez. 2001.

88. Cf. Questão de Ordem (suscitada pelo Ministro Sepúlveda Pertence) na ADIn 2.054-DF (Rel. Min. Ilmar Galvão), DJ, 9-4-2003; e Agravo Regimental nas ADIns 2.202-DF, 2.465-RJ e 2.723-RJ (Rel. Min. Celso de Mello), DJ, 13-3-2003.

89. Cf. ADIn 2.159 e 2.618, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 24 ago. 2004. Os ministros deram provimento a recursos nas duas ações requeridas pelo Partido Social Liberal (PSL) que, na época do ajuizamento, tinha representação no Congresso Nacional. O Ministro Carlos Velloso, relator das duas ações, determinou o arquivamento delas, pois, na época em que examinou a questão, em fevereiro de 2003, o PSL não possuía mais representação parlamentar no Congresso, o que implicaria a perda da legitimidade ativa para propor ADIn, de acordo com o art. 103, VIII, da Constituição Federal. Ao examinar o recurso, entretanto, a maioria do Plenário, vencidos os Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello, entendeu que a ação não fica prejudicada no caso de perda de representação parlamentar.

Embora o *status* do Distrito Federal no texto constitucional de 1988 seja fundamentalmente diverso dos modelos fixados nas Constituições anteriores, não se pode afirmar, de forma apodítica, que a sua situação jurídica é equivalente à de um Estado-Membro. Não seria lícito sustentar, porém, que se estaria diante de modelos tão diversos que, no caso, menos do que uma omissão, haveria um exemplo de *silêncio eloquente*, que obstaría a extensão do direito de propositura aos órgãos do Distrito Federal.

O texto constitucional, em vários de seus dispositivos, procura distinguir a situação jurídica dos Estados da do Distrito Federal:

Art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...)"

Art. 18: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (...)"

Art. 18, § 3º: "Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros ou formarem novos Estados ou Territórios Federais (...)"

Art. 19: "É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (...)"

Art. 20: "É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como aos órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo (...)"

Art. 21: "Compete à União: (...) XII — organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; (...) XIV — organizar e manter a polícia federal, a polícia rodoviária e ferroviária federais, bem como a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal e dos Territórios".

Art. 22: "Compete privativamente à União legislar sobre (...) organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios (...)"

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

Essas disposições, se não permitem afirmar que o modelo constitucional consagrado para o Distrito Federal é de todo idêntico ao estatuto dos Estados-Membros, não autorizam, igualmente, sustentar que as dessemelhanças sejam tão acentuadas que deveriam mesmo levar à negação do direito de propositura.

Assinale-se que se afigura decisiva para o desate da questão a disciplina contida no art. 32 da Constituição, que outorga ao Distrito Federal poder de auto-organização, atribui-lhe as competências legislativas dos Estados e Mu-

nicipios e define regras para a eleição de Governador, Vice-Governador e Deputados Distritais, que em nada diferem do sistema consagrado para os Estados-Membros.

Dessarte, para os efeitos exclusivos do sistema de controle de constitucionalidade, as posições jurídicas do Governador e da Câmara Legislativa do Distrito Federal em nada diferem das situações jurídicas dos Governadores de Estado e das Assembléias Legislativas.

O eventual interesse na preservação da autonomia de suas unidades contra eventual intromissão por parte do legislador federal é em tudo semelhante. Também o interesse genérico na defesa das atribuições específicas dos Poderes Executivo e Legislativo é idêntico.

Portanto, ainda que se possam identificar dessemelhanças significativas entre o Estado-Membro e o Distrito Federal e, por isso, também entre os seus órgãos executivos e legislativos, é lícito concluir que, para os fins do controle de constitucionalidade abstrato, as suas posições jurídicas são, fundamentalmente, idênticas.

Não haveria razão, assim, para deixar de reconhecer o direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade ao Governador do Distrito Federal e à Mesa da Câmara Legislativa, a despeito do silêncio do texto constitucional.

O direito de propositura do Governador do Distrito Federal foi contemplado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 645, reconhecendo-se a sua legitimidade ativa "por via de interpretação compreensiva do texto do art. 103, V, da CF/88, c/c o art. 32, § 1º, da mesma Carta"<sup>90</sup>.

Na linha dessa jurisprudência, a Lei n. 9.868/99 optou por reconhecer expressamente a legitimação do Governador e da Câmara Legislativa do Distrito Federal para a propositura da ADIn de maneira expressa. A questão restou definitivamente superada com a promulgação da EC n. 45/2004 (Reforma do Judiciário), que conferiu nova redação ao art. 103 da Constituição<sup>91</sup>.

90. ADIn 645-2, Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ, 21 fev. 1992, p. 1693; ver, também, ADIn 665, Relator: Ministro Octavio Gallotti, DJ, 24 abr. 1992, p. 5376.

91. "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 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 n. 45, de 2004.)

V — o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.)

### 3. Legitimação para agir *in concreto*<sup>92</sup>

A doutrina e a jurisprudência brasileiras não conferiram maior significado a uma eventual *legitimação para agir "in concreto"* enquanto pressuposto de admissibilidade na ADIn.

O monopólio da ação do Procurador-Geral da República acabou fazendo com que essa exigência se tornasse praticamente dispensável, uma vez que a *legitimação para agir "in concreto"*, nesse caso, parecia configurar simples elemento do direito de propositura.

Como observado, a Emenda n. 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais.

A imprecisão da fórmula adotada na Emenda n. 16 — *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral* — não conseguia esconder o propósito inequívoco do legislador constituinte, que era o de permitir “desde logo, a definição da ‘controvérsia constitucional’ sobre leis novas”.

Não se pretendia, pois, que o Procurador-Geral instaurasse o processo de controle abstrato com o propósito exclusivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei, até porque ele poderia não tomar parte na controvérsia constitucional ou, se dela participasse, estar entre aqueles que consideravam válida a lei.

Não se exigia, portanto, que o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma. Era suficiente o requisito objetivo relativo à existência de “controvérsia constitucional”. Daí ter o constituinte utilizado a fórmula equívoca referida.

O Procurador-Geral da República tanto poderia instaurar o controle abstrato de normas, com o objetivo precípuo de ver declarada a inconstitucionalidade

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.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º 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.

§ 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.”

92. Cf. Capítulo II, 3, do Título III: Legitimação para agir *in concreto*: a condição relativa à existência de *dúvida* ou de *controvérsia* sobre a constitucionalidade da lei.

nalidade da lei ou ato normativo (*ação declaratória de inconstitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade*), como poderia postular, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada (*ação declaratória de constitucionalidade*).

A cláusula sofreu pequena alteração na Constituição de 1967 e de 1967/69 (*representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual* — CF de 1967, art. 115, I, I; CF de 1967/69, art. 119, I, I).

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal — que, na versão de 1970<sup>93</sup>, admitia a possibilidade de que a súmula fosse encaminhada mesmo com parecer contrário (art. 174, § 1º) — continuou a assegurar a possibilidade de que o Procurador-Geral da República oferecesse a representação e, posteriormente, viesse a se manifestar pela improcedência.

Não é preciso maior esforço de argumentação para demonstrar que nada mais fez o Regimento Interno do que positivar, no plano processual, a orientação que balizara a instituição da representação de inconstitucionalidade (controle abstrato) entre nós. (Cf. Tít. II, Cap. II, III, 2, b.)

Ela destinava-se não apenas a eliminar a lei declarada inconstitucional da ordem jurídica (*pedido de declaração de inconstitucionalidade*), mas também a elidir controvérsias que se instaurassem sobre a legitimidade de determinada norma (*pedido de declaração de constitucionalidade*).

Entendida a *representação de inconstitucionalidade* como instituto de *conteúdo duplice* ou de *caráter ambivalente*, mediante o qual o Procurador-Geral da República tanto poderia postular a declaração de inconstitucionalidade da norma, como defender a declaração de sua constitucionalidade, afiguraria-se a legítimo sustentar, com maior ênfase e razoabilidade, a tese relativa à obrigatoriedade de o Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, quando isso lhe fosse solicitado.

Na Rp. 1.092, relativa à constitucionalidade do instituto da reclamação, contido no Regimento Interno do antigo Tribunal Federal de Recursos, viu-se o Procurador-Geral da República, Professor Inocêncio Mártires Coelho, que instaurara o processo de controle abstrato de normas e se manifestara, no mérito, pela improcedência do pedido, na contingência de ter de opor embargos infringentes contra a decisão proferida, que julgou procedente a ação proposta, declarando inconstitucional a norma impugnada<sup>94</sup>.

O Supremo Tribunal Federal considerou admissíveis os embargos pelos fundamentos contidos no voto do eminente Relator, Ministro Néri da Silveira:

93. DJ, 4 set. 1970, p. 3971 e s.

94. Embargos na Rp. 1.092, Rel. Min. Néri da Silveira, RTJ n. 117, p. 921 e s.

“Se os embargos constituem um recurso e este é meio de provocar, na mesma ou na superior instância, a reforma ou a modificação de uma sentença desfavorável, seria, em princípio, de entender que, procedente a ação, ao autor não caberia opor-se ao resultado, que pleiteou vestibularmente. Porque não sucumbente, não estaria legitimado a recorrer.

Sucedo, porém, que, na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, por sua natureza, enquanto instrumento especial de controle jurisdicional de constitucionalidade, não é, desde logo, de invocar os princípios regentes da teoria do processo civil, senão na medida em que os consagrou o Regimento do STF, onde se regula a apresentação de competência originária e exclusiva desta Corte (Constituição, art. 119, I, letra l). Assim, já se tornou assente o descabimento da assistência no processo de representação para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou para interpretação de lei (Representações n. 1.161-5-GO, 1.155-1-DF e 972-DF). Por igual, não se afirma impedimento de membro da Corte para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ou de interpretação de lei ou ato normativo federal (Sessão de 13-9-1983). Ao Procurador-Geral da República, a quem a Constituição reserva, com exclusividade, aforar a ação, não se lhe reconhece, todavia, a faculdade de desistir da representação. Instrumento por via do qual se exerce função política do Judiciário, no controle dos atos dos outros Poderes, e dele próprio, o procedimento de ação direta se reveste de especialidade com sua destinação. O julgamento, na representação, refere-se à lei ou ato normativo, em tese, e a decisão que os tem como inconstitucionais encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes a eficácia, *erga omnes*, dispensada, assim, qualquer posterior manifestação do Senado Federal, para suspender a execução da lei ou ato normativo, tidos como inválidos, a teor do art. 42, VII, da Constituição. De outra parte, está no parágrafo único do art. 169 do Regimento Interno do STF, que o Procurador-Geral da República, inobstante autor da ação direta, pode, em sua manifestação final, pedir a improcedência da representação, tal como na espécie aconteceu (fls. 141/151). Pontes de Miranda, de referência à posição do Chefe do Ministério Público federal, diante da norma do art. 119, I, letra l, da Constituição, observa: ‘A legitimidade ativa, que tem o Procurador-Geral da República, estende-se à oposição de embargos de nulidade ou infringentes do julgado ou dos embargos declaratórios. É órgão da União: não só a representante, apresenta-a, como órgão que é’ (in: *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*, tomo IV, 2ª ed., pág. 44). Em face da especialidade do processo da ação direta de inconstitucionalidade, compreendo que o Procurador-Geral pode, inobstante julgada procedente a representação, notadamente, se pedir em sua manifestação final a improcedência da demanda constitucional, interpor embargos infringentes ao acórdão do STF<sup>95</sup>.

95. Embargos na Rp. 1.092. Relator: Ministro Néri da Silveira. *RTJ* n. 117, p. 921 (944-5).

Ora, ao admitir o cabimento dos embargos infringentes opostos pelo Procurador-Geral da República contra decisão que acolheu representação de inconstitucionalidade de sua própria iniciativa, o Supremo Tribunal Federal contribuiu para realçar esse caráter *ambivalente* da representação de inconstitucionalidade, reconhecendo-se implicitamente, pelo menos, que ao titular da ação seria legítimo tanto postular a declaração de inconstitucionalidade da lei, se disso estivesse convencido, como pedir a declaração de sua constitucionalidade, se, não obstante convencido de sua constitucionalidade, houvesse dúvidas ou controvérsias sobre sua legitimidade que reclamassem um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

É verdade que a Corte restringiu significativamente essa orientação no acórdão de 8 de setembro de 1988 (Rp. 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ* n. 124, p. 41 e s.). O Procurador-Geral da República encaminhou ao Tribunal petição formulada por grupo de parlamentares que sustentava a inconstitucionalidade de determinadas disposições da Lei de Informática (Lei n. 7.232, de 29-10-1984).

O pedido, da lavra do eminente Procurador-Geral e atual Ministro Sepúlveda Pertence, foi assim formulado:

“(…) Embora o signatário discordasse frontalmente das inconstitucionalidades suscitadas, a relevância do tema pareceu aconselhar a sua submissão a essa Eg. Corte. Ao oferecer a representação, o Procurador-Geral da República o faz, porém, na convicção de que o Supremo Tribunal Federal a julgará improcedente, pondo termo definitivo às dúvidas suscitadas e dando, com isso, contribuição decisiva para que, vencendo pressões internacionais e seus veículos domésticos, se reafirme a vigência efetiva da Lei de Informática, instrumento necessário do desenvolvimento nacional. (...)”

Ao decidir preliminar suscitada na ERp. 1.092, 3-2-86, relator em. Ministro Djaci Falcão, *DJ*, 23-5-86, o Supremo Tribunal Federal afirmou, por unanimidade, a legitimação do Procurador-Geral da República para opor embargos a acórdão que tenha julgado procedente sua própria representação por inconstitucionalidade.

A decisão é da maior importância, na medida em que implicitamente reafirmou o poder do chefe do Ministério Público Federal para provocar a jurisdição constitucional da Alta Corte, sempre que o interesse público o aconselhar, inclusive, se for o caso, para estabelecer a certeza da constitucionalidade de normas legais relevantes, cuja eficácia possa ser comprometida por dúvidas suscitadas a respeito de sua validade.

O julgado repeliu com isso certas objeções fundadas na miopia da equiparação do instituto da representação, de acentuada conotação política, com ações cíveis de restrito interesse das partes.

Consciente do seu papel, é que o Procurador-Geral traz o caso ao tribunal, pedindo o processamento e o julgamento da representação oferecida.

Brasília, 3 de agosto de 1986.

José Paulo Sepúlveda Pertence  
Procurador-Geral da República\*.

O Tribunal considerou inepta a representação, entendendo que, como a Constituição previa uma ação de inconstitucionalidade, não poderia o titular da ação demonstrar, de maneira insofismável, que perseguia outros desideratos<sup>96</sup>.

Não obstante, a Corte continuou a admitir as representações e, mesmo após o advento da Constituição de 1988, as ações diretas de inconstitucionalidade nas quais o Procurador-Geral se limitava a ressaltar a relevância da questão constitucional, pronunciando-se, a final, pela sua improcedência<sup>97</sup>. Em substância, era indiferente, tal como percebido por Victor Nunes<sup>98</sup>, que o Procurador-Geral sustentasse, desde logo, a constitucionalidade da norma, ou que encaminhasse o pedido, para, posteriormente, manifestar-se pela sua improcedência.

Essa análise demonstra claramente que, a despeito da utilização do termo *representação de inconstitucionalidade*, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de *natureza dúplate ou ambivalente*.

Se o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade, poderia provocar o Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade. Se, ao revés, estivesse convicto da legitimidade da norma, então poderia instaurar o controle abstrato com finalidade de ver confirmada a orientação questionada.

Sem dúvida, a falta de melhor desenvolvimento doutrinário sobre essa face peculiar da representação de inconstitucionalidade e a decisão do Supremo Tribunal na Rp. 1.349, que, praticamente, negou a possibilidade de se instaurar o controle abstrato com pedido de declaração de constitucionalidade, tornaram inevitável a positividade de um instituto específico no ordenamento constitucional.

É de assinalar, porém, que já sob o império da Constituição de 1988 retomou o Procurador-Geral da República a práxis consagrada desde 1946<sup>99</sup>, tendo proposto algumas ações diretas de inconstitucionalidade, em face de

96. Rp. 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ* n. 129, p. 41.

97. Cf., dentre outras, ADIn 716, Relator: Ministro Marco Aurélio, *DJ*, 29 abr. 1992, p. 5606.

98. Victor Nunes Leal, Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado, *RDP* n. 53-54, p. 25 (33).

99. Cf. Rp. 95, Relator: Ministro Oroszimbo Nonato, *AJ* n. 85, p. 55 (6).

provoações que lhe foram expressamente dirigidas, para, a final, manifestar-se pela improcedência da ação.

É o que se verificou, v.g., na ADIn 47-1 (Relator: Ministro Octavio Gallotti), julgada improcedente em 22 de outubro de 1992<sup>100</sup>, na ADIn 222 (Relator: Ministro Aldir Passarinho), julgada improcedente em 24 de maio de 1990<sup>101</sup>, na ADIn 375 (Relator: Ministro Octavio Gallotti), na ADIn 613-4 (Relator: Ministro Francisco Rezek) e na ADIn 677 (Relator: Ministro Néri da Silveira), julgada improcedente em 11 de março de 1993.

Portanto, a despeito da decisão do Supremo Tribunal Federal na Rp. 1.347, preservou-se a orientação tradicional de se admitir ação direta de inconstitucionalidade em caso de *dúvidas* que se afigurassem relevantes para o titular do direito de propositura, no caso, o Procurador-Geral da República.

É inegável, pois, que, tal como está a indicar a própria origem do instituto entre nós, o constituinte não pretendeu introduzir uma representação ou ação direta de inconstitucionalidade em sentido estrito, mas sim criar mecanismo que possibilitasse a aferição da constitucionalidade da lei sempre que se manifestassem *dúvidas relevantes* (ou *controvérsias*) sobre a sua legitimidade.

Assim, o exercício do direito de propositura da representação de inconstitucionalidade não exigia a *convicção* sobre a ilegitimidade da lei, afirmando-se igualmente admissível a ação proposta nas hipóteses em que o autor tivesse dúvida sobre a sua constitucionalidade ou, ainda, quando estivesse convencido da sua constitucionalidade, mas um *estado de incerteza* sobre a sua legitimidade de reclamasse uma decisão definitiva e vinculante do Supremo Tribunal.

Tendo em vista a Constituição de 1988, a outorga do direito de propositura a determinados órgãos, como a Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, somente se afigura conseqüente se a instauração do processo for admissível também para constatar a constitucionalidade da lei, uma vez que é certo que esses órgãos, que, em geral, expressam a vontade da maioria representada em cada uma das Casas Legislativas, não deverão propor a ação com o propósito de obter a declaração de inconstitucionalidade das leis aprovadas por essas mesmas Casas.

Também o direito de propositura do Presidente da República e do Governador de Estado fala em favor da admissibilidade da ação proposta com o objetivo de restaurar a segurança jurídica através da declaração de constitucionalidade da lei. Embora o texto cogite expressamente de uma ação direta de inconstitucionalidade (CF, arts. 102, I, a, e 103), a outorga do direito de propositura aos órgãos referidos demonstra que ao constituinte não passou despercebido o significado do controle abstrato de normas para a restauração da segurança jurídica mediante eventual declaração de constitucionalidade da lei.

100. ADIn 47-1, Relator: Ministro Octavio Gallotti, *DJ*, 27 out. 1992, p. 19109.

101. ADIn 222-8, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *DJ*, 6 set. 1991, p. 12035.

Daí poder-se afirmar que, fiel à concepção original do instituto e à própria experiência histórica brasileira, afigurar-se-ia plenamente legítima a propositura da ação com o escopo de obter a declaração de constitucionalidade da lei.

Em favor desse entendimento falariam, também, necessidades de ordem prática que resultam do próprio modelo incidente de controle de normas, no qual surgem situações de insegurança ou de dúvida sobre a constitucionalidade da lei decorrentes de decisões judiciais contraditórias<sup>102</sup>.

Poder-se-ia consagrar, portanto, regra processual semelhante à adotada no art. 13, II, da Constituição de Weimar, e no art. 93, I, n. 2, da Constituição de Bonn, admitindo-se, expressamente, a existência de *dúvida* ou *controvérsia* sobre a constitucionalidade da lei como pressuposto de admissibilidade do controle abstrato de normas concernente à legitimação concreta para agir.

É de reconhecer que com o advento da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, que consagrou a ação declaratória de constitucionalidade, em relação aos atos normativos federais, retirou-se muito do significado prático dessas reflexões<sup>103</sup>.

Legítimo agora seria propugnar por uma disciplina única dos institutos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, também no que diz respeito ao direito de propositura<sup>104</sup>.

### III — AÇÃO, AUTORES, LEGITIMAÇÃO PARA AGIR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

#### 1. Do direito de propositura na ação declaratória de constitucionalidade

No que se refere à ADC, o art. 103, § 4º, estabelece que poderiam propor a o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara

102. Cf. Rp. 1.451, Relator: Ministro Moreira Alves, *RJT* n. 127, p. 789.

103. Cf., a propósito, o nosso Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda n. 3, de 1993, in Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (organizadores), *Ação declaratória de constitucionalidade*, São Paulo, 1994, p. 51 (66-79).

