

PESQUISAS,
RESENHAS E
DEMAIS
ATIVIDADES

PROGRAMA DA DISCIPLINA DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Izabel Cravo de Azevedo¹

Sumário: I- Introdução; II- Desenvolvimento; III- Conclusão; IV- Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem como finalidade a elaboração de relatórios de textos relacionados aos temas abordados em sala de aula, correspondentes ao conteúdo da disciplina Direito Processual Constitucional, ministrada pelo professor Fernando Gama de Miranda Netto, na Universidade Federal Fluminense, durante o segundo semestre do ano de 2010.

Abstract: *This article focuses on elaborating reports of texts related to topics covered in class, corresponding to the content of the discipline Constitutional Procedural Law, taught by Professor Fernando Gama de Miranda Netto, at Federal Fluminense University, during the fall semester of the year 2010.*

I- Introdução

O presente trabalho tem como objetivo a elaboração de relatório de dezoito textos, cada qual referente a um tema já comentado em sala de aula, dentro da disciplina Direito Processual Constitucional, ministrada pelo professor Fernando Gama de Miranda Netto, na Universidade Federal Fluminense.

Serão abordados assuntos extremamente importantes à formação do acadêmico do curso de Direito, dentre os quais se encontram a Teoria Geral do Processo Constitucional, a Teoria da Inconstitucionalidade das Normas e a Judicialização da Política.

Vale ressaltar o estudo do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, observando-se a história de sua formação, desde as Casas de Suplicação até a constituição atual, incluindo-se sua competência e âmbito de atuação constitucional.

¹ Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: izabel_cravo@hotmail.com

Ademais, igual relevância detém o esboço das Ações do controle de constitucionalidade – a Ação Direta de Constitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental – com o estudo de sua natureza, objeto, procedimento e efeitos, tomando por base as Leis nº 9.868 e 9.882, de 1999.

Outrossim, a análise do tema do Controle da Omissão Inconstitucional permitirá o estudo do mandado de injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, apontando-se as suas diferenças e hipóteses de cabimento. Urge salientar que tal assunto reveste-se de grande valor, como se verá adiante, tendo em vista que a omissão do Estado na regulamentação de uma norma pode gerar a impossibilidade do exercício de um direito ali previsto, o que é prejudicial à própria noção de democracia.

Por fim, cumpre adicionar o relevo do estudo das Súmulas, especialmente no que toca ao debate acerca das Súmulas Vinculantes, as quais, para os seus defensores, proporcionam segurança jurídica, isonomia e ampliação do acesso à justiça.

II- Desenvolvimento

II.1.1 - Teoria Geral da Justiça Constitucional

José Alfredo de Oliveira Baracho

Preliminarmente, verifica-se um amplo debate acerca da denominação mais adequada a ser dada à disciplina Direito Processual Constitucional, levando em consideração os diversos instrumentos e órgãos de solução dos conflitos constitucionais.

Da mesma forma, surgiram várias dúvidas sobre o conteúdo da disciplina. Nessa perspectiva, Baracho relembra Domingo García Belaúnde, nos seguintes fundamentos:

“A essência desta disciplina está contida no estudo das características processuais inseridas na Constituição. Apesar de ser um ramo do Direito Processual, não se afasta do Direito Constitucional, desde que compreende a análise da jurisdição, garantias, processo e órgãos, todos eles de natureza constitucional.” (BARACHO, 2006, p. 21).

Pode-se dizer que as dificuldades em definir a disciplina têm origem na estreita vinculação entre o Direito Constitucional e o Direito Processual.

Para o doutrinador Elvito Rodríguez Domínguez, o Direito Processual Constitucional tem o papel de estudar as garantias constitucionais e os instrumentos processuais efetivadores do respeito à hierarquia constitucional e o cumprimento dos direitos humanos.

Alguns autores diferenciam as disciplinas Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual. Baracho acredita que a primeira seria um ramo do Direito Processual, enquanto a segunda, da Constituição.

O objeto essencial do processo constitucional é a análise das garantias constitucionais, dentro da visão contemporânea, vale dizer, como instrumentos voltados à reintegração da ordem constitucional, quando constatado desrespeito ou violação pelos órgãos de poder.