104. A Lei n. 9.868, de 1999, conferiu, dentro do contexto normativo ordinário, tratamento uniforme aos institutos da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), especialmente no que concerne à decisão e seus efeitos. A legitimação restrita da ADC tem *status* constitucional e somente poderá ser revista no contexto de possível reforma da Constituição (conforme a PEC n. 29/2000, da relatoria do Senador Bernardo Cabral, que em seu art. 17 altera o texto do art. 103 da Constituição Federal, unificando a legitimação ativa para a ADIn e a ADC, superando o § 4º deste mesmo artigo que as diferenciava). Assente-se, ademais, que o advento da Lei n. 9.882, de 1999, permitiu a propositura da ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), com caráter declaratório positivo, por parte dos entes que estão impedidos de propor ação declaratória de constitucionalidade (aplicação do princípio de subsidiariedade previsto no art. 4º). Cf., a propósito, Gilmar Ferreira Mendes e Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 395 e s.

dos Deputados ou o Procurador-Geral da República. Também aqui a Lei n. 9.868, de 1999, nada mais fez do que repetir em seu art. 13 o teor do citado dispositivo constitucional.

A EC n. 45/2004 conferiu nova redação ao dispositivo, outorgando legitimidade para a ADC a todos os entes e órgãos legitimados para a ADIn (cf. art. 103, *caput*). Não se alterou, porém, o objeto da ADC, que continua restrito ao direito federal.

#### 2. Demonstração da existência de controvérsia judicial na ação declaratória de constitucionalidade: legitimação para agir *in concreto*

Ao lado do direito de propositura da ação declaratória de constitucionalidade, há de se cogitar também de uma legitimação para agir *in concreto*, tal como consagrada no direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. Há de se configurar, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade, que é apanágio da lei.

Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo<sup>105</sup>.

Assim, não se afigura admissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, se não houver *controvérsia* ou *dúvida* relevante quanto à legitimidade da norma.

Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade de norma.

A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição.

Assim, se a jurisdição ordinária, através de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o Supremo Tribunal Federal para que ponha termo à controvérsia instaurada.

Da mesma forma, pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legitimidade da norma poderão criar o estado de incerteza imprescindível para a instauração da ação declaratória de constitucionalidade.

Embora as decisões judiciais sejam provocadas ou mesmo estimuladas pelo debate doutrinário, é certo que simples controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para objetivar o estado de incerteza apto a legiti-

105. Cf. *supra*, item 3 "Legitimação para agir *in concreto*".

mar a propositura da ação, uma vez que, por si só, ela não obsta à plena aplicação da lei.

Assim, não configurada dúvida ou controvérsia relevante sobre a legitimidade da norma, o Supremo Tribunal Federal não deverá conhecer da ação proposta.

Essa questão foi tratada no voto condutor proferido pelo Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem na ADC 1, como se pode ler na seguinte passagem:

“(…) é também inteiramente impropriedade a alegação de que essa ação converteria o Poder Judiciário em legislador, tomando-o como que órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é insito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que preexistia controvérsia que ponha em risco essa presunção, e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Dessa controvérsia, que deverá ser demonstrada na inicial, afluem, inclusive, os argumentos pró e contra a constitucionalidade, ou não, do ato normativo em causa, possibilitando a esta Corte o conhecimento deles e de como têm sido eles apreciados judicialmente. Portanto, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro Poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo. Não há, assim, evidentemente, qualquer violação ao princípio da separação de Poderes.”<sup>106</sup>

Consagrou-se, portanto, na jurisprudência do Tribunal, a exigência quanto à necessidade de demonstração de controvérsia judicial sobre a legitimidade da norma a fim de que se possa instaurar o controle abstrato de declaração de constitucionalidade.

Também na Lei n. 9.868, de 1999, é positivada a exigência quanto “à existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória” (art. 14, III).

Convém observar que a exigência quanto à configuração de controvérsia judicial, para que se possa, validamente, propor a ação declaratória de constitucionalidade, enseja, às vezes, aplicação assaz restritiva.

Assim, na ADC 8, relativa à contribuição de previdência de inativos e pensionistas, manifestou-se o Ministro Celso de Mello em favor de uma valo-

106. ADCQO 1. RTJ n. 157, v. 2, p. 371: voto do Ministro Moreira Alves. p. 385-6.

ração numérica da controvérsia judicial, enfatizando a necessidade de que “o autor, desde logo demonstre que se estabeleceu, em termos numericamente relevantes, ampla controvérsia judicial em torno da validade jurídica da norma federal (...)” ou que seria “preciso — mais do que a mera ocorrência de dissídio pretoriano — que a situação de divergência jurisdicional, caracterizada pela existência de um volume expressivo de decisões conflitantes, faça instaurar, ante o elevado coeficiente de pronunciamentos judiciais colidentes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de complexidade social e de grave comprometimento da estabilidade do sistema de direito positivo vigente no País”<sup>107</sup>.

Essa orientação fica evidente se se considera a aplicação do juízo formulado em abstrato ao caso da contribuição de servidores ativos, inativos e pensionistas prevista na Lei n. 9.783, de 1999:

“Todas estas observações, feitas em torno de um dos pressupostos de admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade, justificam-se ante a circunstância de que o exame dos documentos que instruem a petição inicial evidencia que o autor, visando a demonstrar a existência de situação caracterizadora de grave incerteza, indicou onze (11) decisões alegadamente favoráveis à validade constitucional da Lei n. 9.783/99.

É importante destacar, quanto às onze (11) decisões arroladas pelo autor da presente ação declaratória, que tais pronunciamentos judiciais, em síntese, encerram o seguinte conteúdo:

(a) houve duas (2) decisões proferidas em sede de suspensão de segurança, pela E. Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sob o fundamento de grave lesão à ordem e à economia públicas (fls. 207/208 e 211/213), sem qualquer análise do fundo da controvérsia mandamental;

(b) houve duas (2) decisões indeferitórias de liminar mandamental, ambas proferidas em caráter de cognição extremamente sumária (fls. 229 e 331), cabendo registrar que, dos dois processos, um — o MS 23.374-DF, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI — resultou extinto, sem julgamento de mérito (fls. 230);

(c) houve uma decisão, proferida pela Presidência do TRF/1ª Região, que suspendeu tutela antecipada concedida em primeira instância, sendo de destacar, no entanto, que esse ato de cassação — que sequer analisou o mérito da causa — fundamentou-se em aspectos absolutamente estranhos à questão constitucional ora em exame, pois limitou-se a proclamar a inidoneidade da ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos e a reconhecer a ilegitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento dessa ação coletiva (fls. 215/221);

107. Despacho na ADC 8-DF (Medida cautelar), Relator: Ministro Celso de Mello, j. 4-8-1999, DJ, 12 ago. 1999, item n. 1076.

(d) houve outra decisão, que, proferida em sede de agravo de instrumento, pelo E. TRF/1ª Região, limitou-se a conceder efeito suspensivo ao recurso, 'por entender configurada hipótese de dano irreparável a eventual direito da parte' (fls. 223), sem qualquer incursão, portanto, na análise da controvérsia constitucional ora em debate;

(e) registrou-se uma decisão indeferitória de liminar mandamental, por não vislumbrar, o magistrado que a proferiu, 'de plano, liquidez e certeza do suposto direito alegado pelos Impetrantes', sem indicar, no entanto, qualquer outra fundamentação que pusesse em evidência, de maneira consistente, a validade constitucional da Lei n. 9.783/99 (fls. 239);

(f) a decisão de fls. 244/245, que também sequer tangenciou o fundo da controvérsia constitucional, restringiu-se a considerar satisfativa a liminar mandamental pleiteada, motivo pelo qual veio a indeferir-la;

(g) houve, finalmente, três (3) decisões indeferitórias de medida liminar, que, de maneira mais específica, porém em caráter de cognição superficial, abordaram a *quaestio juris* em causa (fls. 233, 234/238 e 240/243).

Esse registro numérico — que, na realidade, se reduz a apenas quatro (4) decisões indeferitórias de medida liminar ('b' e 'g') suscita uma indagação relevante: a constatação de reduzidíssimo número de decisões favoráveis à validade da Lei n. 9.783/99, todas proferidas em sede de cognição sumária, permitiria reconhecer, no caso, a ocorrência de situação de incerteza jurídica ou a caracterização de efetivo dissídio judicial na interpretação do diploma legislativo em questão?<sup>108</sup>

A tentativa de resolver a controvérsia com dados estatísticos revela-se completamente inadequada.

A questão parece estar a merecer outro enfoque. A exigência quanto à configuração de controvérsia judicial ou de controvérsia jurídica (*Rechtsstreitigkeit*) associa-se não só à ameaça ao princípio da presunção de constitucionalidade — esta independe de um número quantitativamente relevante de decisões de um e de outro lado —, mas também e, sobretudo, à invalidação prévia de uma decisão tomada por segmentos expressivos do modelo representativo. A geração de decisões contrárias a uma decisão legislativa não inviabiliza — antes recomenda — a propositura da ação declaratória de constitucionalidade. É que a situação de incerteza, na espécie, decorre não da leitura e da aplicação contraditória de normas legais pelos vários órgãos judiciais, mas da controvérsia ou dúvida que se instaura entre os órgãos judiciais, que de forma quase unívoca adotam uma dada interpretação, e os órgãos políticos responsáveis pela edição do texto normativo.

108. Despacho na ADC 8-DF (Medida cautelar), Relator: Ministro Celso de Mello, j. 4-8-1999, DJ, 12 ago. 1999, item n. 1076.

É fácil ver, pois, que o estabelecimento de uma comparação quantitativa entre o número de decisões judiciais num ou noutro sentido, com o objetivo de qualificar o pressuposto de admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade, contém uma leitura redutora e equivocada do sistema de controle abstrato na sua dimensão positiva.

Parece elementar que se comprove a existência de controvérsia sobre a aplicação da norma em sede de ação declaratória de constitucionalidade, até para evitar a instauração de processos de controle de constitucionalidade antes mesmo de qualquer discussão sobre eventual aplicação da lei.

Vê-se que a questão afeta a aplicação do princípio de separação dos poderes em sua acepção mais ampla. A generalização de medidas judiciais contra uma dada lei nulifica completamente a presunção de constitucionalidade do ato normativo questionado e coloca em xeque a eficácia da decisão legislativa. A ação declaratória seria o instrumento adequado para a solução desse impasse jurídico-político, permitindo que os órgãos legitimados provoque o Supremo Tribunal Federal com base em dados concretos e não em simples disputa teórica.

Assim, a exigência de demonstração de controvérsia judicial há de ser entendida, nesse contexto, como atinente à existência de controvérsia jurídica relevante capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa.

#### IV — OBJETO DO CONTROLE ABSTRATO: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

### 1. Considerações preliminares

Podem ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 102, I, a, da Constituição, leis ou atos normativos federais ou estaduais. Com isso, utilizou-se o constituinte de formulação abrangente de todos os atos normativos da União ou dos Estados.

Antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, discutiu-se intensamente sobre a possibilidade de se submeter a lei municipal ao juízo de constitucionalidade abstrato.

Enquanto algumas vozes na doutrina admitiam que a Constituição teria uma *lacuna de formulação* e, por isso, a referência à *lei estadual* deveria contemplar também as leis municipais<sup>109</sup>, sustentavam outras opiniões autorizadas que os Estados poderiam, com base na autonomia estadual, instituir o modelo de ação direta com o objetivo de aferir a constitucionalidade da lei

109. Votos vencidos dos Ministros Cunha Peixoto e Rafael Mayer, in RE 92.169, RTJ n. 103, p. 1085.



municipal<sup>110</sup>. O Supremo Tribunal Federal afastou não só a possibilidade de aferição da constitucionalidade das leis municipais na via direta perante um Tribunal estadual<sup>111</sup>, como recusou expressamente a ampliação de sua competência para aferir diretamente a constitucionalidade dessas leis<sup>112</sup>, entendendo que tal faculdade para o controle fora confiada estritamente e destinada-se apenas à aferição de constitucionalidade de *leis federais* ou *estaduais*. A ampliação dessa competência por via de interpretação traduziria uma ruptura com o sistema<sup>113</sup>.

A Constituição de 1988 introduziu, no art. 125, § 2º, a previsão expressa para que o constituinte estadual adote o controle abstrato de normas destinado à aferição da constitucionalidade de leis estaduais ou municipais em face da Constituição estadual<sup>114</sup>.

## 2. Direito federal

São passíveis de exame, nos termos do art. 102, I, a, da Constituição Federal:

1) Disposições da Constituição propriamente ditas. Também entre nós é admissível a aferição de constitucionalidade do chamado *direito constitucional secundário*, uma vez que, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, a reforma constitucional deve observar não apenas as exigências formais do art. 60, I, II, III, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição<sup>115</sup>, como também as *cláusulas pétreas* (art. 60, § 4º). A aferição da constitucionalidade de uma emenda constitucional, em sentido formal e material, foi reconhecido já em 1926<sup>116</sup>. Mais recentemente, admitiu o Supremo Tribunal Federal a possibili-

dade de se examinar a constitucionalidade de proposta de emenda constitucional antes mesmo de sua promulgação<sup>117</sup>.

Já sob o império da Constituição de 1988 foram propostas ações diretas contra normas constitucionais constantes do texto originário<sup>118</sup>, contra a Emenda Constitucional n. 2, que antecipou a data do plebiscito previsto no art. 2º do ADCT<sup>119</sup>, contra as disposições da Emenda n. 3, de 1993, que instituíram a ação declaratória de constitucionalidade<sup>120</sup> e o Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF)<sup>121</sup>, contra a Emenda n. 12<sup>122</sup>, a Emenda n. 20<sup>123</sup>, a Emenda n. 29<sup>124</sup>, a Emenda n. 21<sup>125</sup>, a Emenda n. 30<sup>126</sup>, a Emenda n. 37<sup>127</sup> e contra a Emenda n. 41<sup>128</sup>.

A jurisprudência do STF assentou, igualmente, a inadmissibilidade do controle de constitucionalidade de norma constitucional originária, enfatizando que a tese da hierarquia entre normas constitucionais originárias, que dá azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, é incompatível com o sistema de constituição rígida<sup>129</sup>.

2) Leis de todas as formas e conteúdos (observada a especificidade dos atos de efeito concreto), uma vez que o constituinte se vinculou à forma legal. Nesse contexto há de ser contempladas as leis formais e materiais;

2.1) as leis formais ou atos normativos federais, dentre outros;

2.2) as medidas provisórias, expedidas pelo Presidente da República em caso de relevância ou urgência, com força de lei (art. 62 c/c o art. 84, XXVI).

117. MS 20.257, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 99, p. 1040.

118. ADIn 815 (Relator: Ministro Moreira Alves), proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul.

119. Cf., também, ADIns 829, 830 e 833. Relator: Ministro Moreira Alves, sobre a constitucionalidade da antecipação do plebiscito (EC n. 2, de 25-8-1992).

120. ADIn 913, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 23 ago. 1993, p. 16457.

121. ADIn 939, Relator: Ministro Sydney Sanches, *DJ*, 18 mar. 1994, p. 5165.

122. ADIMC 1.497, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 13-12-2002; ADIMC 1.501, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 13-12-2002.

123. ADIn 1.946, Rel. Min. Sidney Sanches, *DJ*, 16-5-2003; ADIMC 2.883, Rel. Min. Gilmar Mendes, aguardando julgamento.

124. ADIMC 2.732, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, aguardando julgamento.

125. ADIn 2.031, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ*, 17-10-2003.

126. ADIMC 2.356, Rel. Min. Néri da Silveira, e ADIMC 2.362, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento suspenso em virtude de pedido de vista.

127. ADIn 2.666, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ*, 6-12-2002.

128. ADIMC 3.099 e 3.104, 3.143 e 3.291, todas da relatoria da Min. Ellen Gracie (aguardando julgamento).

129. ADIn 815, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 10 maio 1996, p. 15131.

110. Ada Pellegrini Grinover, A ação direta de controle da constitucionalidade na Constituição paulista, in *Ação direta de controle de constitucionalidade de leis municipais*, tese, p. 55-6; Celso Bastos, O controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos municipais, in *Ação direta de controle de constitucionalidade de leis municipais*, tese, p. 72; J. A. da Silva, Ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal, in *Ação direta de controle de constitucionalidade de leis municipais*, tese, p. 85; Dalmo de Abreu Dallari, Lei municipal inconstitucional, in *Ação direta de controle de constitucionalidade de leis municipais*, tese, 1979, p. 120.

111. RE 91.740-RS, Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, *RTJ* n. 93 (1), p. 455.

112. Rp. 1.405, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 127, p. 394.

113. Rp. 1.405, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 127, p. 394.

114. Art. 125, § 2º: Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

115. Cf., a propósito, Título III, Capítulo II, IV, 4.

116. HC 18.178, de 27-9-1926, *RF* n. 47, p. 748-827.

Essas medidas perdem a eficácia se não aprovadas pelo Congresso Nacional no prazo de trinta dias (CF, art. 62).

3) Decreto legislativo que contém a aprovação do Congresso aos tratados e autorizam o Presidente da República a ratificá-los em nome do Brasil (CF, art. 49, I). O decreto legislativo apenas formaliza, na ordem jurídica brasileira, a concordância definitiva do Parlamento em relação ao tratado<sup>130</sup>. A autorização para aplicação imperativa somente ocorre, após a sua ratificação, com a promulgação através de decreto<sup>131</sup>. O processo do controle abstrato de normas poderia, todavia, ser instaurado após a promulgação do decreto legislativo, uma vez que se trata de ato legislativo que produz consequências para a ordem jurídica<sup>132</sup>.

4) O decreto do Chefe do Executivo que promulga os tratados e convenções.

5) O decreto legislativo do Congresso Nacional que suspende a execução de ato do Executivo, em virtude de incompatibilidade com a lei regulamentada (CF, art. 49, V)<sup>133</sup>.

6) Os atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público criadas pela União, bem como os regimentos dos Tribunais Superiores, podem ser objeto do controle abstrato de normas, se configurado o seu caráter autônomo, não meramente ancilar.

7) O decreto legislativo aprovado pelo Congresso Nacional com o escopo de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (CF, art. 49, V)<sup>134</sup>.

8) Também outros atos do Poder Executivo com força normativa, como os Pareceres da Consultoria-Geral da República, devidamente aprovados pelo Presidente da República (Dec. n. 92.889, de 7-7-1986)<sup>135</sup>.

130. J. F. Rezek, *Direito dos tratados*, p. 382-5.

131. J. F. Rezek, *Direito dos tratados*, p. 333.

132. Existe pelo menos um processo no qual o controle abstrato de normas foi instaurado após a entrada em vigor do Tratado (Rp. 803, Relator: Ministro Djaci Falcão, RTJ n. 84, p. 724 e s.).

133. A Constituição de 1988 incorporou disposição da Constituição de 1934, e mantidas pelas Constituições de 1946 e de 1967/69, que outorgava essa atribuição ao Senado Federal. Tal como reconhecido por Pontes de Miranda, essa competência outorgava ao Senado, ainda que parcialmente, poderes de uma Corte Constitucional (cf. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, v. 1, p. 364). Cf., também, ADIn 748, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 6 nov. 1992, p. 20105-6.

134. Cf., sobre o assunto, ADIn 748, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 6 nov. 1992, p. 20105.

135. Cf. ADIn 4, Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ, 25 jun. 1993, p. 12637.

### 3. Direito estadual

Como direito estadual deve ser considerado todo e qualquer ato editado por órgãos estaduais ou que lhes possam ser atribuídos.

Podem ser submetidos ao controle abstrato de normas, dentre outros:

1) disposições das Constituições estaduais que, embora tenham a mesma natureza das normas da Constituição Federal, devem ser compatíveis com princípios específicos e regras gerais constantes do texto fundamental (CF, art. 25 c/c o art. 34, VII, princípios sensíveis);

2) leis estaduais de qualquer espécie ou natureza, independentemente de seu conteúdo;

3) leis estaduais editadas para regulamentar matéria de competência exclusiva da União (CF, art. 22, parágrafo único);

4) decreto editado com força de lei<sup>136</sup>;

5) regimento interno dos Tribunais estaduais, assim como os regimentos das Assembléias Legislativas;

6) atos normativos expedidos por pessoas jurídicas de direito público estadual podem, igualmente, ser objeto de controle abstrato de normas.

### 4. Direito do Distrito Federal

Tal como afirmado<sup>137</sup>, não existe razão jurídica para afastar do controle abstrato de constitucionalidade os órgãos superiores do Distrito Federal. Com a promulgação da EC n. 45/2004, a questão ficou definitivamente superada. A nova redação conferida ao art. 103 da CF incluiu o Governador do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Legislativa no elenco dos entes e órgãos autorizados a propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

Razões semelhantes militam em favor do controle de constitucionalidade de ato aprovado pelos poderes distritais no exercício da competência tipicamente estadual.

É que, não obstante as peculiaridades que marcam o Distrito Federal, os atos normativos distritais — leis, decretos etc. — são substancialmente idênticos aos atos normativos estaduais, tal como deflui diretamente do art. 32, § 1º, na parte em que atribui ao Distrito Federal as competências legislativas reservadas aos Estados<sup>138</sup>.

136. Cf. ADIn 460-3, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ, 10 maio 1991, p. 5929; ADIn 519-7, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ, 11 out. 1991, p. 14248.

137. Cf., *supra*, Título III, Capítulo III, II, 2, 2.3, d.

138. ADIn 665, Relator: Ministro Octávio Gallotti, DJ, 24 abr. 1992, p. 5376.

Assinale-se, porém, que a própria fórmula constante do art. 32, § 1º, da Constituição está a indicar que o Distrito Federal exerce competências legislativas municipais, editando, por isso, leis e atos normativos materialmente idênticos àqueles editados pelos demais entes comunais.