Consolidaram-se dois sistemas de solução de conflitos constitucionais: o primeiro, austríaco (ou o europeu), que se caracteriza pela consagração de um Tribunal Constitucional, que decide as questões relativas à constitucionalidade das leis e dos atos de autoridade, assuntos que não podem ser resolvidos pelos juízes ordinários. A declaração de constitucionalidade tem efeitos *erga omnes*. Já o segundo, o americano, todos os juízes e tribunais podem decidir sobre a constitucionalidade dos atos de autoridade. O americano é difuso, incidental, especial e declarativo, enquanto que o austríaco é visto como autônomo, concentrado, principal, geral e constitutivo. Há, também, os sistemas mistos, que combinam vantagens de cada um e, desta forma, ultrapassam os aspectos negativos de uma estrutura severa.

O Direito Processual Constitucional nutre-se da teoria da pirâmide jurídica de Hans Kelsen, que justificava a existência de um controle de constitucionalidade que não podia ser feito pelo Parlamento, nem tampouco pelos juízes. Daí surge a idéia de um órgão *ad hoc* - o Tribunal Constitucional, que, de acordo com Kelsen, estaria fora do Poder Judicial e independente dos demais poderes.

Acerca da diferença de Justiça Constitucional e Jurisdição Constitucional, Louis Favoreu diz que aquela deve ser considerada como um sistema que, em conjunto, trata do controle de constitucionalidade e temas correlacionados, enquanto esta realiza uma análise apresada do órgão competente para tanto. Nesse sentido:

“A primeira é a compreensão maior e panorâmica da matéria, ao passo que a segunda é mais específica em relação à composição, estrutura e atribuições do Tribunal Constitucional.” (BARACHO, 2006, p. 332)

Alguns juristas dizem que o Direito Processual Constitucional não seria autônomo, mas estaria dentro do Processo Civil. Porém, o autor diz que não é possível confundir os dois, pois, enquanto o primeiro defende direitos fundamentais, o segundo baseia-se em indenização por danos e prejuízos.

Há também autores que denominam a disciplina de Direito Jurisdicional Constitucional. Contudo, Baracho alega que essa denominação se concentra mais na idéia de justiça, que não cobre a totalidade do conteúdo da disciplina.

Deve-se compreender o Direito Processual Constitucional a partir de uma Teoria Geral do Processo, que mantém todos os demais ramos processuais, como sustenta Carnelutti. Nesse sentido, o processo adquire diferentes conotações, sendo que uma delas – o Direito Processual Constitucional - procura definir os mecanismos que intentam defender a hierarquia normativa, como o controle de constitucionalidade e a proteção dos direitos humanos.

Héctor Fix-Zamúdio delinea o Direito Processual Constitucional da seguinte maneira:

“A disciplina jurídica, localizada no campo do Direito Processual, que tem como objetivo o estudo sistemático das instituições e órgãos, por meio dos quais podem ser solucionados os conflitos relativos aos princípios, valores e disposições fundamentais, com a finalidade de repassar as violações dos mesmos. Estes instrumentos podem ser qualificados como garantias constitucionais.” (BARACHO, 2006, p. 346/347).

Por fim, Baracho faz referência ao direito de amparo, o qual visa à tutela de todos os direitos humanos estabelecidos nas constituições, influenciando, também, nos direitos consagrados pelos tratados internacionais, quando estes são violados por

autoridades públicas e, em certas ocasiões, por setores sociais. É comparado ao mandado de segurança brasileiro.

II.1.2 - *Ativismo judicial mobiliza justiça e sociedade*

Luis Roberto Barroso

De acordo com o renomado autor, jurisdição constitucional pode ser definida como: “A competência que os juízes e os tribunais possuem para interpretar e aplicar a Constituição, direta ou indiretamente.” (BARROSO, 2009, p. 01)

Há a aplicação na forma direta na hipótese de decisões cujas pretensões estão fundamentadas no texto constitucional. Por sua vez, a aplicação indireta ocorre quando o intérprete utiliza a Constituição para verificar a validade de uma norma inconstitucional, no controle de constitucionalidade, ou para especificar o melhor sentido da norma, dentre outros possíveis, que é a interpretação conforme a Constituição.

Além disso, o principal marco do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Judiciário, e seu crescente destaque no cenário político, o que tem gerado diversas críticas, sendo a primeira delas a questão da legitimidade democrática, tendo em vista que os juízes - e os tribunais - não necessitam do voto popular para ocuparem cargos públicos dotados desse teor político. Outrossim, pode-se apontar o fato de, muitas vezes, seus membros serem incapazes de medir os efeitos que certas decisões podem produzir. Por fim, a linguagem jurídica utilizada é, muitas vezes, criticada, pela exclusão que provoca àqueles - a maioria - que não a entendem. Nesse contexto, o autor sustenta que é fundamental reafirmar a importância da jurisdição constitucional, uma vez que o papel do Judiciário e do STF é de salvaguardar os direitos fundamentais e os procedimentos democráticos.

Com a finalidade de preservar a separação entre Direito e Política - e, conseqüentemente, o Princípio da Separação dos Poderes - a CF/88 confere aos magistrados garantias institucionais e funcionais. Outro fator que possibilita a preservação do Judiciário em face da política é vinculação ao Direito posto e à

dogmática jurídica (BARROSO, 2009, p. 02), vale dizer, às normas, conceitos, doutrina e jurisprudência.

Contudo, aduz o autor que a separação de fato entre Direito e Política permanece apenas no mundo ideal. Na realidade, decisões judiciais elucubram, frequentemente, fatores extrajudiciais, dentre os quais se encontram fatores oriundos das próprias convicções do juiz, assim como elementos de natureza política e institucional. Nesse sentido, é preciso reconhecer que, muitas vezes, a solução para um conflito jurídico não será encontrada pronta no ordenamento, restando ao juiz argumentar fundamentadamente para alcançar a solução mais adequada ao caso concreto, sob a ótica constitucional, considerando, assim, seus valores pessoais e ideológicos, que, fatalmente, influenciam sua decisão. Contudo, eventuais preferências políticas do juiz são limitadas não só pela lei, mas também por fatores extrajurídicos e extrajudiciais. Com efeito, as motivações indicadas pelo STF sofrem influência de fatores como a preservação e, às vezes, a expansão de seu poder, a interação com outros Poderes, e conseqüências práticas de seus julgados e a perspectiva de seu efetivo cumprimento.

Finalmente, outro fator que exerce grande influência nas decisões judiciais que envolvam matéria política ou questões morais relevantes é a opinião pública. É cediço que a legitimidade democrática do Judiciário, principalmente na interpretação da Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. Para fazer valer a Constituição, as autoridades dependem da confiança dos cidadãos.

Assim, conclui o autor dizendo que:

“[...] a atuação judicial é limitada pelas possibilidades de solução oferecidas pelo ordenamento, pelo tipo de argumentação jurídica utilizável e pelo controle de razoabilidade e racionalidade que restringem as influências extrajudiciais de natureza ideológica ou estratégica” (BARROSO, 2009, p. 05).

Mas isso não significa que elas retem obstadas. É preciso, portanto, reconhecer que, em razão disso, o Direito não é diminuído, mas sim possibilita a relação com a política de forma transparente.

Por fim, o autor relata seis fatos notáveis, no âmbito do STF, dentre os quais podemos apontar a aprovação de onze novas súmulas vinculantes, além da edição da Lei nº 12.063/09, que disciplina a ADIN por omissão. Ainda, fala sobre dez decisões marcantes do Tribunal, sendo interessante mencionar o HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, no qual o STF entendeu que a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ofende o princípio da não-culpabilidade.

II.2.1 - O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos

Toni Fine

O controle de constitucionalidade representa a competência que possui um Tribunal para declarar inválida uma norma e afastar um ato legislativo ou executivo contrário à Constituição. Nos EUA, todos os tribunais, federais e estaduais podem exercer esse controle, tendo a Suprema Corte a decisão final sobre a constitucionalidade de atos específicos de entidades públicas federais ou estaduais.

Muitas das normas americanas possuem expressões amplas, motivo pelo qual o Judiciário tem papel fundamental na delimitação do significado específico dos termos. Assim, a função do controle de constitucionalidade tem o objetivo precípuo de assegurar a supremacia da Constituição.