Nessa hipótese, diante da impossibilidade de se proceder ao exame direto de constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição perante o Supremo Tribunal<sup>139</sup>, tem-se de admitir, com o Supremo Tribunal Federal, que descabe “ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto seja ato normativo editado pelo Distrito Federal, no exercício de competência que Lei Fundamental reserva aos Municípios”, tal como “a disciplina e polícia do parcelamento do solo”<sup>140</sup>.

## 5. Controle de constitucionalidade e ato de efeito concreto

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem considerado inadmissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra atos de efeito concreto.

Assim, tem-se afirmado que a ação direta é o meio pelo qual se procede ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas *in abstracto*, não se prestando ela “ao controle de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei — as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinam relações em abstrato”<sup>141</sup>.

Na mesma linha de orientação, afirma-se que “atos estatais de efeitos concretos, ainda que veiculados em texto de lei formal, não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata do Supremo Tribunal Federal” (...), porquanto “a ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o — enquanto objeto juridicamente inidôneo — para o controle normativo abstrato”<sup>142</sup>.

Em outro julgado, afirmou-se que disposição constante da lei orçamentária que fixava determinada dotação configuraria ato de efeito concreto, insuscetível de controle jurisdicional de constitucionalidade por via de ação (“Os atos estatais de efeitos concretos — porque, despojados de qualquer co-

139. O controle direto do direito municipal poderá ser feito mediante a formulação de ADPF (Lei n. 9.882, de 1999, art. 1º, parágrafo único).

140. ADIn 611-8, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ, 11 dez. 1992, p. 23662.

141. ADIn 647, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 27 mar. 1992, p. 3801.

142. ADIn 842, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 14 maio 1993, p. 9002; cf., também, ADIn 647, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 27 mar. 1992, p. 3801, e ADIn 767, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 18 jun. 1993, p. 12110.

eficiente de normatividade ou de generalidade abstrata — não são passíveis de fiscalização, em tese, quanto à sua legitimidade constitucional”<sup>143</sup>.

Identifica-se esforço no sentido de precisar a distinção entre normas gerais e normas de efeito concreto na seguinte reflexão de Pertence:

“É expressiva dessa orientação jurisprudencial a decisão que não conheceu da ADIn n. 2100, 17.12.99, *JOBIM*, DJ 01.06.01:

‘Constitucional. Lei de Diretrizes Orçamentárias. Vinculação de percentuais a programas. Previsão da inclusão obrigatória de investimentos não executados do orçamento anterior no novo. Efeitos concretos. Não se conhece de ação quanto a lei desta natureza. Salvo quando estabelecer norma geral e abstrata, ação não conhecida’.

A contraposição, no precedente, da disposição legal de efeitos concretos à regra geral e abstrata amolda-se à distinção, na obra póstuma de *Hans Kelsen*, entre a norma de caráter individual quando se torna individualmente obrigatória uma conduta única — e a norma de caráter geral — na qual ‘uma certa conduta é universalmente posta como devida’ (Hans Kelsen, *Teoria Geral das Normas*, trad. G. Florentino Duarte, Fabris Ed., 1986, p. 11). ‘O caráter individual de uma norma’ — explica o mestre da Escola de Viena — ‘não depende de se a norma é dirigida a um ser humano individualmente determinado ou a várias pessoas individualmente certas ou a uma categoria de homens, ou seja, a uma maioria não individualmente, mas apenas de certas pessoas de modo geral. Também pode ter caráter geral uma norma que fixa como devida a conduta de uma pessoa individualmente designada; não apenas uma conduta única, individualmente determinada, é posta como devida, mas uma conduta dessa pessoa estabelecida em geral. Assim quando, p. ex., por uma norma moral válida — ordem dirigida a seus filhos — um pai autorizado ordena a seu filho Paul ir à igreja todos os domingos ou não mentir. Essas normas gerais são estabelecidas pela autoridade autorizada pela norma moral válida; para os destinatários das normas, são normas obrigatórias, se bem que elas apenas sejam dirigidas a uma

pessoa individualmente determinada. Se pela autoridade para tanto autorizada por uma norma moral válida é dirigido um mandamento a uma maioria de sujeitos individualmente determinados e apenas é imposta uma certa conduta individualmente — como, porventura, no fato de um pai que ordenou a seus filhos Paul, Jugo e Friedrich felicitarem seu professor Mayer pelo 50º aniversário — então há tantas normas individuais quantos destinatários de norma. O que é devido numa norma — ou ordenado num imperativo — é uma conduta definida. Esta pode ser uma conduta única, individualmente certa, conduta de uma ou de várias pessoas individualmente; pode, por sua vez, de antemão, ser um número indeterminado de ações ou omissões de uma pessoa individual-

143. ADIn 283, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 12 mar. 1990, p. 1691.

mente certa ou de uma determinada categoria de pessoas. Esta é a decisiva distinção<sup>144</sup>.

A extensão da jurisprudência, desenvolvida para afastar do controle abstrato de normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis.

Não se discute que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração.

Ademais, não fosse assim, haveria uma superposição entre a típica jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária.

Outra há de ser, todavia, a interpretação, se se cuida de atos editados sob a *forma de lei*. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública).

Or, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária.

Ressalte-se que não se vislumbra razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque *abstrato* — isto é, não vinculado ao caso concreto — há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade.

Por derradeiro, cumpre observar que o entendimento acima referido do Supremo Tribunal acaba, em muitos casos, por emprestar significado substancial a elementos muitas vezes acidentais: a suposta generalidade, impessoalidade e abstração ou a pretensa concretude e singularidade do ato do Poder Público.

144. ADIn 2.535, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, de 21-11-2003.

Os estudos e análises no plano da teoria do direito indicam que tanto se afigura possível formular uma lei de efeito concreto — *lei casuística* — de forma genérica e abstrata quanto seria admissível apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações<sup>145</sup>.

Todas essas considerações parecem demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas.

Sem embargo, é importante ressaltar que, recentemente, o referido Tribunal<sup>146</sup> reconheceu o caráter normativo de disposições de Lei Orçamentária Anual da União (Lei n. 10.640/2003, que disciplinou a destinação da receita da CIDE-Combustíveis)<sup>147</sup>. Na espécie, por maioria, acolheu-se a preliminar de cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra lei orçamentária, sob o argumento de que os dispositivos impugnados eram dotados de suficiente abstração e generalidade.

A meu ver, essa nova orientação é mais adequada porque, ao permitir o controle de legitimidade no âmbito da legislação ordinária, garante a efetiva concretização da ordem constitucional.

## 6. Direito pré-constitucional

As Constituições brasileiras de 1891 (art. 83), de 1934 (art. 187) e de 1937 (art. 183) estabeleceram *cláusulas de recepção*, que, tal como as cláusulas de recepção da Constituição de Weimar e da Constituição de Bonn (respectivamente, art. 178, II, e art. 123, I), continham duas disposições:

- a) assegurava-se, de um lado, a vigência plena do direito pré-constitucional;
- b) estabelecia-se, de outro, que o direito pré-constitucional incompatível com a nova ordem perdia a vigência desde a entrada em vigor da nova Constituição<sup>148</sup>.

O Supremo Tribunal Federal admitiu, inicialmente, a possibilidade de examinar, no processo do controle abstrato de normas, a questão da derrogação do direito pré-constitucional, em virtude de colisão entre a Constituição

145. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5. ed., Coimbra, 1992, p. 625-6; Piroth e Schlink, *Grundrechte — Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 78.

146. ADIn 2.925-DF (Rel. Min. Ellen Gracie), j. 11-12-2003.

147. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico dos Combustíveis.

148. João Barbalho, *Constituição Federal brasileira, comentários*, p. 356. Cf., sobre o assunto no direito alemão: Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 161.

superviente e o direito pré-constitucional. Nesse caso, julgava-se impropriedade a *representação*, mas reconhecia-se expressamente a existência da colisão e, portanto, a incompatibilidade entre o direito ordinário pré-constitucional e a nova Constituição<sup>149</sup>. O Tribunal tratava esse tema como uma questão preliminar, que haveria de ser decidida no processo de controle abstrato de normas.

Essa posição foi abandonada, todavia, em favor do entendimento de que o processo do controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais<sup>150</sup>. Dessa forma, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deveria ser simplesmente resolvida segundo os princípios de direito intertemporal<sup>151</sup>. Assim, caberia à jurisdição ordinária, tanto quanto ao Supremo Tribunal Federal, examinar a vigência do direito pré-constitucional no âmbito do controle incidente de normas, uma vez que, nesse caso, cuidaria-se de simples aplicação do princípio da *lex posterior derogat priori* e não de um exame de constitucionalidade.

Esse problema, que já fora contemplado por Kelsen, no famoso *Referat* sobre a natureza e o desenvolvimento da jurisdição constitucional<sup>152</sup>, é tratado de forma diferenciada em cada sistema jurídico.

A prática austríaca parte do princípio de que o objeto do controle abstrato de normas, nos termos do art. 140 da Lei Constitucional, não são apenas as leis federais e estaduais, mas também as antigas leis do *Reich* e dos Estados, desde que tenham sido recebidas em conformidade com o preceituado nas Disposições Constitucionais Transitórias de 1920<sup>153</sup>. A discussão sobre a constitucionalidade dessas leis antigas deve ser examinada, todavia, em face das disposições constitucionais vigentes à época<sup>154</sup>.

Segundo esse entendimento, a colisão entre o direito pré-constitucional e a Constituição configura questão de direito intertemporal, não estando submetida à competência exclusiva da Corte Constitucional<sup>155</sup>. Tal questão pode ser apreciada tanto pelo Tribunal Constitucional quanto por outros Tribunais como uma *questão preliminar*<sup>156</sup>.

O *Bundesverfassungsgericht* desenvolveu uma espécie de *solução de compromisso*, assentando que tanto as leis pós-constitucionais quanto as pré-constitucionais podem ser objeto do controle abstrato de normas. Estão submetidas, porém, ao processo de controle concreto de normas apenas as leis pós-constitucionais, uma vez que, nesse caso, a *decisão sobre a colisão de normas não ameaça a autoridade do legislador constitucional*<sup>157</sup>.

A Corte Constitucional italiana, já na sua primeira decisão em 5 de junho de 1956, reconheceu a sua competência para examinar a constitucionalidade do direito pré-constitucional<sup>158</sup>, porque tanto o art. 134 da Constituição quanto a Lei Constitucional, de 9 de fevereiro de 1948, n. 1, cuidavam apenas da "constitucionalidade da lei", e entre a lei ordinária e a Constituição existe uma diferença de hierarquia, sendo, por isso, irrelevante a distinção entre direito pré-constitucional e pós-constitucional<sup>159</sup>.

A Constituição portuguesa, de 1976, consagrou, expressamente, a chamada *inconstitucionalidade superveniente* (art. 282, § 2º), reconhecendo a competência da Corte Constitucional para examinar a compatibilidade do direito pré-constitucional em face da nova Constituição<sup>160</sup>.

O Tribunal Constitucional espanhol optou por uma linha intermediária, que lhe permite dividir a competência com a jurisdição ordinária, em

155. Cf. L. Adamovich e Hans Spanner, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, p. 456.

156. L. Adamovich e Hans Spanner, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, p. 456. Adamovich recomendou que se dotasse a Corte Constitucional austríaca de competência para decidir, com eficácia *erga omnes*, as questões de derrogação (cf. *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, 5. ed., Viena-Nova York, 1957, p. 398).

157. *BVerfGE* 2, 124 (130); 2, 138, 218; 3, 48; 4, 339; 6, 64; 7, 335; 10, 58, 127, 131, 159; 11, 129; 12, 353; 14, 65; 15, 183; 16, 231; 17, 162; 18, 252. Crítico, a propósito, Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 164.

158. Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional*, p. 268; Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, p. 42; Franco Pierandrei, Corte Costituzionale, in *Enciclopedia del Diritto*, Milão, 1962, v. 10, p. 908. Cf. a propósito T. Ritterspach, Probleme der italienischen Verfassungsgerichtsbarkeit: 20 Jahre Corte Costituzionale, *AöR* 104 (1979), p. 137 (138); Aldo Sanduli, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien*, in Mosler, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, p. 292 (306-7).

159. Acórdão de 5-6-1956, n. 1. Cf. a propósito Gaetano Sciascia, Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs der Italienischen Republik, *JöR*, NF, v. 6, 1957, p. 1 (6).

160. Cf. a propósito, Canotilho, *Direito constitucional*, p. 838.

149. Rp. 946. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, *RTJ* n. 82, p. 44; Rp. 969, Relator: Ministro Antonio Nader, *RTJ* n. 99, p. 544.

150. Rp. 946, Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, *RTJ* n. 82, p. 44; Rp. 969, Relator: Ministro Antonio Nader, *RTJ* n. 99, p. 544.

151. Rp. 1.012, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 95, p. 990.

152. Kelsen (Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, *WVStZ* 5 (1929), p. 64), ressaltava então: "A cassação de uma norma inconstitucional pela Corte Constitucional — aqui são contempladas apenas as normas gerais — é apenas necessária, em sentido estrito, se a norma inconstitucional é posterior à Constituição. É que não é a lei nova — lei nova de conteúdo geral — que contraria a Constituição anterior, mas a Constituição lei já em vigor e, por isso, a derrogação com a aplicação do princípio da *lex posterior*. Uma cassação da lei parece, por isso, dispensável; até mesmo logicamente impossível".

153. Cf. L. Adamovich e Hans Spanner, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, 6. ed. Viena — Nova York, 1971, p. 456.

154. Cf. L. Adamovich e Hans Spanner, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, p. 456.

relação ao direito pré-constitucional, e outorga-lhe, em relação ao direito pós-constitucional, o monopólio da censura<sup>161</sup>. Configura-se, pois, competência concorrente para apreciar a compatibilidade entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição<sup>162</sup>.

A Lei orgânica do Tribunal Constitucional espanhol prevê, no art. 33, um prazo de três meses para a instauração do processo de controle abstrato de normas a contar da publicação da lei ou do ato normativo com força de lei. Nos termos do art. 2º das disposições transitórias dessa lei, aplica-se ao controle abstrato de normas, ao recurso constitucional e aos conflitos de competência o prazo previsto de três meses para os atos anteriormente editados, a contar da data de instituição do Tribunal (15-7-1980)<sup>163</sup>.

É certo, pois, que com exceção da Corte Constitucional austríaca, procuram os modernos Tribunais Constitucionais assegurar sua competência para aferir a constitucionalidade das leis pré-constitucionais em face da Constituição vigente<sup>164</sup>.

A Constituição brasileira de 1988 não tratou expressamente da questão relativa à constitucionalidade do direito pré-constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se desenvolveu sob a vigência da Constituição de 1967/69, tratava dessa colisão, tal como já mencionado, com base no princípio da *lex posterior derogat priori*.

Já sob o império da nova Constituição teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de discutir amplamente a questão na ADIn 2, da relatoria do eminente Ministro Paulo Brossard. Embora o tema tenha suscitado controvérsia, provocada pela clara manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence em favor da revisão da jurisprudência consolidada do Tribunal, prevaleceu a tese tradicional, esposada pelo Ministro Paulo Brossard.

Em síntese, são os seguintes os argumentos expendidos pelo eminente Ministro Brossard:

“A idéia nuclear do raciocínio reside na superioridade da lei constitucional em relação às demais leis. A Constituição é superior às leis por ser obra do

161. Cf. A. Weber, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien, *JöR*, NF, v. 34 (1985), p. 245 (257-8).

162. A. Weber, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien, *JöR*, NF, v. 34 (1985), p. 245 (258).

163. Cf., a propósito, A. Weber, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien, *JöR*, NF, v. 34 (1985), p. 245 (254).

164. Como ressaltado, essa idéia não se aplica, de forma irrestrita, para a Corte Constitucional espanhola, uma vez que, após o decurso do prazo fixado, não dispõe mais de competência para conhecer da questão no juízo abstrato. No sistema italiano, que não conhece o controle abstrato de normas, impôs-se, desde o início, a idéia de uma *inconstitucionalidade superveniente*.

poder constituinte; ela indica os poderes do Estado, através dos quais a nação se governa, e ainda marca e delimita as atribuições de cada um deles.

Do legislativo, inclusive. Tendo este a sua existência e a extensão dos seus poderes definidos na Constituição, nesta há de encontrar, com a enumeração de suas atribuições, a extensão delas. E na medida em que as exceder estará praticando atos não autorizados por ela. Procede à semelhança do mandatário que ultrapassa os poderes conferidos no mandato.

Assim, uma lei é inconstitucional se e quando o legislador dispõe sobre o que não tinha poder para fazê-lo, ou seja, quando excede os poderes a ele assinados pela Constituição, à qual todos os Poderes estão sujeitos.

Disse-se que a Constituição é a lei maior, ou a lei suprema, ou a lei fundamental, e assim se diz porque ela é superior à lei elaborada pelo poder constituído. Não fora assim e a lei a ela contrária, obviamente posterior, revogaria a Constituição sem a observância dos preceitos constitucionais que regulam sua alteração.

Decorre daí que a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litúrgio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo, ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição que delimita os poderes do Poder Legislativo que elabora a lei, e a cujo império o legislador será sujeito. E em relação a nenhuma outra.

O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos a Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto, só por adinheção poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente.

É por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver incompatibilidade, ocorrerá revogação, dado que, por outro princípio elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham<sup>165</sup>.

O Ministro Sepúlveda Pertence sustentou, por seu turno, a aplicação do princípio da supremacia da Constituição também à lei pré-constitucional. A seguinte passagem contém uma boa síntese dos argumentos expendidos pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

“Indaga, a propósito, o eminente Relator, com a eloquência que o singulariza, “como poderia o legislador observar Constituição inexistente ao tempo

165. Cf. Paulo Brossard, A Constituição e as leis anteriores, *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 180 (1992), p. 125 (126-7).

em que elaborou a lei, como poderia quebrantar normas constitucionais que só mais tarde viriam a ser promulgadas'.

'Mesmo que o legislador fosse vidente' — responde S. Exa. — 'e tivesse a antevisão do que iria acontecer, e de antemão soubesse que uma Constituição com tais e quais preceitos viria a ser promulgada, mesmo assim não lhe poderia obedecer, por estar sujeito aos preceitos e termos da constituição vigente'.

Com todas as vênias, não me convenci de que o argumento, de fascinante cintilação retórica, tivesse maior peso jurídico.

A inconstitucionalidade é apenas o resultado de um juízo de incompatibilidade entre duas normas, ao qual é de todo alheia qualquer idéia de culpabilidade ou responsabilidade do autor da norma questionada pela ilicitude constitucional.

A razão, por isso, cabe a Jorge Miranda (*Manual*, cit., II/250), quando anota que 'a inconstitucionalidade não é primitiva ou subsequente, originária ou derivada, inicial ou ulterior. A sua abstrata realidade jurídico-formal não depende do tempo de produção dos preceitos'.

Atemporal e impessoal, a inconstitucionalidade repele, pois, o que, embora a outro propósito, Calamandrei (*Ilegitimidade Constitucional de las Leyes*, em *Estudios*, cit., III/89) chamou de 'concepção, por assim dizer, antropomórfica do que, na realidade, é somente um conflito objetivo de normas'.

Ao contrário — quando se cuida de inconstitucionalidade superveniente — que advém do cotejo de uma norma editada sob uma ordem constitucional com as normas e princípios de um outro ordenamento, futuro —, a declaração da invalidade sucessiva da lei pode até significar o reconhecimento da lealdade do seu autor aos valores constitucionais da sua época.

Tanto assim é, já antes se observou, que o mesmo conteúdo normativo da regra legal fulminada de inconstitucionalidade superveniente poderá seguir restando os fatos anteriores à nova Lei Fundamental, se assim o determinarem os cânones do direito intertemporal pertinente<sup>166</sup>.

As teses acima contrapostas contêm bons argumentos aptos a legitimar qualquer uma das possíveis conclusões.

Não se deve olvidar, outrossim, tal como enfatizado pelo Ministro Sepúlveda Pertence<sup>167</sup>, que o debate sobre a *inconstitucionalidade* ou *revogação* do direito pré-constitucional em face do direito constitucional superveniente está imantado por uma opção político-constitucional e pragmática, que, diante da inequívoca razoabilidade das orientações, faz prevalecer uma

166. Cf. ADIn 2, Relator: Paulo Brossard, *DI*, 12 fev. 1992. Ver, também, José Paulo Sepúlveda Pertence, Ação direta de inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos, *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 180 (jul./dez. 1992), p. 148 (170).

167. Cf. Pertence, Ação direta de inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos, *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 180 (jul./dez. 1992), p. 148 (170).

das duas posições ou, ainda, permite desenvolver fórmulas de compromisso, com vistas à preservação de competência da jurisdição ordinária para conhecer de questões nos sistemas de controle concentrado.

É inegável, todavia, que a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori* na relação Lei/Constituição não é isenta de problemas, uma vez que esse postulado pressupõe idêntica *densidade normativa*<sup>168</sup>. Até porque, como expressamente contemplado no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, a derrogação do direito antigo não se verifica se a nova lei contiver apenas disposições gerais ou especiais sobre o assunto (*lex generalis* ou *lex specialis*).

Portanto, pode-se afirmar que o princípio da *lex posterior derogat priori* pressupõe, fundamentalmente, a existência de *densidade normativa* idêntica ou semelhante<sup>169</sup> estando, primordialmente, orientado para a substituição do direito antigo pelo direito novo<sup>170</sup>. A Constituição não se destina, todavia, a substituir normas do direito ordinário<sup>171</sup>.

Vale registrar, a propósito, magistério de Ipsen sobre o tema:

"As regras de colisão da ordem jurídica não representam juízos lógicos *a priori*, mas normas que, juntamente com outras regras de interpretação e de aplicação, podem ser designadas como 'direito de aplicação' (*Rechtsanwendungsrecht*). Sua contingência histórica já foi ressaltada inúmeras vezes. O postulado da *lex superior* é fruto do moderno pensamento constitucional, enquanto o princípio da *lex posterior* é consequência do pensamento jurídico racional. (...) A lei posterior pode ser, simultaneamente, uma lei geral, o que permite indagar se a lei especial ou a lei posterior há de ter a primazia. Esses problemas de aplicação do direito não se deixam resolver de forma abstrata; (...) Tem-se, assim, que a regra sobre a força derogatória da *lex posterior* refere-se a uma constelação totalmente diferente daquela pertinente à supremacia do postulado da *lex superior*.

Questão relativa à aplicação da *lex prior* ou da *lex posterior* somente pode surgir no caso de normas de idêntica densidade normativa. Se duas leis, para situações idênticas, determinarem consequências diversas, estará o aplicador do direito diante do problema sobre a aplicação da Lei 'A' ou da Lei 'B', se o conflito não puder ser solvido mediante interpretação (redução teleológica ou extensão). A decisão não fica ao seu alvedrio, devendo, segundo o postulado da *lex posterior*, deixar de aplicar a lei anterior e decidir a questão segundo os parâmetros da lei posterior.

168. Cf., a propósito, Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 163; José de Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 603-4.

169. Cf., a propósito, Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 164.

170. Cf. Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, p. 165.

171. Cf. Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, p. 165.

Outra é a situação quando se tem um conflito entre lei e Constituição. A Constituição estabelece, frequentemente — seja nos direitos fundamentais, nos princípios constitucionais ou nas disposições programáticas —, apenas assertivas gerais que reclamam concretização para que possam desenvolver eficácia normativa. Se o juiz ou outro aplicador chegar à conclusão de que a lei contraria a Constituição, não poderá ele aplicar, indiscriminadamente, a Constituição em lugar da lei, uma vez que, a despeito de qualquer esforço, dificilmente se logra extrair da Constituição uma regulação positiva sobre situações específicas. (...) Enquanto a regra de colisão relativa à *lex posterior* pressupõe duas leis contraditórias de idêntica densidade normativa, surge na contradição entre a lei e a Constituição um déficit normativo: a *lex superior* não logra colmatar diretamente as lacunas surgidas. (...) Pode-se avançar um passo: Quando se cuidar de colisão de normas de diferente hierarquia, o princípio da *lex superior* afasta outras regras de colisão. A utilização de uma ou de outra regra de colisão poderia levar ao absurdo de permitir que a lei ordinária — enquanto lei especial ou posterior — afastasse a incidência da Constituição enquanto lei geral ou *lex prior*<sup>172</sup>.

Conclusão bastante semelhante foi sustentada por Castro Nunes já nos idos de 1943:

“Não contendo que a incompatibilidade se resolve numa revogação, o que resulta da anterioridade da norma. Mas perde-se de vista o outro elemento, a diversidade hierárquica das normas.

A teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis do mesmo nível. Mas se a questão está em saber se uma norma pode continuar a vigor em face das regras ou princípios de uma Constituição, a solução negativa só é revogação por efeito daquela anterioridade; mas tem uma designação peculiar a esse desnível das normas, chama-se declaração de inconstitucionalidade<sup>173</sup>.”

Assim, há de se partir do princípio de que, em caso de colisão de normas de diferentes hierarquias, o postulado da *lex superior* afasta outras regras de colisão<sup>174</sup>. Do contrário, chegar-se-ia ao absurdo, destacado por Ipsen, de que a lei ordinária, enquanto lei especial ou *lex posterior*, pudesse afastar a norma constitucional, enquanto *lex generalis* ou *lex prior*<sup>175</sup>.

172. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 162-4.

173. José de Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 602-3.

174. Cf. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 164.

175. Cf., a propósito, Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 164.

Um último argumento — estranhamente não trazido à baila pelos defensores da tese que equipara, do prisma conceitual, a incompatibilidade originária ou superveniente da lei com a Constituição — extrai-se das regras disciplinadoras do recurso extraordinário no direito brasileiro.

Nos termos do art. 102, III, *a, b, c e d*, o recurso extraordinário somente poderá ser admitido quando a decisão recorrida:

- “a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal” (redação conferida pela EC n. 45/2004).

Embora a doutrina e a jurisprudência não tenham dúvida em afirmar o cabimento de recurso extraordinário, se se assevera a inconstitucionalidade da lei em face de Constituições anteriores, parece inequívoco que o constituinte concebeu esse instituto, fundamentalmente, para a defesa da Constituição atual. Tanto é que, nos casos das alíneas *a e c* do inciso III do art. 102, estabelece-se, expressamente, que o recurso será cabível quando a *decisão contrariar esta Constituição* ou quando *julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição*.

É fácil ver que o constituinte não concebeu a contrariedade a esta Constituição, em qualquer de suas formas, inclusive no que concerne à aplicação de leis pré-constitucionais, como simples questão de direito intertemporal, pois, do contrário, despicendo seria o recurso extraordinário. Da mesma forma, afirmar a validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição não parece traduzir juízo de mera compatibilidade entre o direito ordinário e a Constituição, tendo em vista também o postulado da *lex posterior*.

Essa conclusão resulta ainda mais evidente da cláusula contida no art. 102, III, *b*, que admite o recurso extraordinário contra decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal. Significa dizer que qualquer juízo sobre a incompatibilidade entre a lei federal ou o tratado pré-constitucional e a Constituição atual levado a efeito pela instância *a quo* é valorado pela Constituição como *declaração de inconstitucionalidade*, dando ensejo, por isso, ao recurso extraordinário.

Tais reflexões permitem afirmar que, para os fins de controle de constitucionalidade *incidenter tantum* no âmbito do recurso extraordinário, não assume qualquer relevância o momento da edição da lei, configurando eventual contrariedade à Constituição atual questão de constitucionalidade e não de mero conflito de normas a se resolver com a aplicação do princípio da *lex posterior*.



Diante de todos esses argumentos e considerando a razoabilidade e o significado para a segurança jurídica da tese que recomenda a extensão do controle abstrato de normas também ao direito pré-constitucional, não se afigura despropositado recomendar a revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a matéria<sup>176</sup>.

## 7. A existência da norma e o controle preventivo

O controle abstrato de normas pressupõe, também na ordem jurídica brasileira, a existência formal da lei ou do ato normativo, após a conclusão definitiva do processo legislativo. Não se faz mister, porém, que a lei esteja em vigor. Tal como explicitado em acórdão de 1991, a ação direta de inconstitucionalidade somente pode ter "como objeto juridicamente idôneo leis e atos normativos, federais e estaduais, já promulgados, editados e publicados"<sup>177</sup>. Essa orientação exclui a possibilidade de se propor ação direta de inconstitucionalidade de caráter preventivo<sup>178</sup>.

### 7.1. A problemática dos tratados

Ao contrário do sistema adotado na Alemanha, o Congresso Nacional aprova o tratado mediante a edição de decreto legislativo (CF, art. 49, I), ato que dispensa sanção ou promulgação por parte do Presidente da República. Tal como observado, o decreto legislativo contém a aprovação do Congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República o ratifique em nome da República Federativa do Brasil<sup>179</sup>. Esse ato não contém, todavia, uma ordem de execução do tratado no território nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação. Com a promulgação do tratado por meio do decreto do Chefe do Executivo, recebe aquele ato a ordem de execução, passando, assim, a ser aplicado de forma geral e obrigatória<sup>180</sup>.

Esse modelo permite a propositura da ação direta para aferição da constitucionalidade do decreto legislativo, possibilitando que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem jurídica interna ainda sejam obstadas. É dispensável, pois, qualquer esforço com vistas a conferir caráter preventivo ao controle abstrato de normas na hipótese.

176. A Lei n. 9.882, de 1999, ao regular a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), abriu a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional, fornecendo, assim, uma saída para o impasse (art. 1º, parágrafo único).

177. ADIn 466-2. Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 10 maio 1991, p. 5929-30.

178. ADIn 466, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 10 maio 1991, p. 5929; ver, também, Mendes, *Controle de constitucionalidade*, p. 264.

179. J. F. Rezek, *Direito dos tratados*, p. 332.

180. J. F. Rezek, *Direito dos tratados*, p. 383.

É possível, igualmente, utilizar-se da medida cautelar para retardar ou suspender a ratificação dos tratados até a decisão final (art. 102, I, p, da Constituição)<sup>181</sup>.

Em 1997, o Tribunal teve a oportunidade de apreciar, na ADIn 1.480, a constitucionalidade dos atos de incorporação, no direito brasileiro, da Convenção n. 158 da OIT. A orientação perfilhada pela Corte é a de que é na Constituição da República que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro, pois o primado da Constituição, em nosso sistema jurídico, é oponível ao princípio do *pacta sunt servanda*, inexistindo, portanto, em nosso direito positivo, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, "cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público"<sup>182</sup>.

### 7.2. Direito revogado

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera inadmissível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo já revogado<sup>183</sup>. Sob o império da Constituição de 1967/69 entendia-se que, se a revogação ocorresse após a propositura da ação, era possível que o Tribunal procedesse à aferição da constitucionalidade da lei questionada, desde que a norma tivesse produzido algum efeito no passado. Caso contrário, proceder-se-ia à extinção do processo por falta de objeto<sup>184</sup>. Elidida-se, assim, a possibilidade de que o legislador viesse a prejudicar o exame da questão pelo Tribunal através da simples revogação.

Esse entendimento do Tribunal impôs-se contra a resistência de algumas vozes. Sustentou-se a opinião de que, se a lei não está mais em vigor, isto é, se ela não mais existe, não haveria razão para que se aferisse a sua validade no âmbito do controle de constitucionalidade<sup>185</sup>.

181. Não há clareza na jurisprudência do Tribunal sobre o significado da medida liminar no controle abstrato de normas. Às vezes se cogita de *suspensão de vigência* ou de *suspensão de eficácia*, ou, ainda, de uma *suspensão de execução* (Rp. 933, Relator: Ministro Thompson Flores, RTJ n. 76, p. 342; Rp. 1.391, Relator: Ministro Moreira Alves, p. 188 e s.).

182. Cf. ADInMC 1.480, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 26 jun. 2001.

183. Rp. 1.034, Relator: Ministro Soares Muñoz, RTJ n. 111, p. 546; Rp. 1.120, Relator: Ministro Decio Miranda, RTJ n. 107, p. 928-30; Rp. 1.110, Relator: Ministro Néri da Silveira, DJ, 25 mar. 1983.

184. Rp. 876, Relator: Ministro Bilac Pinto, DJ, 15 jun. 1973; Rp. 974, Relator: Ministro Cunha Peixoto, RTJ n. 84, p. 39; Rp. 1.161, Relator: Ministro Néri da Silveira, RTJ n. 115, p. 576-89.

185. Voto vencido do Ministro Moreira Alves, Rp. 971, Relator: Ministro Djaci Falcão, RTJ n. 87, p. 758 (765).

O entendimento dominante subsistiu, ainda, sob o regime da Constituição de 1988<sup>186</sup>.

Essa orientação sofreu mudança a partir do julgamento da ADIn (QO) 709-PR, quando o Supremo Tribunal Federal passou a admitir que a revogação superveniente da norma impugnada, independentemente da existência, ou não, de efeitos residuais e concretos, prejudica o andamento da ação direta<sup>187</sup>.

A posição do Tribunal que obsta ao prosseguimento da ação após a revogação da lei pode levar, seguramente, a resultados insatisfatórios. Se o Tribunal não examina a constitucionalidade das leis já revogadas, torna-se possível que o legislador consiga isentar do controle abstrato lei de constitucionalidade duvidosa, sem estar obrigado a eliminar as suas consequências inconstitucionais. É que mesmo uma lei revogada configura parâmetro e base legal para os atos de execução praticados durante o período de sua vigência<sup>188</sup>.

Contra essa objeção poder-se-ia afirmar que a existência de amplo controle incidente de normas possibilita que se conteste a constitucionalidade de uma lei no caso concreto, sendo dispensável, portanto, a utilização, nesses casos, do controle abstrato.

Evidentemente, não se pode afirmar, com segurança, que qualquer indivíduo dispõe de condições de provocar o exame da matéria no controle incidental, uma vez que esse sistema pressupõe sempre a defesa de um interesse jurídico específico, que nem sempre pode ser demonstrado<sup>189</sup>.

Por outro lado, a renúncia a uma aferição de constitucionalidade da lei revogada não se deixa compatibilizar facilmente com a natureza e os objetivos do controle abstrato de normas, que se destina, fundamentalmente, à defesa da Constituição e ao estabelecimento de segurança jurídica.

É certo, por outro lado, que tal orientação acaba por ensejar fraude contra a jurisdição constitucional, com a frustração do exame definitivo de determinadas matérias pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, registre-se excerto de voto que proferi em Questão de Ordem na ADIn 1.244-SP. Cuidava-se de caso no qual o TRT da 8ª Região — Campinas havia comunicado a revogação de Resolução anterior, que concedia vantagem funcional a magistrados. Anotei, a propósito:

186. ADIn 434, Relator: Ministro Octavio Gallotti, DJ, 17 jun. 1991, p. 8171; ADIn 502, Relator: Ministro Paulo Brossard, DJ, 27 maio 1991, p. 6906.

187. ADIn 709, Relator: Ministro Paulo Brossard, DJ, 20 maio 1992, p. 12248; ADIn 262, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 8 mar. 1993; ADIn 712, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 25 fev. 1993, p. 2287.

188. Rinck, Initiative für die verfassungsmässige Prüfung von Rechtsnormen, *EuGRZ* 1974, p. 91 (96).

189. Cf. Bryde, *Verfassungsentwicklung Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 106.

“Tal como ocorre na ADIn 1.244, na ADIn 1.661 o Procurador-Geral da República impugnava Resolução Administrativa n. 116/97 do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, que concedeu aos juizes e servidores daquela Região reajuste na ordem de 10,94% a partir de abril de 1994 até janeiro de 1995. Após o ajuizamento da Ação, a Resolução foi revogada pelo próprio TRT, o que ocasionou a extinção da Ação Direta, por prejudicialidade. No caso em discussão, conforme adverte o Procurador-Geral da República, o Tribunal Regional do Trabalho não se limitou a revogar a resolução inquirida de inconstitucional. Cuidou de editar outra de teor semelhante, que também foi impugnada pelo Procurador-Geral da República perante esta Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.781, da relatoria do Ministro Néri da Silveira. Na ADIn 1.781, impugnou-se a Resolução Administrativa tomada no Processo GDG n. 353/97 pelo TRT da 15ª Região, que ‘reconheceu a existência de direito ao reajuste de 11,98% a partir de abril de 1994, com os valores corrigidos monetariamente, resultado da conversão em URV — Unidade Real de Valor dos vencimentos dos Juizes Togados, Classistas e servidores da Região, ativos e inativos’”.

A liminar foi deferida na ADIn 1.781. Na oportunidade, apontou Néri da Silveira o propósito do TRT da 15ª Região em tornar ineficaz a cautelar deferida na ADIn ora em exame, *verbis*:

“Sendo evidente, de outra parte, que o Tribunal requerido em deliberando como fez, pretendeu tornar ineficaz a cautelar na ADIn 1.244-4, ao revogar a Decisão Administrativa sobre a mesma matéria dela objeto, proponho se confira à presente cautelar a eficácia ‘ex tunc’, de tal maneira que os efeitos da referida decisão normativa ora impugnada e antes aludida, sejam inteiramente insubsistentes, com a imediata devolução dos valores eventualmente pagos, em desrespeito às decisões do Supremo Tribunal Federal”.

E mais, não deixou Maurício Corrêa de registrar sua perplexidade perante a atitude daquela Corte trabalhista, *verbis*:

“Não poderia deixar de externar minha estranheza em face do comportamento dos juizes responsáveis por esses atos. Disso nasce o desrespeito e a falta de credibilidade do Poder Judiciário. Se já havia decisão nesse sentido, a mim parece que não lhes competia, sob o ponto de vista da exação do cumprimento do dever, como magistrados, tomarem atitudes dessa natureza.

Fica, portanto, o meu registro de certa indignação com relação a esse procedimento”.

A ADIn 1.781 não foi submetida ao exame de mérito. Isso porque também o ato ali impugnado restou revogado pelo TRT da 15ª Região<sup>190</sup>.

190. Decisão de 3 de outubro de 2002, subscrita pelo Ministro Maurício Corrêa, relator após a redistribuição do processo. A decisão reconheceu o prejuízo da ADIn, nos seguintes ter-

A questão colocada por iniciativa do Procurador-Geral afigura-se legítima. Admitindo-se, conforme já exposto, que o exercício da jurisdição constitucional abstrata não se volta exclusivamente ao plano da vigência, e evidenciado o propósito da Constituição de 1988 no sentido do reforço do sistema de controle abstrato de constitucionalidade, parece evidente que a linha jurisprudencial inaugurada com a ADIn 709 implica inaceitável limitação ao amplo exercício da competência constitucional do STF<sup>191</sup>.

Por fim, é necessário não esquecer da consolidação da arguição de descumprimento de preceito fundamental como mecanismo subsidiário às ações diretas. Admitindo-se a utilização da ADPF para o exame da constitucionalidade de atos revogados, não é difícil imaginar que a extinção de uma ação direta por prejudicialidade, nos termos ora colocados, daria espaço ao uso imediato da arguição. Assim, sob uma perspectiva de economia processual, já não faria sentido a manutenção daquela idéia de prejudicialidade.

### 7.3. O controle de constitucionalidade das medidas provisórias<sup>192</sup>

#### a) Considerações preliminares

Nenhuma dúvida subsiste sobre a admissibilidade do controle abstrato em relação às medidas provisórias<sup>193</sup>. O Supremo Tribunal Federal tem conce-

mos: "... promovido o desfazimento do ato normativo impugnado, pela via da revogação, não há mais, em verdade, a norma jurídica. Nenhum efeito pode ela mais produzir: O Supremo Tribunal Federal não tem, por conseguinte, nada mais o que decidir. Ante o exposto, com fundamento no artigo 21, IX, do RISTF, e em sintonia com a jurisprudência desta Corte, julgo prejudicada a ação, por perda de seu objeto".

191. É de ressaltar, no entanto, que a matéria ainda pendente de definição pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em razão do pedido de vista da Ministra Ellen Gracie. Cf. 2ª QO na ADIn 1.244, Rel. Min. Gilmar Mendes.

192. Perdeu relevância a discussão sobre a reedição de medidas provisórias com o advento da Emenda Constitucional n. 32/2001, que proibiu a reedição, admitindo apenas a prorrogação de vigência pelo prazo de sessenta dias (art. 62, § 7º).

193. Em 1990, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADIn 295, chegou a sustentar que não se deveria fazer o controle de constitucionalidade de medida provisória antes de uma deliberação definitiva do Congresso Nacional. A seguinte passagem do voto sintetiza a argumentação desenvolvida pelo eminente Ministro, *verbis*:

"A medida provisória (...) é editada de forma provisória, como está na própria designação, para que ocorra o pronunciamento do Congresso Nacional. E uma vez decorrendo o prazo — ficando, portanto, fulminada *ab initio* a medida provisória —, ao Congresso Nacional cumpre disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes.

Indaga-se, frente à harmonia entre os Poderes — base de um entendimento maior — essa apreciação pode ser obstaculizada por uma ação direta de inconstitucionalidade? É esta a matéria que coloco. A meu ver, não pode ser obstaculizada porque, caso contrário, o Judiciário estará adentrando um campo em relação ao qual se tem a previsão da atuação de um outro Poder, que é o Poder Legislativo. E na apreciação da ação direta de inconstitucionalidade, poder-se-á chegar, até mesmo à declaração da peca e, mediante essa declaração, à retirada de qualquer efeito da medida no mundo jurídico.

dido inúmeras liminares com o propósito de suspender a eficácia dessas medidas como ato dotado de força normativa, ressaltando, porém, a sua validade enquanto proposição legislativa suscetível de ser convertida ou não em lei<sup>194</sup>.

Não se questiona, diante da jurisprudência tradicional do Tribunal que, rejeitada expressamente a medida provisória ou decorrido *in albis* o prazo constitucional para sua apreciação pelo Congresso Nacional, há de se ter por prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade<sup>195</sup>.

Igualmente pacífico se afigura o entendimento segundo o qual "não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade material de medida provisória a sua intercorrente conversão em lei sem alterações, dado que a sua aprovação e promulgação integrais apenas lhe tornam definitiva a vigência, com eficácia *ex tunc* e sem solução de continuidade, preservada a identidade originária do seu conteúdo normativo, objeto da arguição de invalidade"<sup>196</sup>.

Não parece, todavia, isenta de dúvida a jurisprudência que entende prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade em decorrência da aprovação da medida provisória com alterações, considerando inadmissível até o eventual aditamento da inicial para os fins de adequação do pedido originariamente formulado à nova conformação do texto normativo<sup>197</sup>.