O poder judicial de controlar a constitucionalidade de atos normativos não é previsto explicitamente por qualquer dispositivo da Constituição dos EUA, sendo ele mesmo um produto de construção jurisprudencial. Nesse sentido, o Judiciário teria o poder de rever atos de seus ramos coordenados e dos estados, analisando sua consistência com a Constituição.

Historicamente, há evidências na Assembléia Constituinte americana que mesmo antes de *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte tinha autoridade para declarar atos de outras entidades governamentais incompatíveis com a Constituição e, destarte, nulos e inválidos.

O caso *Marbury v. Madison* estabeleceu a autoridade e responsabilidade da Suprema Corte dos EUA, assim como de outros tribunais federais, assegurando-lhes o papel de revisar atos dos estados e dos ramos coordenados do governo para sua fidelidade à Constituição. Marbury havia sido nomeado como Juiz de Paz no Distrito da Columbia, mas Madison, secretário de Estado do novo presidente (à época, Thomas Jefferson), negou-lhe que tomasse posse. Por unanimidade, a Suprema Corte decidiu que Marbury tinha direito a tomar posse no cargo. Por outro lado, a Corte concluiu que não tinha autoridade para acolher o pedido de Marbury, por colisão do Congresso com o Artigo III da Constituição. O juiz Presidente John Marshall, em seu voto, justificou o exercício do controle judicial de constitucionalidade para derrubar atos inconstitucionais do Congresso. Assim, neste *case*, ficou estabelecido o poder judicial de controle de constitucionalidade nos EUA.

Já o caso *Flying Fish* ocorreu em 1799, durante uma breve guerra entre os EUA e a França, quando uma ordem do Presidente John Adams autorizou o confisco de navios. Contudo, tal ordem era incompatível com um ato do Congresso e o proprietário de um navio dinamarquês – o *Flying Fish* – ajuizou ação contra o capitão da Marinha que confiscara seu navio. Quando chegou à Suprema Corte, decidiu-se pela invalidação da ordem que autorizava a Marinha a confiscar navios.

De acordo com o autor, o controle de constitucionalidade é exercido no âmbito das relações entre os estados e o governo central; nas relações concernentes à separação de poderes; e no que toca aos direitos individuais e proteções contra abusos de autoridades do governo. Quanto a essa última hipótese, pode-se falar também em proteção contra os abusos da minoria pela maioria.

Outrossim, o controle de constitucionalidade não serve apenas para atuar no que concerne aos atos legislativos. Com efeito, os atos executivos também estão incluídos no controle.

Acerca dos limites do controle de constitucionalidade nos EUA, pode-se dizer que o primeiro deles – e o mais importante – é a exigência constitucional de que os tribunais federais somente recebam casos e controvérsias, no sentido de que os casos devem representar interesses diretos e legalmente assegurados das partes, com dano real

e concreto.

Além disso, entende-se que a Corte não admite casos que tratem de questões políticas, quando concluir que seriam mais bem resolvidos pelos ramos políticos do governo.

Ademais, os tribunais federais têm competência limitada sob a Constituição dos EUA, o que consiste em apenas deliberar sobre casos particulares, mesmo que todas as exigências de justiciabilidade sejam satisfeitas.

Adicione-se que, para que a Suprema Corte conheça do caso, o peticionário deve demonstrar a relevância da questão, além de que os tribunais federais de apelação limitam-se ao controle dos casos que já tenham sido registrados nos autos nas instâncias inferiores e a questões já argüidas pelas partes.

A *stare decisis* significa dizer que os tribunais nos EUA tendem a seguir as decisões anteriormente adotadas pelos tribunais de sua jurisdição e que se situem em um nível superior de tribunal ou até no mesmo nível. Assim, os tribunais somente poderiam ir de encontro aos seus precedentes com um bom motivo para tanto.

A Suprema Corte desenvolveu ferramentas interpretativas que limitam o poder judicial de controle de constitucionalidade, como, por exemplo, a política de evitar resolução de questões constitucionais sempre que possível. Além disso, parece existir uma marcante influência da opinião pública nas decisões da Suprema Corte.

Por fim, o autor relata ser raro, na história da Suprema Corte dos EUA, o uso da competência do controle de constitucionalidade para invalidação de normas para preservar a supremacia da Constituição. Agora, na era da Corte Roberts, parece-lhe que se seguirá a linha de seu predecessor Rehnquist, o qual certamente reafirmou o papel do judiciário e seu poder de controle de constitucionalidade. Assim, parece ser certo que o controle de constitucionalidade está aqui para ficar.

II.2.2 - *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*

Alexandre de Moraes

O Conselho Constitucional francês demorou a obter reconhecimento acerca do controle de constitucionalidade das leis porque se considerava que estas, enquanto manifestação da soberania popular, não poderiam ser injustas ou inconstitucionais, pensamento que remonta à idéia de Rousseau. Além disso, a magistratura não era vista com bons olhos, em alusão às lembranças do Antigo Regime.

Dessa forma, somente no século XX a questão do controle de constitucionalidade ganhou maior desenvoltura na França, com especial influência da Suprema Corte dos EUA. Na Constituição Francesa de 1946, foi criado um Comitê Constitucional com *status* diferenciado e com jurisdição constitucional. Contudo, apenas em 1958, na Constituição da 5ª República, o Conselho Constitucional francês foi criado, com jurisdição constitucional, incluindo-se aí o controle de constitucionalidade. Já a partir de 1971, a jurisdição constitucional deixou de ter como meta primordial o controle do Parlamento, para consagrar-se como protetiva dos direitos humanos fundamentais, passando a jurisdição constitucional, de certo modo, de um controle preventivo de constitucionalidade exercido para o interesse dos poderes públicos, para um controle de constitucionalidade protetivo dos interesses dos cidadãos.

O Conselho Constitucional francês é independente e autônomo em relação aos demais poderes do Estado. Compõe-se de forma híbrida, com nove membros nomeados politicamente, e outros denominados membros de direito, representados por todos os antigos Presidentes da República. Aqueles têm mandato de nove anos, enquanto estes são vitalícios. São escolhidos por razões estritamente políticas, sem que se exijam requisitos capacitários especiais. Além disso, não há previsão de idade mínima ou máxima para a nomeação de membros.

Dentre suas competências, está a de que, quando provocado pelo Governo ou pelo presidente de qualquer das Casas legislativas, o Conselho Constitucional francês pode, no curso do processo legislativo, analisar a constitucionalidade de uma proposição ou emenda. Trata-se, portanto, de controle preventivo de constitucionalidade, uma vez

que o Conselho Constitucional verificará se o Parlamento está atuando dentro de suas competências constitucionais na edição de uma espécie normativa.

Mas também há a possibilidade de controle repressivo de constitucionalidade, quando o Conselho Constitucional francês analisa abstratamente a repartição constitucional de competências entre o Governo e o Parlamento, declarando a natureza regulamentar ou não de uma norma e permitindo sua modificação.

Ademais, tornou-se competência precípua da justiça constitucional francesa a tutela dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Além disso, o Conselho Constitucional francês também possui outras competências de natureza política.

Noutro giro, na França, via de regra, não há o controle difuso de constitucionalidade, restando impossível a tutela dos direitos fundamentais na hipótese de um dos co-legitimados não impugnar uma lei antes de sua promulgação, deixando-a entrar em vigor, uma vez que não poderão os juízes ou tribunais, judiciais ou administrativos, deixar de aplicar determinada lei ao caso concreto por entendê-la incompatível com a Constituição.

As decisões do Conselho Constitucional francês são inapeláveis e possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Já no que toca ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, este é um órgão constitucional, consistente em um tribunal da Federação, autônomo e independente. Além disso, não está subordinado a nenhum outro órgão estatal, relacionando-se diretamente com os demais Poderes de Estado e possuindo autonomia organizacional, orçamentária e administrativa.

É composto de 16 membros, divididos em dois Senados, que se encontram no mesmo plano hierárquico, com oito membros cada um, representados por juízes federais oriundos dos Tribunais superiores e outros membros de livre escolha. A duração do mandato é de 12 anos, vedada a reeleição. Tais juízes devem possuir direitos políticos exigíveis para o acesso ao Parlamento Federal, além dos requisitos exigidos para o exercício da judicatura. Outrossim, todos os juízes devem ter completado 40 anos e

somente poderão exercer 68 anos, quando há a aposentadoria compulsória.