As medidas provisórias não se confundem com as leis temporárias exatamente porque suas disposições são dotadas de pretensão de definitividade e

Vejam os eminentes Parees que a Constituição revela que o Congresso Nacional, na hipótese de decurso do prazo, deve disciplinar as relações jurídicas decorrentes das medidas provisórias. Essa disciplina não pode ser e não é alcançável mediante uma ação direta de inconstitucionalidade.

Por isso, Senhor Presidente, muito embora admitindo a normatividade da medida, tenho para mim que não cabe, contra essa mesma medida, contra esse instituto, ação direta de inconstitucionalidade.

É a matéria preliminar que exponho, convencido que estou da necessidade de se preservar a própria atuação do Legislativo; da necessidade, até mesmo, de se adotar uma política judiciária que homenageie, no caso, a assunção de responsabilidade pelos Poderes da União. Inicialmente, portanto, permito-me, frente até mesmo ao Regimento da Casa, expor esta matéria — não sei se anteriormente foi discutida, porque tomei posse há pouco — concluindo pela impertinência da ação direta de inconstitucionalidade contra medida provisória" (ADIn 295, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ, 22 ago. 1997). Essa preliminar foi rejeitada categoricamente pelo Tribunal.

194. ADIn 293, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 16 abr. 1993, p. 6429; ADIn 427, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ, 1º fev. 1991, p. 351.

195. ADIn 525, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ, 4 set. 1991, p. 11929; ADIn 529, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ, 4 set. 1991, p. 11930; ADIn 298, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 21 nov. 1990, p. 13427; ADIn 300, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 21 nov. 1990, p. 13427; ADIn 292, Relator: Ministro Paulo Brossard, DJ, 16 abr. 1993, p. 6428.

196. ADIn 691, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ, 19 jun. 1992, p. 9519-20.

197. ADIn 258, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 28 fev. 1992, p. 2169.

destinam-se a ser mantidas sob a forma de lei<sup>198</sup>. Em outros termos, *precária é apenas a medida provisória enquanto ato normativo; as disposições dela constantes estão vocacionadas a uma vigência indeterminada*.

Relevante, portanto, para o processo de controle de normas, não é saber se determinada medida provisória foi aprovada com alteração, mas sim se essas modificações alteraram, substancialmente, o objeto da ação instaurada, de modo a afetar a sua própria existência.

É fácil ver que a aprovação de medida provisória com simples alteração formal do texto originário não deveria suscitar maiores problemas no juízo abstrato de normas, uma vez que restaria íntegro e plenamente válido o pedido formulado, sendo facultado ao Tribunal, se entender devido, requerer novas informações junto ao Poder Executivo, bem como solicitar as informações do Congresso Nacional. As manifestações da Advocacia-Geral da União e do Procurador-Geral da República, se já verificadas, poderiam ser, igualmente, aditadas sem nenhum prejuízo para a ordem processual.

Evidentemente, se a medida provisória for aprovada com alterações de tal monta que importem mesmo na derrogação da disposição normativa impugnada<sup>199</sup>, nada mais resta senão proceder à extinção do processo.

Ao contrário, subsistente, na sua essência, a disposição que deu ensejo à propositura da ação, não deve o feito ser extinto, porque resta íntegra a pretensão formulada legitimamente por um dos titulares do direito de propositura, inexistindo solução de continuidade no plano de vigência das normas.

Assim, se o art. 1º da medida provisória *x* continua a vigorar, na sua essência, como art. 1º ou como art. 2º da lei *y*, não há de se cogitar de derrogação ou ab-rogação.

Dúvidas poderiam surgir se o texto impugnado da medida provisória fosse aprovado com significativas alterações de forma ou conteúdo.

Como explicitado, as modificações de índole formal não parecem aptas a afetar a existência do processo de controle abstrato, instaurado com o objetivo de aferir a legitimidade de determinada disposição em face da Constituição, não devendo assumir, por isso, maior importância o fato de a disposição ter sido aprovada como art. 4º da lei *y* e não como art. 1º, tal como proposto na medida provisória. Da mesma forma, alterações redacionais não devem levar ao entendimento de que se cuida agora de outra norma, que, por isso, deve ter a sua constitucionalidade aferida em novo processo.

A questão poderia merecer disciplina legislativa específica tendente a superar o problema, com a autorização para que o Tribunal conhecesse da ação

198. Cf. sobre o assunto, no direito italiano, Carlo Esposito, Decreto-legge, in *Enciclopedia del Diritto*, Varese, 1962, v. 11, p. 831 (845).

199. ADIn 399, Relator: Ministro Néri da Silveira, DJ, 7 fev. 1992, p. 737.

em semelhantes casos, sempre que se não pudesse afirmar que, no processo de conversão em lei, a disposição impugnada constante da medida provisória sofreu alterações que afetaram profundamente a sua própria identidade.

Assim, ficaria o Tribunal legitimado a aferir a legitimidade e, eventualmente, a declarar a inconstitucionalidade também de disposição incorporada ao texto da lei em que se converteu a medida provisória, desde que houvesse identidade fundamental entre a disposição originalmente impugnada e o texto normativo constante da lei.

A propósito, mencione-se que, nos termos do § 78 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*<sup>200</sup>, está o Tribunal Constitucional autorizado a estender a declaração de inconstitucionalidade "a outras disposições da mesma lei", entendida a expressão não apenas como autorizativa de pronúncia de nulidade em relação a outros dispositivos da mesma lei, mas também a disposições semelhantes que alterem ou derroguem o texto impugnado<sup>201</sup>.

Orientação semelhante poderia ser adotada entre nós, tendo em vista sobretudo a necessidade de solver o problema — indubitavelmente sério — do controle de constitucionalidade abstrato das medidas provisórias.

#### b) Cautelar e medida provisória

No prazo estabelecido para a vigência da medida provisória (60 dias) torna-se praticamente impossível uma decisão definitiva sobre a constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal tem concedido liminares contra determinadas medidas provisórias, ressaltando que, ante a sua característica ambivalente (ato com força de lei e projeto de lei), a medida cautelar destina-se tão somente a retirar a força normativa do ato normativo em referência<sup>202</sup>.

200. É a seguinte a redação do § 78 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*:

"Caso o Tribunal Federal Constitucional forme a convicção de que o direito federal é incompatível com a Lei Fundamental ou que o direito estadual conflita com a constituição ou outro direito federal, deve-se proceder à declaração de inconstitucionalidade.

Se outras disposições da mesma Lei, pela mesma razão, forem incompatíveis com a Lei Fundamental ou outro direito federal, deve o Tribunal Federal Constitucional declarar, igualmente, a sua nulidade".

201. Ulsamer, in Maunz, dentre outros, *BVerfGG*, § 78, n. 25. Ver, também, Mendes, *Controle de constitucionalidade*, p. 270 e s.

202. Cf. voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADIn 293, Relator: Ministro Celso de Mello, no qual se afirma claramente que "a emissão pelo Presidente da República de uma medida provisória desdobra-se em dois momentos de significação constitucional inconfundível: o primeiro, é a edição de um ato normativo, com eficácia imediata de lei, posto que provisória e resolúvel; o segundo momento é a submissão desse ato normativo, sem prejuízo dessa eficácia provisória imediata ao Congresso Nacional, não apenas para ratificar os efeitos imediatos produzidos, mas para a conversão em lei, de eficácia definitiva, do mesmo conteúdo normativo da

Caberia, portanto, ao Congresso Nacional apreciar a medida provisória enquanto simples projeto de lei.

Essa orientação tem permitido que o Executivo promova a reedição de medidas provisórias que já tiveram o seu conteúdo parcial ou totalmente suspenso por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Evidentemente, esse déficit processual acaba provocando um grande desconforto no plano material, permitindo que atos que sofreram uma explícita censura, ainda que em sede de cautelar, continuem a vigorar no ordenamento jurídico.

Numa tentativa de minimizar os problemas decorrentes da reedição da medida provisória impugnada em sede de ação direta, tem o Supremo Tribunal Federal admitido que se proceda a um pedido de aditamento, de modo que se permita o prosseguimento de ação e a extensão dos efeitos da cautelar eventualmente concedida.

A Lei n. 9.868, de 1999, estabelece um procedimento sumário para o julgamento de determinadas questões, como se pode ler no art. 12, *verbis*:

“Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”.

Embora não se destine exclusivamente à hipótese de julgamento da constitucionalidade de medida provisória, é certo que a aplicação desse “procedimento sumário” poderá obviar uma série de dificuldades relacionadas com a cautelar que suspende a vigência de uma medida provisória.

Esse entendimento parece encontrar respaldo no próprio desenvolvimento doutrinário efetuado pelo Supremo Tribunal Federal. É o que se pode ler, v.g., na seguinte passagem do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, *verbis*:

“Ao enfrentar, pela primeira vez, uma ação direta contra uma medida provisória — ADIn 162, relativa à prisão temporária —, observei que, sob pena de frustrar-se a jurisdição constitucional do Supremo sobre a medida provisória, particularmente em relação às arguições, contra a sua validade formal, seria inevitável que, muitas vezes, no julgamento dos pedidos cautelares, se aprofun-

medida provisória” (RTJ n. 146, p. 723). Em seguida, conclui Sua Excelência que somente “pode ser objeto da ação direta a medida provisória, enquanto ato normativo e, por conseguinte, só a sua eficácia — essa eficácia provisória, mas imediata de lei — é que pode ser objeto de suspensão liminar (...)” (RTJ n. 146, p. 723).

dasse a cognição do mérito da arguição muito além da delibação normal nos juízos liminares”<sup>203</sup>.

Se se afigura necessário proceder a um exame aprofundado da arguição, parece de todo recomendável que o Tribunal adote um modelo de procedimento sumário que permita o julgamento definitivo da controvérsia, tornando dispensável a discussão da matéria em sede de cautelar.

### c) Aditamento da inicial

Embora o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não contemple, expressamente, a possibilidade de alteração na petição inicial, reconheceu a jurisprudência do Tribunal a possibilidade de aditamentos ou emendas à inicial<sup>204</sup>.

No regime anterior à Emenda n. 32, as medidas provisórias suscitavam problema específico, uma vez que, aprovadas dentro do prazo de trinta dias, eram convertidas em lei, não raras vezes, com alterações significativas de forma e de fundo.

O Supremo Tribunal Federal vinha considerando inadmissível o prosseguimento de ação proposta contra a medida provisória mediante simples aditamento da inicial.

Foi o que se decidiu na ADIn 258, da relatoria do Ministro Celso de Mello, como se depreende de passagem da ementa:

“A lei de conversão, derivada de medida provisória objeto de ação direta de inconstitucionalidade, tendo operado alterações profundas no conteúdo material desse ato normativo editado pelo Presidente da República, constitui espécie jurídica diversa, não podendo ser impugnada na mesma ação, mediante simples aditamento da inicial”.

Essa orientação afigura-se duvidosa do prisma do processo e da dogmática constitucional, porquanto rejeita a possibilidade de continuação do processo pelo fato de a medida provisória ter sido convertida em lei, sem que tenha havido solução de continuidade ou interrupção — e, portanto, mudança substancial — no plano de vigência do ato normativo<sup>205</sup>.

203. ADIn 293, Relator: Ministro Celso de Mello, RTJ n. 147, p. 707 (725).

204. ADIQUO 258/DF, Relator: Ministro Aldir Passarinho, DJ, 28 fev. 1992.

205. Da mesma forma, parece inconsistente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que exigia o pedido de aditamento da inicial para prosseguimento do processo e julgamento de ADIn proposta contra medida provisória reeditada ou reproduzida sucessivas vezes.

Se o Tribunal admite a reedição como legítima, inclusive para fins de contagem do prazo para exigência da contribuição social (CF, art. 195, § 6º), não se afigura compreensível que, para

Se se entender que o tema merece uma disciplina legal específica, propõe-se seja acrescentado à lei que dispõe sobre o controle abstrato de normas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a seguinte disposição:

“Art. 5º Alterada substancialmente disposição de medida provisória objeto de ação direta de inconstitucionalidade, deverá o requerente solicitar imediatamente o aditamento da inicial, sob pena de arquivamento da ação.

Parágrafo único. O processo relativo a ação direta de inconstitucionalidade contra disposição de medida provisória convertida em lei, sem alteração substancial, prosseguirá independentemente de pedido de aditamento”.

De qualquer forma, afigura-se recomendável que se altere a orientação hoje dominante, admitindo-se o prosseguimento da ADIn contra medida provisória convertida em lei, desde que a conversão não introduza alterações que afetem a substância da decisão de caráter normativo contida na medida provisória impugnada.

O aditamento da inicial somente seria exigido para aqueles casos em que se operou uma alteração substancial de conteúdo normativo no contexto da sua conversão em lei. Da mesma forma, parece dispensável o aditamento caso se cuide de vício formal da própria medida provisória. Nessa hipótese, eventual conversão em lei poderá não ser suficiente para elidir o vício de origem.

efeito do julgamento da subsistência ou não do processo, faça a questão depender da iniciativa continuada do requerente, que se vê obrigado a apresentar repetidos aditamentos em face das sucessivas reedições das medidas provisórias.

Assim, se se passasse a entender que, deferida a liminar, restaria suspenso o conteúdo normativo da medida provisória (*medida provisória enquanto ato normativo*), independentemente das múltiplas reedições, o Tribunal prestaria um grande serviço ao próprio requerente, que ficaria desobrigado de reiterar sucessivas vezes o pedido de aditamento da inicial. Da mesma forma, não tendo ocorrido o julgamento do pedido de liminar dentro do prazo de vigência da medida provisória, poderia o Tribunal dele conhecer, quando da reedição, independentemente de qualquer aditamento.

Com isso, exonerar-se-ia o requerente da ADIn do dever de protocolar sucessivos pedidos de aditamento em relação a objeto normativo idêntico.

A jurisprudência passou a provocar um outro efeito igualmente danoso para a credibilidade do sistema.

O requerente da ADIn poderia valer-se do não-aditamento da inicial para “desistir” da ação, especialmente se não obtivesse a liminar ou se, no julgamento desta, obteve sinais inequívocos de que não logrará êxito na decisão definitiva. Ao considerar “prejudicada” a ADIn pela reedição sem a apresentação do aditamento, o Tribunal estava a provocar exatamente o resultado desejado pelo requerente, que, com sua inércia, busca desistir da ação direta, cujo desfecho agora se lhe afigura desfavorável.

Portanto, a orientação do Supremo Tribunal Federal dava azo a que o requerente desistisse da impugnação depois de ter colhido o indeferimento do pedido de liminar.

d) ADIn contra medida provisória convertida em lei e vício formal da medida provisória

No julgamento das ADIns 3.090 e 3.100<sup>206</sup> suscitou-se dúvida sobre a possibilidade de prosseguimento da ação direta de inconstitucionalidade, após a conversão da medida provisória em lei. Cuidava-se de impugnação de medida provisória que teria sido editada em desacordo com a norma contida no art. 246 da Constituição<sup>207</sup>.

Refiro-me à edição de medida provisória naquelas matérias vedadas pela Constituição, a partir do disposto no art. 246. No meu voto, defendi a continuidade das ações, pelas razões seguintes.

O campo normativo em que a lei de conversão incide, por evidente, é idêntico àquele da medida provisória originalmente impugnada nesta ação direta. E, nesse ponto, vislumbro uma continuidade normativa substancial, a afastar aquela idéia de prejudicialidade da ação direta.

Há, em outras palavras, um potencial vício formal que subsiste na lei de conversão.

A questão, basicamente, é a de saber se a conversão legislativa sana eventuais vícios formais contidos na medida provisória. Nos casos em exame, a MP n. 144 foi impugnada, dentre outros aspectos, por alegada ofensa ao art. 246 da Constituição. A questão é relevantíssima. Poderíamos estar, por exemplo, diante de uma conversão de medida provisória sobre matéria penal.

E aqui, quero enfatizar, estamos diante de um daqueles casos em que um dos papéis fundamentais da jurisdição constitucional está em jogo. Refiro-me à função da Corte no que toca à proteção dos direitos fundamentais e à proteção das minorias.

Tem-se aqui uma outra dimensão da proposta de Kelsen, que associava a jurisdição constitucional à democracia, na medida em que esta atuasse na defesa ou na proteção de minorias.

Como se sabe, devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição a um aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias. A opção de Kelsen pelo modelo democrático está vinculada à concepção teórica do relativismo. O sistema democrático não se legitima pela verdade, mas sim pelo consenso<sup>208</sup>.

206. ADIns 3.090 e 3.100, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento não encerrado. Com vistas para o Ministro Eros Grau desde 25-8-2004.

207. Art. 246 da CF: “É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive” (artigo acrescentado pela EC n. 6, de 15-8-1995. A EC n. 7, da mesma data, repete essa inclusão. Redação dada pela EC n. 32, de 11-9-2001).

208. Kelsen, Hans. *Von Wesen und Wert der Demokratie*. 2. ed., 1929, p. 101.

Na famosa conferência proferida perante a Associação dos Professores de Direito Público alemães, Kelsen deixou claro que a jurisdição constitucional haveria de ter um papel central em um sistema democrático moderno:

“Contra as muitas censuras que se fazem ao sistema democrático — muitas delas corretas e adequadas —, não há melhor defesa senão a da instituição de garantias que assegurem a plena legitimidade do exercício das funções do Estado. Na medida em que a ampla o processo de democratização, deve-se desenvolver também o sistema de controle. E dessa perspectiva que se deve avaliar aqui a jurisdição constitucional. Se a jurisdição constitucional assegura um processo escorreito de elaboração legislativa, inclusive no que se refere ao conteúdo da lei, então ela desempenha uma importante função na proteção da minoria contra os avanços da maioria, cuja predominância somente há de ser aceita e tolerada se exercida dentro do quadro de legalidade. A exigência de um quórum qualificado para a mudança da Constituição traduz a idéia de que determinadas questões fundamentais devem ser decididas com a participação da minoria. A maioria simples não tem o direito de impor a sua vontade — pelo menos em algumas questões — à minoria. Nesse ponto, apenas mediante a aprovação de uma lei inconstitucional poderia a maioria afetar os interesses da minoria constitucionalmente protegidos. Por isso, a minoria, qualquer que seja a sua natureza — de classe, de nacionalidade ou de religião — tem um interesse eminente na constitucionalidade da lei.

Isto se aplica sobretudo em caso de mudança das relações entre maioria e minoria, se uma eventual maioria passa a ser minoria, mas ainda suficientemente forte para obstar uma decisão qualificada relativa à reforma constitucional. Se se considera que a essência da democracia reside não no império absoluto da maioria, mas exatamente no permanente compromisso entre maioria e minoria dos grupos populares representados no Parlamento, então re-presenta a jurisdição constitucional um instrumento adequado para a concretização dessa idéia. A simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa para a paz social”<sup>209</sup>.

Embora as modernas Constituições dos países que adotam a jurisdição constitucional consagrem a democracia e o princípio da soberania popular como princípios básicos, dispõem elas em geral sobre a forma de manifestação da vontade popular e sobre a atuação dos órgãos representativos dessa

209. Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, *IVDS/RZ* 5, 1928, p. 80-81; Cf. também tradução Italiana de Carmelo Geraci, *La Garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in: *La giustizia costituzionale*, Milão, 1980, p. 144 (201-203).

vontade. Estes devem agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos<sup>210</sup>. Essas Constituições pretendem, portanto, que os atos praticados por esses órgãos de representação possam ser objeto de crítica e controle”<sup>211</sup>.

Em seguida, apresentei a seguinte conclusão:

“No caso, os inconvenientes de uma hesitação no exercício da jurisdição constitucional são evidentes. Como era previsível, enquanto pendia o julgamento da ação direta, a maioria parlamentar logrou converter a medida provisória em lei. Uma lei que, cabe lembrar, incide sobre um setor particularmente importante para a vida nacional.

Nesse contexto, renegar à minoria que acionou a jurisdição desta Corte a possibilidade de prosseguimento da ação direta — cujo julgamento da cautelar já se iniciou, cabe lembrar! —, representaria uma dupla ofensa aos direitos da minoria. Junto à derrota parlamentar — que é aceitável e rotineira no jogo democrático —, somar-se-ia uma derrota imediata perante a jurisdição constitucional. Esta última, todavia, é inaceitável sob uma democracia constitucional, ao eliminar prematuramente a atuação daquela instância concebida justamente para a proteção às minorias.

Uma vez consolidado esse quadro — em que a vitória da maioria tem como efeito imediato inviabilizar o exame da legitimidade daquele ato provisório pela Corte Constitucional — não remanesceria qualquer remédio contra a ofensa ao direito das minorias eventualmente perpetrada por meio da medida provisória.

Não considero aceitável a configuração desse quadro que, no meu entendimento, é não só uma burla, mas também uma grosseira ofensa a esta Corte e à idéia de jurisdição constitucional. Isso porque significaria conferir ao Executivo e à maioria parlamentar um poder de derrogação daquele complexo de normas constitucionais que balizam a edição das medidas provisórias, ou seja, que impõem limites justamente ao Poder do Executivo e à maioria parlamentar.

Há ainda outros valores constitucionais em jogo. A projeção, para o futuro, de vícios formais eventualmente contidos na medida provisória, por certo não é fato sem significado sob o prisma da separação de poderes ou mesmo da segurança jurídica, com evidentes reflexos na vida dos cidadãos.

Sobre essa problemática, vale transcrever trecho de dissertação de mestrado da Dra. Ana Cláudia Manso Rodrigues, de quem fui orientador na Universidade de Brasília:

210. Cf., a propósito, Dieter Grimm *Verfassungsgerechtigbarkeit — Funktion und Funktionsgrenzen in demokratischem Staat*, in: *Jus-Didaktik*, Heft 4, Munique, 1977, p. 83 (95).

211. Grimm, *op. cit.*, p. 83 (95).

‘A lei de conversão, como já ressaltado, apresenta dupla função conservativa dos efeitos e prospectiva das disposições, no todo ou em parte, da medida provisória. Não substitui o ato governamental desde o início; não tem força retroativa. A medida provisória, ato normativo com força de lei submetido a uma disciplina própria, não pode ter os seus limites constitucionais descon- siderados por uma lei que lhe é posterior. Há que se observar que o art. 62 da Constituição Federal, além de estabelecer uma relação entre poderes do Estado, é uma norma voltada para resguardar a liberdade dos cidadãos<sup>212</sup>. Estes só poderão ter a sua segurança jurídica afetada se presente uma medida provisória formal e materialmente constitucional. Não pode uma norma infraconstitucional posterior conferir validade ao que era inválido; tornar constitucional norma inconstitucional que regeu a vida dos indivíduos, mesmo que durante o breve período de trinta dias. A lei de conversão não pode confirmar os efeitos deriva- dos de uma medida provisória eivada de ilegitimidade constitucional. Até por- que eventuais lesões ou ameaças a direitos, porventura provocadas pela medida provisória convertida em lei pelo Congresso Nacional, restariam imunes à apre- ciação judicial, numa afronta ao direito fundamental de amplo acesso ao Judi- ciário (art. 5º, XXXV da CF). (A esse respeito: REIS, Medida provisória: con- trole jurisdicional dos seus pressupostos, RTDP)’.  
Está em jogo, ademais, a própria idéia de força normativa da constitui- ção, na linha preconizada por Hesse. Admitir que a conversão seja meio legiti- mo para superar eventuais ofensas à disciplina constitucional das medidas pro- visórias é retirar dessa disciplina qualquer pretensão de eficácia.

Assim, considerando o caso em exame, e o fato inegável de que a lei de conversão incide no mesmo setor da realidade em que incidia a Medida Provisó- ria 144, concluo pela necessidade de que esta Corte prossiga no julgamento da cautelar nas duas ações diretas (ADI 3.100 e 3.090), especificamente para o fim de apreciar a existência de violação aos ditames do art. 246 da Constituição’.

Também Cezar Peluso e Celso de Mello manifestaram-se expressamen- te no sentido de que, se conferido à medida provisória convertida em lei o mesmo tratamento jurídico constitucional dado ao projeto de lei e à lei de conversão, a distinção entre as duas figuras desapareceria, em virtude de se emprestar à medida provisória a qualificação de uma lei autônoma, capaz de ser seccionada no tempo e em sua eficácia. Ambos acreditam que não se trata de duas leis suscetíveis de seccionamento, de tal modo que o vício verificado durante a vigência da primeira lei possa deixar incólume a outra lei, pelo fato de ela ser independente da primeira. Se houvesse essa independência, con- cluíram, não teria sentido o legislador proibir que determinados assuntos

212. Nesse sentido, na Itália, Federico Sorrentino, Il decreto legge non convertito. In: *Corte Costituzionale (Org.). I decreti-legge non convertiti*, p. 91.

fossem regulados por medida provisória, pois saberia que a própria lei de conversão sanaria os vícios existentes na medida provisória.

Com orientação um tanto diferenciada, anotou Sepúlveda Pertence que o ponto principal da discussão é definir se a lei é contaminada desde a sua origem e definitivamente, ou se apenas se contaminam os efeitos enquanto medida provisória, e não os efeitos prospectivos da lei.

O Tribunal entendeu que haveria de dar continuidade ao julgamento das ações diretas para examinar a eventual ofensa ao art. 246 da Constituição Federal, em face, agora, não mais da medida provisória, mas da própria lei de conversão.

## 8. A aferição de constitucionalidade dos regulamentos no controle abstrato de normas

Há algum tempo vem o Supremo Tribunal Federal recusando-se a exami- nar a constitucionalidade dos atos regulamentares editados para execução das leis, no juízo abstrato de constitucionalidade. Sustenta-se que, nesse caso, há uma colisão entre a lei e o regulamento, cuidando-se, pois, de *questão de legalidade* a ser aferida no controle incidental ou concreto<sup>213</sup>. Segundo esse entendimento, a aferição da constitucionalidade de ato normativo pressupõe colisão direta com a Constituição, conflito esse que não se configura na rela- ção *lei-regulamento*<sup>214</sup>. O Tribunal admite a aferição de constitucionalidade do regulamento apenas na hipótese de manifesta ausência de fundamento legal para expedição do ato (Constituição, art. 84, IV)<sup>215</sup>.

Com isso, exclui-se a possibilidade de verificar a configuração, no con- trole abstrato de normas, da ilegalidade do ato regulamentar editado ao arre- pio do princípio da reserva legal, ou que se revele incompatível com o princí- pio da supremacia da lei.

Kelsen já havia assinalado que qualquer ofensa contra o direito ordiná- rio configuraria uma ofensa indireta contra a própria Constituição, desde que esta contivesse o princípio da legalidade da Administração<sup>216</sup>. Não obstante, enquanto a inconstitucionalidade *direta* poderia ser aferida diretamente, a inconstitucionalidade *indireta* somente poderia ser examinada dentro de um sistema de controle da legalidade. Com a diferenciação entre a *inconstitucio-*

213. Rp. 1.266, Relator: Ministro Carlos Madeira, *RTJ* n. 124, p. 18 (53); Rp. 1.492, Relator: Ministro Octavio Gallotti, *RTJ* n. 127, p. 80 e s.

214. Rp. 1.266, Relator: Ministro Carlos Madeira, *RTJ* n. 124, p. 18 (53); Rp. 1.492, Relator: Ministro Octavio Gallotti, *RTJ* n. 127, p. 80 e s.

215. Rp. 1.133, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ* n. 113, p. 996. Cf. a propósito, Ministro Aldir Passarinho, Rp. 1.266, *RTJ* n. 124, p. 18 (57).

216. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, *VVDStRL* 5 (1929), p. 41.



*nalidade direta e indireta* esforçava-se Kelsen para superar as dificuldades práticas decorrentes da ampliação desse conceito de inconstitucionalidade<sup>217</sup>. Reconhecia-se, porém, a dificuldade de se traçar uma linha precisa entre a inconstitucionalidade *direta* e *indireta*<sup>218</sup>.

Convém registrar a reflexão de Kelsen sobre o tema:

“A aferição da constitucionalidade dos decretos com força de lei não depende de maiores justificações, uma vez que esses decretos têm a mesma hierarquia da lei. Daí serem chamados de decretos com força de lei. Todavia, afigura-se recomendável que o controle de constitucionalidade não se limite a esses atos, abrangendo também os atos de execução, isto é, os atos tipicamente regulamentares. As considerações já expandidas demonstram que se não trata aqui de atos que decorram diretamente da Constituição. Ao revés, cuida-se de ilegitimidade que se afere diretamente do confronto com a lei e só indiretamente do confronto com a Constituição. Se se propõe que a competência para aferir a ilegitimidade dos regulamentos seja conferida à Corte Constitucional, isto se deve menos à já demonstrada relatividade da distinção entre inconstitucionalidade direta e indireta. Não de se levar em conta sobretudo os limites naturais que existem entre atos individuais e atos de caráter geral. (...) Se se afigura admissível a cassação de regulamentos ilegais, então não parece haver dúvida de que é a Corte Constitucional a instância mais adequada para exercer essa competência. Tal conclusão não decorre apenas do fato de que não se está a atribuir à Corte Constitucional competência da Corte Administrativa. Razão essencial é que entre a decisão sobre a constitucionalidade da lei e a decisão sobre a legalidade do regulamento existe uma afinidade intrínseca (*innere Verwandtschaft*) que advém do caráter geral do ato objeto da aferição. São, portanto, dois pontos de vista que concorrem para a definição da competência da Corte Constitucional: o conceito puro de uma garantia constitucional, segundo o qual todos os atos submetidos diretamente à Constituição deveriam ser passíveis de apreciação pela Corte Constitucional; e a distinção entre atos de caráter individual e atos de caráter geral, segundo a qual, além das leis, também os regulamentos de caráter geral deveriam submeter-se à censura da Corte Constitucional. Impõe-se a conjugação dos dois princípios, afastando eventuais preceitos doutrinários, com objetivo de atender às necessidades da Constituição concreta”<sup>219</sup>.

217. Como observado por Ipsen (*Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 147), o ponto central do problema reside, para Kelsen, na diferenciação entre a competência da jurisdição constitucional e da jurisdição administrativa.

218. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, *VVDStRL* 5 (1929), p. 39.

219. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, *VVDStRL* 5, 1929, p. 30 (59-60).

O Mestre de Viena logrou superar, portanto, as dificuldades decorrentes da aferição da constitucionalidade dos regulamentos pela jurisdição constitucional, sustentando que o controle de normas configurava *jurisdicção constitucional material* (*materielle Verfassungsgerichtsbarkeit*), que tinha como principal função o controle completo do sistema jurídico com eficácia *erga omnes*<sup>220</sup>. O constituinte austríaco houve por bem resolver o problema introduzindo um processo especial para aferição da legalidade dos regulamentos (Constituição austríaca, art. 139)<sup>221</sup>.

Embora a Lei Fundamental não contenha cláusula semelhante, o *Bundesverfassungsgericht* reconheceu, desde o começo de sua judicatura, a admissibilidade do controle abstrato de ato regulamentar. Nesse processo, constata o Tribunal que deve examinar, como questão preliminar, se a norma regulamentar dispõe de base legal<sup>222</sup>. Apenas se a indagação puder ser respondida afirmativamente, passa-se à outra, relativa à incompatibilidade entre a norma regulamentar e qualquer princípio da Lei Fundamental<sup>223</sup>. Portanto, na prática desenvolvida pelo *Bundesverfassungsgericht*, indaga-se sobre a existência de um fundamento legal para edição do ato regulamentar e se o ato questionado ateu-se aos limites estabelecidos no ato legislativo<sup>224</sup>.

Sem fazer qualquer distinção entre inconstitucionalidade *direta* e *indireta*, a doutrina brasileira enfatiza que qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em lei é inconstitucional.

Não obstante, a fundamentação desenvolvida é bastante diferenciada. Entende-se que a não-observância do fundamento legal configura uma ofensa contra o princípio da divisão dos poderes<sup>225</sup>. Ressalta-se, igualmente, que o princípio da reserva legal estabelece, na verdade, o princípio da *necessidade da lei* em caso de limitação ou restrição a direitos individuais<sup>226</sup>, de modo

220. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, *VVDStRL* 5 (1929), p. 59-60. Cf., a propósito, Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 147-8; Papier, “Spezifisches Verfassungsrecht” und “einfaches Recht” als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, v. 1, p. 432 (441).

221. Cf., também, Adamovich e Spanner, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, 1971, p. 446 e s.; Erwin Melichar, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, in Mosler, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, p. 439 (465).

222. *BVerfGE* 2, 307 (321); 8, 71 (75).

223. Ulsamer, in Maunz entre outros, *Bundesverfassungsgesetz*, Kommentar zu § 76, n. 41.

224. Ulsamer, in Maunz entre outros, *Bundesverfassungsgesetz*, Kommentar zu § 76, n. 41.

225. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967/69*, v. 3, p. 316.

226. O princípio da supremacia da lei, anteriormente expresso no art. 153, § 2º, da Constituição de 1967/69, vem agora explicitado no art. 5º, II, da Constituição de 1988.

que a ruptura desse princípio por normas inferiores configura ofensa constitucional<sup>227</sup>.

Independentemente da aceitação da tese sobre a *inconstitucionalidade indireta*, deve-se reconhecer que a orientação segundo a qual o confronto *lei/regulamento* configura *questão legal*, que não pode ser tratada no controle abstrato de normas, não há de ser aceita sem ressalvas.

A Constituição de 1988, tal como já fizera a Constituição de 1967/69 (art. 153, § 2º, c/c o art. 81, III), consagra no art. 5º, II, os princípios da supremacia da lei e da reserva legal como elementos fundamentais do Estado de Direito, exigindo que o poder regulamentar do Executivo seja exercido apenas para *fiel execução da lei* (CF, art. 84, IV).

Disso resulta diretamente, pelo menos no que concerne aos direitos individuais, que a ilegalidade de um regulamento equivale a uma inconstitucionalidade, porque a legalidade das normas secundárias expressa princípio do direito constitucional objetivo<sup>228</sup> ("Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" — CF, art. 5º, II).

Entendimento contrário levaria a uma completa ruptura com a necessária vinculação da administração à Constituição, uma vez que ela poderia editar qualquer ato regulamentar, ainda que em contradição com os direitos individuais, sem observância do princípio da reserva legal<sup>229</sup>. Nesse caso, tal como já ressaltado por Papier, a *legalidade da restrição configura condição de sua constitucionalidade*. A contrariedade à lei representa sempre um caso de ofensa a direito individual<sup>230</sup>.

É certo que a inexistência de um sistema de controle judicial que permita aferir a legitimidade da atividade regulamentar pode levar a uma *desvalorização* do postulado da supremacia da lei e da reserva legal<sup>231</sup>. Outrossim, a falta de controle judicial, nesses casos, pode flexibilizar excessivamente o princípio da divisão dos poderes, afetando, assim, uma decisão fundamental do constituinte (Constituição, art. 2º).

227. Ruy Cirne Lima, *Princípios de direito administrativo*, p. 37; Geraldo Ataliba, *República e Constituição*, p. 125.

228. Geraldo Ataliba, Poder regulamentar do Executivo, RDP n. 57-58, p. 197-8.

229. Cf., a propósito, no direito alemão, Erichsen, *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, v. 1, p. 20.

230. Hans-Jürgen Papier, "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht" als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, v. 1, p. 432 (434).

231. Cf. O. A. Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, v. 1, p. 314-6; Geraldo Ataliba, Poder regulamentar do Executivo, RDP n. 57-8, p. 196; Ruy Cirne Lima, *Princípios de direito administrativo*, p. 37; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, v. 3, p. 312-4. Sobre a questão no direito tedesco, cf. Stern, *Staatsrecht der Bundesrepublik*, v. 1, p. 85-7.

Não se pode deixar de reconhecer, por outro lado, que, na prática, a submissão dos regulamentos ao juízo abstrato de constitucionalidade poderia ameaçar o próprio funcionamento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, dadas a conformação conferida ao direito de propositura e a inexistência de requisitos de admissibilidade em processos dessa índole, um sem-número de causas acabaria por ser instaurado com o objetivo de se aferir, simplesmente, a compatibilidade entre lei e regulamento.

Por outro lado, a proximidade — às vezes, a quase-confusão — entre a questão constitucional e a questão legal na relação entre lei e regulamento não recomenda que a competência para conhecer dessa questão seja deferida a outra Corte de Justiça, como já se cogitou entre nós, uma vez que, muito possivelmente, surgiriam conflitos de interpretação praticamente insolúveis.

Assim, poder-se-ia cogitar da criação de instituto especial, nos moldes estabelecidos pelo art. 139 da Constituição austríaca, conferindo também o controle abstrato da legitimidade dos atos regulamentares ao Supremo Tribunal Federal, mediante iniciativa de órgãos do Poder Legislativo (eventualmente, as Mesas da Câmara e do Senado Federal) e do Procurador-Geral da República<sup>232</sup>.

O desenvolvimento das agências reguladoras, dotadas de amplo poder regulamentar, suscita novos e desafiadores problemas. É lícito indagar se o modelo tradicional do regulamento de execução, até aqui dominante, pode-se aplicar, sem reparos, ao sistema inaugurado com o surgimento das agências reguladoras. Em outras palavras, a decisão regulatória tomada pelas agências estaria submetida ao princípio da legalidade estrita, tal como os chamados regulamentos de execução, ou estaríamos diante de uma nova categoria de regulamento — um regulamento autônomo, um regulamento *delegado* ou um regulamento *autorizado*?<sup>233</sup>

232. Cf., sobre o assunto, proposta de emenda Revisional do Deputado Adroaldo Streck (Proposta n. 3.342), que recomendava também a supressão do art. 49, X, da Constituição (competência do Congresso Nacional para sustar atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa).

233. Sobre a distinção proposta conferir Carlos Mário da Silva Velloso, *Temas de direito público*, p. 444: "Os regulamentos podem ser: a) de execução, que têm por finalidade a aplicação das leis; b) autônomos, que se subdividem em duas classes: b.1) externos, que contêm normas dirigidas aos cidadãos de modo geral; b.2) internos, que dizem respeito à organização, competência e funcionamento da Administração Pública. (...) Com pequena variação, a classificação de Oswaldo Bandeira de Mello: a) regulamentos executivos, ou de execução; b) autorizados ou delegados; c) independentes ou autônomos. *Regulamentos executivos ou de execução* — São os que desenvolvem os textos legais, constituindo os seus preceitos regras técnicas de boa execução da lei, para sua melhor aplicação. Este regulamento simplesmente complementa os preceitos da lei. É o regulamento brasileiro" (CF, art. 81, III). *Regulamentos independentes ou autônomos* — Têm força de lei. Certos sistemas constitucionais conferem ao Poder Executivo o poder de legislar sobre determinados assuntos. Enfeixam os regulamentos autônomos, faculdade de regulamentar *praeter legem* e mesmo *contra legem* para regular qualquer matéria que constitui-

O exame superficial das competências desses órgãos reguladores no sistema brasileiro<sup>234</sup> e uma análise singela da prática das diversas agências no

onalmente não tenha sido reservada aos órgãos legislativos, pertinentes às relações do Estado-poder com terceiros. *Regulamentos autorizados ou delegados* — O Executivo os edita "em razão de habilitação legislativa, que lhe é conferida pelo Legislativo, porém nos termos dessa determinação de competência, para desenvolver os preceitos constantes da lei de habilitação, que delimita o seu âmbito a respeito". Cf. também Clémerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, p. 238/244.

234. A Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, que institui a Agência Nacional do Petróleo, dotou o órgão das seguintes competências normativas específicas:

"Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe:

(...).

III - regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas;

(...).

XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios".

(...).

No que tange às competências da Agência de Telecomunicações, assim está previsto na Lei n. 9.472/97:

"Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...).

II - representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo;

(...).

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

V - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público; VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;

VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;

IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

(...).

XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

direito comparado estão a indicar que, qualquer que seja a classificação adotada, as normas produzidas por esses entes não poderão jamais ser classificadas como simples regulamentos de execução.

Assim, pareceria de bom alvitre que, pelo menos no que diz respeito aos atos normativos expedidos pelas agências, passasse o Supremo Tribunal Federal a conhecer das ADINs sem qualquer ressalva.

Da mesma forma, a Emenda Constitucional n. 32, de 2001, conferiu amplitude à utilização do decreto autônomo nas hipóteses relacionadas com a organização e o funcionamento da administração federal. Nesse caso, eventual impugnação poderá ser feita contra o próprio decreto.

### 9. Objeto da ação declaratória de constitucionalidade

Nos termos da Emenda n. 3, de 1993, o objeto da ação declaratória de constitucionalidade há de ser a lei ou o ato normativo federal<sup>235</sup>. Diversamente, a proposta de emenda do Deputado Roberto Campos contemplava também o direito estadual.

#### 9.1. Lei pré-constitucional

É possível que, coerente com a jurisprudência desenvolvida sob o império da Constituição de 1967/69, preservada sob o modelo constitucional de 1988, o Supremo Tribunal Federal venha a considerar admissível tão-somente a ação declaratória de constitucionalidade formulada em relação ao direito pós-constitucional<sup>236</sup>.

É certo que eventual revisão dessa orientação, para a ação direta de inconstitucionalidade, afetaria também o juízo sobre a questão no âmbito da ação declaratória de constitucionalidade.

#### 9.2. Medida provisória

Na ADC 9, relativa ao programa de racionamento de energia (MP n. 2.152-2, de 1º-6-2001), o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento a

(...).

XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;

(...).

235. A possibilidade de se refazer um pedido declaratório positivo em relação à lei estadual — e até mesmo em relação ao direito municipal — foi aberta com a promulgação da Lei n. 9.882, de 1999, que, em seu art. 1º, parágrafo único, admite expressamente o controle de constitucionalidade das leis estaduais e municipais.

236. Cf. ADIn 2. Relator: Ministro Paulo Brossard, DJ, 12 fev. 1992.

favor do cabimento da ADC que tinha por objeto dispositivo da medida provisória<sup>237</sup>.

### 9.3. *Ato regulamentares*

Embora o texto constitucional admita que a ação direta de inconstitucionalidade tenha por objeto ato normativo federal, não existe razão para supor que o Supremo Tribunal Federal procederá à alteração de seu entendimento sobre a inadmissibilidade do controle abstrato de normas regulamentares, uma vez que, consoante se acentua, haveria aqui uma prévia questão de legalidade<sup>238</sup>.

Não parece haver dúvida, porém, de que os atos normativos autônomos podem ser objeto da ação declaratória de constitucionalidade.

#### V — PARÂMETRO DE CONTROLE

### 1. *Considerações preliminares*

Nos termos do art. 102, I, *a*, da Constituição, parâmetro do processo de controle abstrato de normas é, exclusivamente, a Constituição. As constantes mudanças ou revogações de textos constitucionais levaram o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a inadmissibilidade do controle abstrato de normas, se se cuida de aferição de legitimidade de ato em face de norma constitucional já revogada<sup>239</sup>. Enquanto instrumento especial de defesa da ordem jurídica, não seria o controle abstrato de normas o instrumento adequado para a aferição de legitimidade de lei em face de norma constitucional já revogada. Nesse caso, o controle somente seria possível na via incidental. Da mesma forma, infirma-se a possibilidade de exame da constitucionalidade de uma lei se o parâmetro de controle foi modificado após a propositura da ação<sup>240</sup>.