As competências principais do Tribunal Constitucional Federal Alemão residem na garantia da supremacia das normas constitucionais e na proteção e efetividade dos direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão exerce o controle jurisdicional de constitucionalidade concentrado e difuso, e é competente para julgar os recursos constitucionais. Estes, também chamados de recursos de amparo, podem ser interpostos por todo cidadão ou pessoa jurídica nacional com o fundamento de ter sido prejudicado pelo poder público em seus direitos fundamentais, dentre outros previstos na Constituição Alemã. Essa previsão decorre da auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais e assemelhados previstos na Lei Fundamental e, conseqüentemente, da necessidade de existência de um órgão que garanta sua efetividade.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão consagra a existência de diversos pressupostos objetivos de admissão do recurso constitucional, a saber: legitimação (todos os titulares de direitos fundamentais); capacidade processual (não se exige representação por advogado); objeto da proteção (a violação de direitos fundamentais ou direitos assemelhados a esses por parte do poder público); prazo (em regra, um mês da violação); e prévio esgotamento da via judicial.

O ordenamento jurídico alemão abrange tanto o controle abstrato quanto o controle difuso de constitucionalidade, tendo o Tribunal Constitucional Federal Alemão o monopólio de decisão no exercício da jurisdição constitucional. O primeiro é aplicado em casos de divergências de opinião ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a Lei Fundamental, ou da compatibilidade de uma legislação estadual com outras leis federais. O controle difuso de constitucionalidade, por sua vez, é aplicado na hipótese de controvérsia sobre a constitucionalidade de uma lei da qual dependa a solução de um processo, quando então juízes e tribunais ordinários ou superiores poderão entendê-la constitucional e decidir o caso concreto. Ao revés, se se entender pela inconstitucionalidade da lei, não se poderá efetivar essa declaração incidental e julgar o caso concreto, devendo-se suspender o processo, submetendo a questão constitucional (*Richterklage*) ao Tribunal

Constitucional Federal Alemão.

As decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão têm efeitos vinculantes, tendo força de lei, exceto nas demandas que envolvam conflitos entre órgãos e conflitos federais.

II.3.1 - A História da Corte Suprema no Brasil: Da Casa de Suplicação até a criação do Supremo Tribunal Federal

Germano Schwartz

No período colonial brasileiro, a distribuição da justiça era realizada por órgãos que acumulavam funções heterogêneas, podendo-se destacar a existência das Relações da Bahia e do Rio de Janeiro, que atuavam como espécies de tribunais recursais de segundo grau. Estes tribunais, contudo, não interpretavam o direito em unidade, utilizando o pensamento jurídico que emanava de Portugal. Assim, os recursos interpostos em face de decisões proferidas nas Relações eram remetidos às instâncias superiores da Metrópole – as Casas de Suplicação, em caráter excepcional.

Com a vinda da Família Real para o Brasil, em 1808, sentiu-se a necessidade da instalação de um órgão que suprisse as funções desempenhadas pela Casa de Suplicação de Lisboa, tendo em vista que a invasão napoleônica inviabilizava o acesso à cidade. Diante disso, dom João VI transformou a Relação do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação do Brasil, que restringia-se à apreciação de agravos, apelações e embargos, além de outras atribuições de cunho administrativo. Os magistrados que a compunham tinham de ser graduados pela Universidade de Coimbra, além de ostentar experiência e provir de origem social característica.

A Constituição de 1824 transformou a Casa da Suplicação do Brasil em Supremo Tribunal de Justiça, passando este à condição de última instância judiciária, competente para a solução definitiva de todas as lides. O Tribunal não chegou a ser poder político, uma vez que a Justiça do Império limitava-se, em última análise, à solução de lides cíveis e criminais oriundas das relações entre particulares. Destarte, o Supremo Tribunal de Justiça exauria sua competência em conceder revista aos recursos,

sendo as demais atribuições irrelevantes.

Não cabia ao Tribunal a defesa da Constituição em face do Legislativo por meio do controle de constitucionalidade das leis; ao contrário, cabia ao próprio Poder Legislativo a guarda da Constituição, assim como a interpretação das leis que elaborasse, de acordo com as atribuições expressamente fixadas pela Constituição Imperial. Adicione-se que o Supremo Tribunal de Justiça acabava por ficar bastante limitado frente à presença do Poder Moderador.

O Supremo Tribunal de Justiça foi o embrião para a criação do Supremo Tribunal Federal. Em 1890, em meio à atividade legiferante do Governo Provisório, foram dados os primeiros passos para a criação deste último. A nova Corte, integrante do Poder Judiciário, era composta de 15 membros escolhidos dentre juízes federais antigos e de notório saber e reputação, elegíveis para o Senado.

Em um contexto no qual se temia que a Monarquia reassumisse o poder por meio de lei infraconstitucional, a solução encontrada foi a de atribuir ao Supremo Tribunal Federal a garantia do sistema republicano.

Assim, em 1891, é criado o Supremo Tribunal Federal, aproveitando, inicialmente, os membros do antigo Supremo Tribunal de Justiça. No entanto, aposentados os ministros herdados da monarquia, a Corte passou a renovar-se, vindo a ser integrada por juízes da geração republicana.

É de ressaltar, no quadro de competências, que se possibilitava ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra nas controvérsias constitucionais, realizando o controle difuso de constitucionalidade. Assim, diferentemente da época imperial, podia julgar o chefe de Estado, assim como se pronunciar acerca da compatibilidade das leis com a Constituição.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal passou a consolidar o papel de guardião da Constituição e das liberdades individuais. Logo, no decorrer da Primeira República, o Supremo Tribunal Federal desempenhou papel relevante na construção das instituições republicanas e na defesa das garantias constitucionais e dos direitos dos cidadãos.

II.3.2 - *História dos Conflitos do Supremo Tribunal Federal com outros Poderes da República*

Luis Felipe Boson

O autor inicia seu texto com uma breve síntese histórica do Supremo Tribunal Federal, já abordada no texto de Germano Schwartz, relatando, então, os conflitos do Tribunal.

Os conflitos do STF ocorreram particularmente com presidentes autoritários. E assim se deu no governo do Marechal Floriano Peixoto. Entre os dias 10 e 11 de abril de 1892, o então vice-presidente no exercício da presidência, Floriano Peixoto, declarou Estado de sítio por 72 horas e prendeu civis e militares. Rui Barbosa impetrou em favor deles *habeas corpus*. Sob ameaça de suposta ameaça do presidente, o STF não conheceu do pedido de *habeas corpus*, ao fundamento de que tratar-se-ia de competência do Congresso Nacional.

Já no governo de Hermes da Fonseca, em face ao contexto de nova declaração de incompetência do STF para julgar a constitucionalidade de decretação de Estado de sítio, sob o fundamento de que seria de juízo privativo do Congresso Nacional, o Ministro Pedro Lessa, em voto vencido, lamentava que:

“[...] no país onde mais necessário se faz o exercício do poder moderador da Corte Suprema é esta que mais deve ceder e abdicar suas atribuições em favor dos abusos do Poder Executivo!” (SCHWARTZ, 2008, p. 186).

No governo de Getúlio Vargas, no período ditatorial de 1937 a 1945, o presidente anulou, por decretos-leis, decisões do STF que declarassem a inconstitucionalidade de atos legislativos.

Durante o governo de Gaspar Dutra, cassado o registro do Partido Comunista, Luiz Carlos Prestes, Maurício Grabois e João Amazonas impetram *habeas corpus* para que lhes fosse permitido o acesso à sede do partido e comitês locais. Entretanto, o *habeas corpus* foi indeferido, ao argumento de que o caso seria de mandado de

segurança.

Além disso, a Constituição Federal de 1946 dispunha que um aumento de ajuda de custo e subsídios aos parlamentares só podia ser estabelecida para a legislatura seguinte. Não obstante, em 1949, por um decreto legislativo, Câmara e Senado Federal fixaram um aumento em meio à legislatura. Contra isso se insurgiram, por meio de mandado de segurança, diversos cidadãos. No entanto, o STF não conheceu do pedido, declarando-se incompetente, sob o argumento de que não havia ato das respectivas meãs da Câmara e do Senado impugnável, além de que o mandado de segurança seria meio idôneo para proteger direito subjetivo do impetrante, mas não interesse de cidadão na anulação de ato supostamente lesivo ao patrimônio público.