A única distinção relevante entre as duas situações, do prisma dogmático, diz respeito à forma de extinção do processo:

- a*) em caso de ação proposta com o objetivo de aferir a constitucionalidade de uma lei em face de parâmetros constitucionais já revogados, reconhece o Tribunal a inadmissibilidade da ação<sup>241</sup>;
- b*) em caso de revogação de parâmetro de controle, julga-se prejudicada a ação<sup>242</sup>.

237. ADC 9, Relator: Ministro Néri da Silveira, *DJ*, 6 fev. 2002.

238. Cf., dentre outras, Rp. 1.266, Relator: Ministro Carlos Madeira, *RTJ* n. 124, p. 18 (53), Rp. 1.492, Relator: Ministro Octavio Gallotti, *RTJ* n. 127, p. 80 e s.

239. Rp. 1.016, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 95, p. 993.

240. Rp. 765, Relator: Ministro Soares Muñoz, *RTJ* n. 98, p. 962.

241. Rp. 1.016, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 95, p. 993.

242. Rp. 765, Relator: Ministro Soares Muñoz, *RTJ* n. 98, p. 962.

## 2. *Constituição*

O conceito de Constituição abrange todas as normas contidas no texto constitucional, independentemente de seu caráter material ou formal. Tal conceito abrange, igualmente, os chamados princípios constitucionais materiais, que não estão mencionados expressamente na Constituição<sup>243</sup>.

Assim, o Tribunal já se utilizou do *princípio da proporcionalidade* no contexto das limitações a direitos fundamentais, como a liberdade de exercício profissional<sup>244</sup>, o direito de propriedade<sup>245</sup> e o direito de proteção judiciária<sup>246</sup>.

Não estava claro, até muito recentemente, se o Tribunal entendia configurar o princípio da proporcionalidade postulado imamente aos direitos fundamentais, se os extraía do próprio princípio da reserva legal ou do princípio do Estado de Direito<sup>247</sup>. Na decisão de 11 de maio de 1994, enfatizou, porém, o Ministro Moreira Alves que o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade tinha assento constitucional na cláusula do devido processo legal, entendida enquanto garantia material<sup>248</sup>.

O art. 5º, § 2º, da Constituição contém cláusula segundo a qual os direitos e garantias constantes da Constituição não excluem outros que derivem do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados dos quais o Brasil participe (art. 5º, § 2º). Essa disposição, que reproduz, em parte, princípio tradicional do Direito Constitucional brasileiro<sup>249</sup>, contém algo de novo, na medida em que faz referência expressa aos direitos garantidos por tratados internacionais. Seria lícito indagar se esses direitos previstos em tratados estariam dotados de força e hierarquia constitucionais.

Segundo a opinião dominante, os tratados internacionais têm, em virtude dos atos de execução e transformação, apenas a força de lei federal<sup>250</sup>.

De resto, o próprio texto constitucional, ao definir a competência do Superior Tribunal de Justiça, não estabeleceu distinção fundamental entre o

243. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, p. 11-2; Paulo Bonavides, *Direito constitucional*, p. 57-8.

244. Rp. 930, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, *DJ*, 2 set. 1977, p. 5969; Rp. 1.054, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 110, p. 937-78.

245. RE 18.331, de 21-9-1951, Relator: Ministro Oromzimbo Nonato, *RF* n. 150, p. 164-9.

246. Rp. 1.077, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 112, p. 34-66.

247. Cf., a propósito, Mendes, *Controle de constitucionalidade*, p. 54.

248. ADIn 958, Relator: Ministro Marco Aurélio, *DJ*, 16 maio 1994, p. 11675.

249. Já na primeira Constituição republicana, de 1891 (art. 78), assentou-se, inspirado na Emenda IX da Constituição americana, cláusula semelhante.

250. RE 71.154, Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro, *RTJ* n. 58, p. 70 e s.; RE 80.004, Relator: Ministro Cunha Peixoto, *RTJ* n. 83, p. 809 e s.; cf., a propósito, J. F. Rezek, *Direito dos tratados*, Rio de Janeiro, 1984, p. 464.

tratado e a lei federal, atribuindo àquela Corte o poder genérico de conhecer, mediante recurso especial, das causas decididas pelos Tribunais federais ou estaduais "quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal" (CF, art. 105, III, a). É certo, por outro lado, que uma solução que viesse a responder afirmativamente à questão colocada teria certamente de admitir que a Constituição concebida como um *texto rígido* tornar-se-ia flexível, pelo menos para o efeito da adição de novos direitos, até porque, como se sabe, o processo constitucional de aprovação dos tratados, entre nós, reforça a idéia de que é de direito ordinário de que se cuida (aprovação de decreto legislativo, mediante decisão da maioria dos membros presentes de cada uma das Casas, presente a maioria absoluta de seus membros — maioria simples; ratificação mediante decreto do Chefe do Poder Executivo) (CF, arts. 49, I, c/c o art. 47, e 84, VIII).

É de indagar, todavia, se a cláusula constante do art. 5º, § 2º, da Constituição, enquanto norma de remissão, permitiria que fossem incorporados ao texto constitucional princípios de direito suprapositivo. Acentue-se que a dimensão do catálogo dos direitos fundamentais previsto na Constituição brasileira torna difícil imaginar um direito fundamental que pudesse ser adicionalmente colocado dentre esses direitos basilares com fundamento nessa norma de remissão.

Algumas vozes da doutrina sustentam a opinião de que o catálogo dos direitos fundamentais não é exaustivo, não abrangendo todos os direitos fundamentais supra-estatais, tal como o direito de resistência, de modo que essa *cláusula de incorporação* permitiria o reconhecimento desses direitos na ordem constitucional brasileira<sup>251</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não esclarece o significado preciso dessa cláusula.

Em 21 de fevereiro de 1968, teve o Tribunal oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de norma constante da Lei de Segurança Nacional, que obstava a que o acusado de prática de crime contra a Segurança Nacional desempenhasse qualquer atividade profissional ou privada, tal como previsto no art. 48 do Decreto-Lei n. 314, de 1967:

O mencionado artigo dizia que a prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente:

1º) na suspensão do exercício da profissão;

2º) na suspensão do emprego em atividade privada;

251. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, v. 4, p. 625-6; Ministro Leirão de Abreu, Voto vencido, in RE 86.297, RTJ n. 79, p. 695; Ministro Xavier de Albuquerque, voto vencido, in RE 86.297, RTJ n. 79, p. 710.

3º) na suspensão de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória.

O Supremo Tribunal reconheceu que a referida restrição se revelava desproporcional (*exorbitância dos efeitos da condenação*) e era, portanto, inconstitucional, por manifesta afronta ao próprio direito à vida em combinação com a cláusula de remissão referida, como se pode ler na seguinte passagem do voto então proferido pelo Ministro Themístocles Cavalcanti:

"Infelizmente não temos em nossa Constituição o que dispõe a Emenda n. 8 da Constituição Americana, onde se proíbem a exigência de fianças excessivas, as penas de multa demasiadamente elevadas e a imposição de penas cruéis e fora do comum ou de medida (*cruel and unusual punishment*).

Os intérpretes consideram como tal, por exemplo, a morte lenta, mas entendem também que o conceito deve evoluir porque 'cruel' não é uma expressão técnica, com significação definida em direito e que deve evoluir com o aperfeiçoamento do homem, as exigências da opinião pública e a proporção entre o crime e a pena.

É possível que em determinado momento se chegue a condenar a pena de morte como cruel (Pritchett, *The American Constitution*, p. 527).

No caso *Trop versus Dulles* (1958) Justice Warren entendeu, a meu ver com razão, que a idéia fundamental da Emenda n. 8 é a preservação da dignidade de humana.

Não temos preceito idêntico, porém, mais genérico e suscetível de uma aplicação mais ampla, temos o § 35 do art. 150, reprodução de Constituições anteriores que dispõe: 'A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota'.

Ora, a Constituição vigente, como as anteriores no quadro das garantias individuais e sociais, procurou seguir as exigências de aperfeiçoamento do homem e o respeito à sua integridade física e moral. A preservação de sua personalidade e a proteção contra as penas infamantes, a condenação sem processo contraditório, a supressão de algumas penas que se incluíam na nossa velha legislação penal, a afirmação de que somente o delinqüente pode sofrer a pena, sem atingir os que dele dependem, definem uma orientação que qualifica perfeitamente o regime e os princípios fundamentais da Constituição.

O preceito vem da Constituição americana, Emenda IX — nela foi inspirado e foi introduzido na nossa primeira Constituição Republicana, com o receito de que a enumeração pudesse levar o intérprete a entender que por serem discriminadas essas garantias quaisquer outras estariam excluídas.

Mas o preceito é de maior alcance, porque ele atinge numerosos direitos não enumerados e que representam conquistas do progresso humano no domínio das liberdades. A lista desses direitos vem crescendo há séculos.

O objetivo da lei foi inverso a essa tendência, porque procurou aumentar o rigor da repressão desses crimes, intimidando com medidas que atingem o indivíduo na sua própria carne, pela simples suspeita ou pelo início de um procedimento criminal fundado em elementos nem sempre seguros ou de suspeitas que se viriam a apurar no processo.

Nesse particular, a expressão de medida cruel, encontrada no texto americano, bem caracteriza a norma em questão, porque, com ela, se tiram ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permite manter-se e a sua família. Cruel quanto à desproporção entre a situação do acusado e as consequências da medida.

Mas não só o art. 150, § 35, pode ser invocado. Também o *caput* do art. 150 interessa, porque ali se assegura a todos os que aqui residem o direito à vida, à liberdade individual e à propriedade.

Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção<sup>252</sup>.

Um exame mais acurado da referida decisão, com a utilização dos recursos da moderna doutrina constitucional, haveria de demonstrar que, em verdade, a Corte se valeu da cláusula genérica de remissão contida no art. 150, § 36, da Constituição de 1967, para poder aplicar, sem risco de contestação, a idéia de *razoabilidade* ou de *proporcionalidade* da restrição como princípio constitucional.

Em outro julgado, de 17 de novembro de 1976, houve por bem o Supremo Tribunal Federal reformar decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, na qual se afirmava a inconstitucionalidade de norma que estabelecia a inelegibilidade dos cidadãos que estivessem respondendo a processo-crime<sup>253</sup>. A lei federal estabelecia que cidadãos denunciados pela prática de crime não eram elegíveis<sup>254</sup>.

O Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a inconstitucionalidade dessa disposição, por incompatível com o princípio da presunção da inocência. Esse princípio, enquanto postulado universal de direito, referido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 10 de dezembro de 1948, teria sido incorporado à ordem constitucional brasileira, através da cláusula consistente do art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69<sup>255</sup>.

252. HC 45.232, Relator: Ministro Themístocles Cavalcanti, *RTJ* n. 44, p. 322 (327-8).

253. RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, *RTJ* n. 79, p. 671.

254. Lei Complementar n. 5, de 1970, art. 1º, I, n.

255. RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, *RTJ* n. 79, p. 671.

Vale registrar passagem do voto proferido pelo eminente Ministro Leirão de Abreu, no julgamento do recurso extraordinário, que bem sintetiza a orientação que conduziu o Tribunal Superior Eleitoral à pronúncia de inconstitucionalidade da norma questionada:

“Em nosso sistema constitucional, dispensável se faz colocar esse problema, especialmente naquilo que entende com o princípio da presunção de inocência, não tanto em nome do princípio cardinal do direito internacional público — *pacta sunt servanda* — mas principalmente em face da regra posta na vigente Carta Política, regra que acompanha a nossa evolução constitucional. Nessa norma fundamental se estatui que ‘a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota’. Ora, o postulado axiológico da presunção de inocência está em perfeita sintonia com os direitos e garantias do regime e dos princípios que ela adota. O valor social e jurídico, que se expressa na presunção de inocência do acusado, é inseparável do sistema axiológico, que inspira a nossa ordem constitucional, encontrando lugar necessário, por isso, entre os demais direitos e garantias individuais, especificados no art. 153 da Constituição Federal. Além de se tratar, desse modo, como declara com a sua costureira elegância, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, de princípio eterno, universal, imanente, que não precisa estar inscrito em Constituição nenhuma, esse princípio imanente, universal e eterno constitui, em nossa ordem constitucional, direito positivo”<sup>256</sup>.

O Supremo Tribunal Federal não aderiu a esse entendimento e, por maioria de votos, reformou a decisão, sem negar, no entanto, que o princípio da presunção da inocência poderia encontrar aplicação na ordem jurídica brasileira. Seria legítimo, todavia, o estabelecimento de restrições legais ao direito do cidadão, ainda que na ausência de decisão judicial definitiva sobre a sua culpabilidade<sup>257</sup>.

A posição da maioria pode ser traduzida pela seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves:

“A presunção de inocência é (...) idéia-força que justifica uma série de direitos processuais em favor do acusado no processo penal moderno. Tomada, porém, em seu sentido literal, traduziria nas expressões vigorosas de Manzini (ob. cit., p. 227), idéia ‘goffamente paradoxale e irrazionale’ (desazadamente paradoxal e irracional). E Manzini, ninguém o nega, foi estrênuo defensor do respeito aos direitos processuais do réu e da dignidade humana. Foi por tomá-la

256. RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, *RTJ* n. 79, p. 671 (705).

257. RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, *RTJ* n. 79, p. 671 (683 e s.).

em sentido literal, dando-lhe valor absoluto, por alçá-la à magnitude da categoria dos direitos inerentes à pessoa humana, que a maioria do Tribunal Superior Eleitoral considerou parcialmente inconstitucional a letra *n* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 5/1970.

Nesse sentido — sem o qual a inconstitucionalidade em causa perderia sua base de sustentação — não posso considerar a presunção de inocência como daqueles princípios eternos, universais, imanes, que não precisam estar inscritos nas Constituições, e que, na nossa, teriam guarida na norma residual do § 36 do art. 153. O ataque que sua literalidade tem sofrido pelos adeptos mais conspícuos dos princípios que floresceram à sua sombra ou os fatos — admisso universal das providências admitidas contra a pessoa ou os bens do réu (prisão, seqüestro, arresto, apreensão de bens) — o evidenciam. Se é indisputável que a presunção de inocência não impede o cerceamento do bem maior, que é a liberdade, como pretender-se que possa cercear a atuação do legislador no terreno das ilegibilidades, em que, por previsão constitucional expressa, até fatos de ordem moral podem reinar a capacidade eleitoral passiva?

Não tenho, portanto, dúvida alguma sobre a constitucionalidade da letra *n* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 5/70<sup>258</sup>.

Recusou-se, dessa forma, a posição que acolhia o princípio da presunção da inocência como integrante da ordem constitucional brasileira por força da cláusula de remissão contida no art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69.

É provável que a questão pudesse ter sido discutida, de modo mais plausível, com base no *princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (exercício de poder legislativo)*. Embora não tivesse logrado esclarecer a *sedes materiae* do princípio da proporcionalidade na Constituição, vinha o Supremo Tribunal se utilizando dele no juízo abstrato de normas<sup>259</sup>.

Observe-se, ainda, que, nos termos do art. 60, § 4º, da Constituição brasileira, é inadmissível reforma constitucional com o propósito de alterar a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.

A ordem constitucional não consagra, porém, uma hierarquia entre normas constitucionais. É o que entende, igualmente, o Supremo Tribunal Federal<sup>260</sup>.

O controle de constitucionalidade das normas constitucionais produzidas pelo legislador constituinte parece assentar-se, assim, na diferenciação

258. RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, *RTJ* n. 79, p. 671 (694).

259. Cf., também, Rp. 1.054, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 110, p. 937; Rp. 112, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* n. 112, p. 34.

260. RE 105.012, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 1º jul. 1988.

entre o poder constituinte originário e poder constituinte derivado e na idéia referente à existência de um núcleo mínimo imutável, qualificador da identidade da Constituição, e que, por isso, mostra-se insuscetível de alteração no bojo do processo de reforma.

### 3. Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados com força de emenda constitucional

Nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, na versão da EC n. 45/2004 (Reforma do Judiciário), “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Independentemente de qualquer outra discussão sobre o tema, afigura-se inequívoco que o Tratado de Direitos Humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais.

### 4. Direito federal

Ao contrário do direito alemão, não se pode, no sistema brasileiro, invocar o direito federal como parâmetro do controle abstrato de normas. A legislação ordinária federal pode assumir relevância, porém, na aferição de constitucionalidade de leis estaduais, editadas com fundamento na competência concorrente (CF, art. 24, §§ 3º e 4º). É que, existindo lei federal sobre as matérias elencadas no art. 24 (incisos I — XVI), não pode o Estado-Membro fazer uso da competência legislativa plena que lhe é assegurada em caso de “vácuo legislativo”. A norma federal ordinária limita e condiciona essa faculdade<sup>261</sup>.

Também nos casos de colisão entre normas do direito estadual com as leis complementares, admitiu o Supremo Tribunal Federal a existência de inconstitucionalidade<sup>262</sup>.

As duas hipóteses supõem a existência de um *bloqueio de competência* levado a efeito pelo direito federal, de modo que o direito estadual em contradição com esses limites deve ser considerado nulo<sup>263</sup>.

Todavia, nesses casos, o direito federal não configura exatamente um parâmetro de controle abstrato, mas simples índice para aferição da ilegiti-

261. Cf., a propósito, Rp. 1.442, Relator: Carlos Madeira, *DJ*, 1º jul. 1988.

262. Rp. 1.141, Relator: Décio Miranda, *RTJ* n. 105, p. 490; Rp. 1.442, Relator: Carlos Madeira, *DJ*, 1º jul. 1988.

263. Rp. 1.141, Relator: Décio Miranda, *RTJ* n. 105, p. 490.

midade ou de não-observância da ordem de competência estabelecida na Constituição<sup>264</sup>.

264. O constituinte de 1988 entendeu que a referência à lei federal — *lei estadual contestada em face da lei federal* — obrigava a transferência dessa matéria para o âmbito da competência recursal do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o problema envolveria simples *questão legal*, não mais submetida, no novo modelo, à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Raciocínio semelhante foi desenvolvido em relação à representação para fins de intervenção, no caso de recusa à aplicação do direito federal (art. 36, IV).

Um exame mais detido do tema certamente teria demonstrado que essas controvérsias são, em verdade, típicas controvérsias constitucionais, porque envolvem discussão sobre a validade de lei local em face da lei federal, contemplando, na sua essência, discussão sobre competências legislativas dos entes políticos.

Já o clássico João Barbalho assinalava que o recurso extraordinário, nesse caso, destinava-se "a corrigir as exorbitâncias e usurpações da autoridade estadual legislativa ou executiva", defendendo a federal, "que de outra sorte ficaria anulada, perdendo a supremacia que lhe cabe quanto aos assuntos de sua competência" (*Constituição Federal brasileira, comentários*, 1902, p. 246).

O tema mereceu, posteriormente, a reflexão abalizada de Victor Nunes, tendo por base o texto constitucional de 1946:

"Confere, porém, a nossa Constituição (art. 101, III, c) recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal nas causas em que se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válida a lei ou ato impugnado". As constituições anteriores continham o mesmo dispositivo, com pequena diferença de redação. Em face dessa norma, não se deve, porém, concluir que o Supremo deva sempre prover o recurso para julgar inválidas as leis estaduais.

Esse caso de recurso é autorizado com base exclusivamente na *presunção de constitucionalidade* das leis federais. A aplicação da lei estadual pelo tribunal local contra uma lei federal contém, implícita ou explicitamente, uma declaração de inconstitucionalidade da norma federal. Num conflito entre a lei federal e a estadual, a primeira só pode ser preferida por motivo de inconstitucionalidade. Mas, como em favor da lei federal milita a *presunção de constitucionalidade*, remete-se a questão ao Supremo Tribunal Federal, que é o órgão judiciário mais autorizado para interpretar a Constituição" (Victor Nunes Leal, *Leis federais e leis estaduais*, in *Problemas de direito público*, Rio de Janeiro, 1960, p. 109 (128)).

Nenhuma dúvida havia então de que se cuidava na hipótese de uma típica questão constitucional, que, por isso, se submetia à apreciação do Supremo Tribunal.

Digna de transcrição afigura-se, igualmente, a seguinte passagem do primoroso texto de Victor Nunes:

"Por conseguinte, o recurso extraordinário com fundamento na letra c (aplicação de lei estadual contestada em face da Constituição ou de lei federal) resolve-se, em última análise, no caso da letra b do art. 101, III: quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal negar aplicação à lei impugnada".

Nesta última hipótese, ainda é a *presunção de constitucionalidade* da lei federal que fundamenta o recurso. Se a decisão da justiça local aplica a lei federal questionada, o recurso não cabe, porque aquela *presunção* foi acolhida pelo julgado. Se a lei federal deixou de ser aplicada, então cabe o recurso, porque o tribunal local *contrariou* a *presunção de constitucionalidade* da lei federal, devendo pronunciar-se a respeito o órgão mais qualificado, que é o Supremo Tribunal Federal.

## VI — DO PROCEDIMENTO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

### 1. Considerações preliminares

Tradicionalmente, as regras destinadas à disciplina da ADIn e da ADC estavam contidas ou no texto constitucional ou no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Agora, com a entrada em vigor da Lei n. 9.868, de 1999, esse quadro sofre grande alteração. E de ressaltar que a nova disciplina legislativa não é, de modo algum, exaustiva, restando ainda pontos importantes no assunto que hão de ser esclarecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

### 2. Requisitos da petição inicial e admissibilidade das ações

A Lei n. 9.868, de 1999, trata, em capítulo destacado, da admissibilidade e do procedimento da ADIn (Cap. II) e da admissibilidade e do procedimento

A diferença entre os dois casos está em que, na hipótese da letra b, a lei federal deixa de ser aplicada por declaração *expressa* de sua inconstitucionalidade, ao passo que, na hipótese da letra c, na qual também se deixa de lado a lei federal para aplicar a estadual, a inconstitucionalidade da norma federal pode estar contida de modo apenas *implícito* no julgado recorrido. Mas num ou noutro caso, o que ocorre é a não-aplicação da lei federal por motivo de inconstitucionalidade, motivo que estará expresso numa hipótese, mas que na outra estará expresso ou implícito" (Leis federais e leis estaduais, in *Problemas de direito público*, Rio de Janeiro, 1960, p. 109 — p. 129-30).

Criticando a inserção da alínea b do art. 105, III, da nova Constituição, entre os casos de recurso especial, observou o Ministro Moreira Alves:

" (...) as questões da validade de lei ou de ato normativo de governo local em face de lei federal não são questões de natureza legal, mas sim constitucional, pois se resolvem pelo exame de existência, ou não, de invasão de competência da União, ou, se for o caso, do Estado. Hipóteses que deveriam, portanto, dar margem, não a recurso especial, mas a recurso extraordinário, pela sistemática adotada para a divisão de competência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Esse equívoco (...) provavelmente se originou da circunstância de que a questão de lei ou de ato normativo municipal ou estadual contestado em face de lei federal aparentemente (ou melhor, literalmente) se circunscreveria ao campo da legislação não-constitucional. Mas, graças a ele, criaram-se, em verdade, para a mesma questão constitucional, quatro graus de jurisdição sucessivos: dois ordinários (o do juiz singular e o do Tribunal local ou regional) e dois extraordinários (o do Superior Tribunal de Justiça, para julgar o recurso especial que necessariamente terá de ser interposto, pois ainda não se trata de decisão de única ou última instância a admitir recurso extraordinário; e o do Supremo Tribunal Federal para apreciar o recurso extraordinário contra o decidido, a propósito, no recurso especial, certo como é que se trata de matéria constitucional, sobre a qual cabe à Corte Suprema a palavra final)" (O Supremo Tribunal em face da nova Constituição, *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 173, p. 35 (40)).

Também no AI 132.755, explicitou o Ministro Moreira Alves essa orientação, enfatizando que não há, entre leis federal e estadual, nesse terreno, quando se julga a validade desta contestada em face daquela, vício de ilegalidade, mas sim vício de inconstitucionalidade. O confronto entre essas leis se faz para verificar se houve, ou não, invasão de competência por parte da lei local, e não para verificar se a lei estadual violou a lei federal (Decisão de 28-9-1989).



da ADC, instituída pela Emenda Constitucional n. 3, de 1993 (Cap. III). Tendo em vista o caráter "dúplice" ou "ambivalente" das referidas ações, as regras de admissibilidade e de procedimento aplicáveis à ação direta são, na sua essência, extensíveis à ação declaratória.

A petição inicial das duas ações não está vinculada a qualquer prazo. Porém, os seus requisitos são disciplinados pelos arts. 3º e 14 da Lei n. 9.868 para a ADIn e para a ADC, respectivamente.

O primeiro requisito indispensável à petição inicial em qualquer das duas ações é a indicação do dispositivo ou dispositivos sobre os quais versa a ação, bem como dos fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada um deles ( arts. 3º, I, e 14, I).

A exigência legal em questão já constava da jurisprudência do STF. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal ser "necessário, em ação direta de inconstitucionalidade, que venham expostos os fundamentos jurídicos do pedido com relação às normas impugnadas, não sendo de admitir-se alegação genérica sem qualquer demonstração razoável, nem ataque a quase duas dezenas de medidas provisórias em sua totalidade com alegações por amostragem"<sup>265</sup>.

É interessante notar que, a despeito da necessidade legal da indicação dos fundamentos jurídicos na petição inicial, não está o STF a eles vinculado na apreciação que faz da constitucionalidade dos dispositivos questionados (*princípio da causa petendi aberta*)<sup>266</sup>.

Sobre o tema, vale dizer, ainda, que já se determinou o desmembramento de ação proposta contra vinte e uma leis de diferentes Estados, entendendo o Tribunal não ser suficiente a identidade de fundamento jurídico para justificar a cumulação<sup>267</sup>.

O STF tem entendido que, se o vício de inconstitucionalidade abrange vários dispositivos, a impugnação há de incidir sobre todos eles, sob pena de não se conhecer da ação direta. Todavia, no julgamento da ADIn 2.728, a Corte considerou que, a despeito de se não ter impugnado o complexo normativo questionado, era de conhecer da ação direta, porque se cuidava de vício de índole formal<sup>268</sup>.

O segundo requisito indispensável à petição inicial presente na lei é a formulação pelo requerente de pedido com suas especificações (arts. 3º, II, e

265. ADIn 259, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ, 19 fev. 1992, p. 2030.

266. ADIn 2.728-AM, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 20-2-2004.

267. ADIn 28, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ, 25-10-1991.

268. ADIn 1931 (MC) - DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 28-5-2004. Cf. ainda ADIn 2.982 (OO) - CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 21-6-2004, e ADIn 2.877 - RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 18-11-2003.

14, II). A determinação em questão é fundamental, haja vista que com ela se consagra de forma expressa, entre nós, o princípio do pedido.

Tal princípio é essencial para a jurisdição constitucional, uma vez que dele depende, em determinada medida, a qualificação do 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.

É de ressaltar que o pedido poderá abranger, além da emissão de um juízo definitivo sobre a constitucionalidade da norma questionada, a emissão de um juízo provisório sobre o tema, mediante a concessão de uma medida cautelar<sup>269</sup>.

No que tange à ADC, há ainda, legalmente estabelecido, um terceiro requisito: a indicação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória (art. 14, III). Sobre esse tema já tecemos as considerações que julgávamos necessárias<sup>270</sup>.

Os parágrafos únicos do arts. 3º e 14 da Lei n. 9.868 determinam, respectivamente, que ao autor da ADIn ou da ADC cabe apresentar, juntamente com a petição inicial em duas vias, cópias da lei ou ato normativo que contêm os dispositivos sobre os quais versa a ação proposta. Os mesmos dispositivos em questão estabelecem, ainda, a necessidade de as petições serem acompanhadas, quando subscritas por advogado, de instrumento de procuração. Em decisão recente, estabeleceu o STF que a procuração na ADIn deve conter poderes específicos autorizando a impugnação da norma feita na petição inicial<sup>271</sup>.

Por fim, atenta à necessidade de conferir certa celeridade aos processos da ADIn e da ADC, houve por bem a Lei n. 9.868, de 1999, conceder ao relator a possibilidade de indeferir liminarmente as petições ineptas, as não fundamentadas e aquelas manifestamente improcedentes (arts. 4º e 15). Cabe, de toda maneira, agravo da decisão de indeferimento (art. 4º, parágrafo único, e art. 15, parágrafo único), no prazo de cinco dias.

Há ainda de ressaltar que, regularmente proposta a ADIn ou a ADC, não será admissível a desistência (arts. 5º e 16).

### 2.1. Modificação da petição inicial

Embora o Regimento Interno não contemplasse, expressamente, a possibilidade de alteração na petição inicial, reconheceu a jurisprudência do Su-

269. Sobre o tema das medidas cautelares, ver, *infra*, item 6 desta seção.

270. Cf., *supra*, Seção IV, Capítulo III do Título III — O objeto do controle abstrato...

271. ADIn 2.187, Relator: Ministro Gallotti, *Informativo STF* n. 190.

premo Tribunal Federal a possibilidade de aditamentos ou emendas à inicial<sup>272</sup>. cremos que com a Lei n. 9.868/99, embora também não preveja expressamente tal possibilidade, o tema não sofrerá grandes alterações na jurisprudência da Corte.

É interessante notar que a emenda da inicial já provocou revisão de medida cautelar, como se verificou na ADIn 722, na qual o Tribunal deferiu requerimento do Procurador-Geral da República para estender a suspensão da eficácia à cláusula de revogação, de modo a permitir a aplicação da lei revogada até a decisão de mérito da ação direta<sup>273</sup>. Da mesma forma, já se procedeu à emenda da inicial para reduzir o âmbito do pedido de arguição de inconstitucionalidade, após concessão de liminar, restringindo assim o objeto da ação e, por conseguinte, a amplitude da medida cautelar deferida<sup>274</sup>.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal não tem admitido o pedido de aditamento após a requisição das informações ao órgão de que emanou o ato ou a medida impugnada<sup>275</sup>.

### 3. Intervenção de terceiros e *amicus curiae*

Dando seguimento à disciplina procedimental das ações em questão, a Lei n. 9.868 preserva a orientação contida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que veda a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade e, agora, também na ação declaratória de constitucionalidade (arts. 7º e 18).

Constitui, todavia, inovação significativa, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, a autorização para que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º). Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões<sup>276</sup>.

Trata-se de providência que confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribu-

272. Rp. 1.182, Relator: Ministro Soares Muñoz, *RJ* n. 112, p. 97 e s.; ADIn 474 (AgRg), Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 8 nov. 1991, p. 15952; ADIn 722, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 19 jun. 1992, p. 9520.

273. ADIn 722, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 9 jun. 1992, p. 9520.

274. ADIn 475, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 8 nov. 1991, p. 15952.

275. ADIn 437, Relator: Ministro Celso de Mello, *DJ*, 9 fev. 1993, p. 2031.

276. O STF tinha entendido, inicialmente, que a atuação do *amicus curiae* ficava limitada ao direito de manifestação escrita, expresso no art. 7º, § 2º da Lei n. 9.868, de 1999 (AgrADIn 2.130, Relator: Ministro Celso de Mello, *DJ*, 14 dez. 2001). Cf. nota 279, *infra*.

nal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão.

Em vista do veto oposto ao § 1º do art. 7º e aos §§ 1º e 2º do art. 18, surgem duas questões: (a) se o direito de manifestação assegurado a eventuais interessados aplica-se à ADC, e (b) qual o momento para o exercício do direito de manifestação por parte do *amicus curiae* nessas ações.

No que concerne ao prazo para o exercício do direito de manifestação previsto no art. 7º, §§ 1º e 2º, parece que tal postulação há de se fazer dentro do lapso temporal fixado para apresentação das informações por parte das autoridades responsáveis pela edição do ato.

Tendo em vista a natureza idêntica das ações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, não parece razoável qualquer conclusão que elimine o direito de manifestação na ADC. O perfil objetivo desse processo recomeça igualmente a adoção do instituto apto a conferir caráter plural e aberto a esse processo. Assim, a despeito do veto nas disposições constantes do art. 18 da Lei n. 9.868, de 1999, é de considerar aplicável à ADC a regra do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868, que admite o direito de manifestação de entidades representativas na ação direta de inconstitucionalidade.

Também no que diz respeito ao momento para o exercício do direito de manifestação, há de se operar, em princípio, antes que os autos sejam conclusos ao relator. Assim, o direito de manifestação, na ação declaratória de constitucionalidade, será exercido, regularmente, antes do encaminhamento da questão ao Procurador-Geral da República.

É pertinente ressaltar que, em recente julgamento<sup>277</sup>, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, resolveu questão de ordem no julgamento das ADIns 2.675-PE e 2.777-SP para permitir, excepcionalmente, a realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo de fiscalização abstrata de normas, na condição de *amicus curiae*.

Essa nova orientação, apesar de ter contrariado os precedentes existentes<sup>278</sup>, parece-nos acertada na medida em que viabiliza, em casos específicos, a possibilidade de que o procedimento de instrução da ação direta de inconstitucionalidade seja subsidiado por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição.

Parece ser esse pelo menos o espírito da norma constante da parte final do art. 7º, § 2º da Lei n. 9.868/99. É verdade que essa disposição remete ao

277. ADIn (QQ) 2.675-PE, Rel. Min. Carlos Velloso, e ADIn (QQ) 2.777-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, ambas julgadas em 27-11-2003.

278. ADIn (MC) 2.321-DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 31-10-2000; ADIn (MC) 2.130-SC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 2-2-2001; ADIn (QQ) 2.223-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 26-10-2001.

parágrafo anterior — § 1º<sup>279</sup> —, que restou vetado pelo Presidente da República.

É possível, porém, cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae* fora desse prazo<sup>280</sup>, especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa. Na ADIn 2.690-RN<sup>281</sup>, o Relator admitiu a participação do Distrito Federal, dos Estados de Goiás, Pernambuco, Rio de Janeiro, da Associação Brasileira de Loterias Estaduais (ABLE) e, ainda, determinou-se uma nova audiência da Procuradoria-Geral da República.

#### 4. Informações das autoridades das quais emanou o ato normativo e manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República

No caso da ADIn, sendo positivo o juízo de admissibilidade feito pelo relator, há duas possibilidades de desenvolvimento no início do *iter* procedimental.

Na primeira delas, não há pedido de medida cautelar. Nesse caso, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades dos quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado através da petição inicial, conforme determina o art. 6º. Os órgãos e as autoridades deverão responder o pedido de informações no prazo de trinta dias, contados do seu recebimento (art. 6º, parágrafo único).

Na segunda, há pedido de concessão de medida cautelar. É de notar que nesse caso a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou o ato impugnado também se faz necessária para a deliberação do Tribunal sobre a cautelar (art. 10), obedecendo essa audiência, entretanto, a um prazo de cinco dias e devendo versar somente sobre os requisitos da cautelaridade.

279. O § 1º do art. 7º da Lei n. 9.868, de 1999 dispunha que: "Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais".

280. Esse entendimento, entretanto, não é majoritário na jurisprudência do STF. A esse respeito, cf. ADIn 2.238-DF Rel. Min. Ilmar Galvão — hipótese em que a Associação Paulista dos Magistrados formulou pedido de admissão no feito depois de já iniciado o julgamento da medida liminar. Na espécie, considerou-se que a manifestação do *amicus curiae* é destinada a instruir a ADIn, não sendo possível, portanto, admiti-la quando já em andamento o julgamento do feito. Restaram vencidos, os Ministros Ilmar Galvão (Relator) e os Ministros Carlos Velloso que referendavam a decisão monocrática.

281. ADIn 2.690-RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, pedido de medida cautelar ainda não apreciado pelo Tribunal Pleno.

Após o julgamento da cautelar, deve, então, o relator pedir as informações a que se refere o art. 6º<sup>282</sup>.

Em qualquer das hipóteses, estabelece o art. 8º da Lei n. 9.868, de 1999, que, decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União<sup>283</sup> e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

No que concerne à ADC, o *iter* procedimental é bastante simplificado, sendo normativamente prevista apenas a manifestação do Procurador-Geral da República no prazo de quinze dias (art. 19). Havendo pedido de cautelar, poderá ocorrer o julgamento antes da submissão da controversia constitucional ao Procurador-Geral da República<sup>284</sup>.

Igualmente relevantes afiguram-se os dispositivos contidos na Lei n. 9.868 que permitem que o relator, tanto na ADIn como na ADC, solicite informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição (arts. 9º, § 2º, e 20, § 2º). Trata-se de providência que, além de aperfeiçoar os mecanismos de informação do Tribunal, permite maior integração entre a Corte Suprema e as demais Cortes federais e estaduais.

Após a manifestação do Procurador-Geral da República, poderá o relator solicitar dia para o julgamento da ADIn (Lei n. 9.868, art. 9º, *caput*) ou da ADC (art. 20, *caput*).

#### 5. Apuração de questões fáticas no controle de constitucionalidade

Importante inovação consta dos arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei n. 9.868, que autorizam o relator, após as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, a 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 e pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Nesse passo, o legislador afastou-se de uma leitura radical do modelo hermenêutico-clássico, a qual sugere que o controle de normas há de se fazer

282. Para evitar duplicidade de informações, o STF tem requerido o pedido das informações sobre a própria questão da inconstitucionalidade (prazo de 30 dias), e somente após a sua apresentação procede ao julgamento do pedido cautelar.

283. "O Advogado-Geral da União e a Ação Direta de Inconstitucionalidade", artigo publicado no *Correio Braziliense* (caderno Direito & Justiça; p. 1) no dia 20 de novembro de 2000.

284. Cf. ADC 9, decisão da liminar: *DJ*, 28 jun. 2001.

com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Essa abordagem simplificada tem levado o Supremo Tribunal Federal a afirmar, às vezes, que fatos controvertidos ou que demandam alguma dilação probatória não podem ser apreciados em ação direta de inconstitucionalidade<sup>285</sup>.

Essa abordagem confere, equivocadamente, maior importância a uma compreensão do instrumento processual do que à própria decisão do constituinte de lhe atribuir a competência para dirimir a controvérsia constitucional.

Hoje, entretanto, não há como negar a *comunicação entre norma e fato*, que constitui condição da própria interpretação constitucional<sup>286</sup>. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos<sup>287</sup>.

É bem verdade que, se analisarmos criteriosamente a nossa jurisprudência constitucional, verificaremos que, também entre nós, procede-se ao exame ou à revisão dos fatos legislativos pressupostos ou adotados pelo legislador. É o que se verifica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade<sup>288</sup>.

Nos Estados Unidos, o chamado "*Brandeis-Brief*" — *memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no caso Müller versus Oregon (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher* — permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples "questão jurídica" de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição<sup>289</sup>.

Restou demonstrado então que até mesmo no chamado controle absoluto de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional<sup>290</sup>.

Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a

285. Cf., a propósito, despacho do Ministro Celso de Mello, prolatado na ADIn 1.372, DJ, 17 nov. 1995.

286. Cf., Ernst Gottfried Marenholz, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54).

287. Marenholz, op. cit., p. 54

288. Cf., v. g., Rp. 1.077, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n. 112, p. 34 (58-9).

289. Cf., a propósito, Kermit L. Hall, *The Supreme Court*, p. 85.

290. Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, in Dreier, Ralf / Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden, 1976, p. 164 (172).

verificação desses fatos se relaciona íntima e indissociavelmente com o exercício do controle pelo Tribunal.

Tem-se, assim, que os dispositivos legais acima citados geram um novo instituto que, se devidamente explorado pelo Supremo Tribunal Federal, servirá para modernizar e racionalizar o processo constitucional brasileiro.

## 6. Medida cautelar em ADIn e ADC

No que se refere ao pedido de cautelar na ADIn, optou a Lei n. 9.868 por estabelecer que, salvo em caso de excepcional urgência, o Tribunal somente concederá a liminar, por decisão da maioria absoluta de seus membros, após audiência, dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 10). Em caso de excepcional urgência, poderá ser dispensada a audiência dos órgãos dos quais emanou o ato (art. 10). A lei explicita (art. 11), ainda, que a decisão concessiva de cautelar terá eficácia *erga omnes*, devendo a sua parte dispositiva ser publicada em seção especial do *Diário Oficial* no prazo de dez dias a contar do julgamento.

Ainda no que tange à medida cautelar no âmbito da ADIn, o art. 11, § 1º, da Lei n. 9.868 dispõe, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a cautelar será concedida, regularmente, com eficácia *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Da mesma forma, prevê-se que a medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação do Tribunal em sentido contrário (art. 11, § 2º).

Também nessa matéria, deve-se observar que a já citada lei contém disposição (art. 12) que autoriza o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias. Essa providência, além de viabilizar uma decisão definitiva da controvérsia constitucional em curto espaço de tempo, permite que o Tribunal delibere, de forma igualmente definitiva, sobre a legitimidade de medidas provisórias, antes mesmo que se convertam em lei.

Outro importante ponto presente na Lei n. 9.868 (art. 21) refere-se à admissão de cautelar, em ADC<sup>291</sup>, que há de consistir na determinação, por parte da maioria absoluta do STF, de que os juízes e Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo

291. Já o STF admitia em sua jurisprudência a possibilidade de concessão de medida cautelar em ADC. Cf. ADC 4 e ADC 7.

objeto da ação até o seu julgamento definitivo, que, de qualquer sorte, há de verificar-se no prazo de cento e oitenta dias.

Considerando a natureza e o escopo da ação declaratória de constitucionalidade, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas nesse processo, parece ter sido acertada a admissão, por parte do legislador, de maneira explícita, da concessão de medida cautelar, a fim de evitar o agravamento do estado de insegurança ou de incerteza jurídica que se pretende eliminar<sup>292</sup>.

#### TÍTULO IV

### AS DECISÕES NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE O BUNDESVERFASSUNGSGERICHT E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### CAPÍTULO I

#### INTRODUÇÃO

A Lei orgânica do *Bundesverfassungsgericht* não contém disciplina minuciosa sobre as decisões no processo de controle abstrato de normas. Isso não impediu, todavia, que o Tribunal desenvolvesse complexa técnica de decisão.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não contempla expressamente as diferentes formas de decisão no processo de controle abstrato de normas. O art. 173 do RISTF determina apenas que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade há de ser proferida pelo voto de no mínimo seis dos onze Ministros que integram o Tribunal.

<sup>292</sup>. Na ADC 9, Relator: Ministro Néri da Silveira, concedeu-se a cautelar solicitada, com eficácia *ex tunc*.