No governo do Presidente Café Filho, o mandado de segurança e o *habeas corpus* impetrados pelo então chefe de governo quiçá tenham formado o caso mais notável que passou pelo STF em toda a sua história. Eleitos presidente e vice-presidente da República Juscelino Kubitschek e João Goulart, correram boatos de que sua posse não seria permitida. Café Filho, o presidente à época, licencia-se do cargo para internar-se em hospital, alegando mal estar. Sob os boatos de impedimento da posse de Juscelino Kubitschek e João Goulart, o Exército decide dar um contragolpe preventivo. Café Filho, ao tentar retornar ao cargo, não consegue. O Congresso ratifica o a impossibilidade de o presidente retornar ao cargo. Assim, sustentando manifesta inconstitucionalidade do impedimento, Café Filho impetra mandado de segurança para retornar ao cargo e *habeas corpus* para livremente se locomover, vez que sua casa encontrava-se cercada por tropas e tanques. O voto que acabou prevalecendo foi no sentido de suspender o julgamento do mandado de segurança até a cessação do Estado de sítio, de sorte que o pedido foi julgado prejudicado, já que expirado o mandado do impetrante. Igualmente, o *habeas corpus* também restou prejudicado, pois foram retiradas as tropas e os tanques de onde estavam.

No Regime Militar, pode-se destacar fato ocorrido em 1964, quando o STF concedeu *habeas corpus* a um professor universitário, declarando não serem criminosos os fatos a ele imputados, entendidos como decorrentes da liberdade de pensamento e de cátedra. Isso significa que o STF viveu uma fase áurea de aplicação de valores da democracia, no período de 1964 a 1968, enquanto pôde.

Assim, conclui-se que a preocupação do STF em fixar laços saudáveis de convivência com os poderes, dando privilégio à harmonia ao passo em que sua independência resta prejudicada, apenas enfraquece a democracia.

II.4.1 - A *decisão constitucional*

Marcos Barbosa Pinto

Em alguns países, incluindo-se os EUA, recomenda-se cautela ao Poder Judiciário quando do exercício da função jurisdicional. Alguns adeptos dessa opinião pregam a abstenção total, no sentido de que o Judiciário deveria deixar de declarar tanto a inconstitucionalidade quanto a constitucionalidade da norma em questão.

No Brasil, o STF dispõe de mecanismos para abster-se, especialmente após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, que estabeleceu o requisito da repercussão geral das questões constitucionais para a admissibilidade do recurso extraordinário. No entanto, para o autor, não há motivos para acreditar que essas manobras sejam necessárias, nem para temer eventuais efeitos políticos da declaração de constitucionalidade, quando se crê na legitimidade da Constituição e do STF.

A função legitimadora não pode ser desempenhada por meio da abstenção contínua do STF, que correria o risco de passar a ser encarado como mero instrumento a serviço dos governantes, e não como o guardião da Constituição. Mas, isso não retira a importância dos requisitos de admissibilidade das ações e recursos constitucionais – legitimidade *ad causam*, interesse de agir e relevância da matéria – para a democracia, na medida em que estes garantem a apropriada representação dos interesses envolvidos no caso, além de que promovem o debate necessário para que o Judiciário possa proferir decisões justas e corretas. Da mesma forma, a repercussão geral e a súmula vinculante contribuem para o regime democrático na medida em que diminuem a gigantesca carga de trabalho do STF e permite que ele atinja decisões mais informadas e com maior reflexão.

O textualismo é uma forma de interpretação constitucional utilizada pela Suprema Corte dos EUA que, assim como as técnicas de abstenção, tem por objetivo

diminuir o nível de atuação do Judiciário. De acordo com seus adeptos, o texto constitucional deve ser interpretado literalmente, sem defender entendimentos morais ou políticos em suas decisões.

A crítica principal que se faz ao textualismo é no sentido de que é cediço que a Constituição, muitas vezes, utiliza-se de termos vagos e abstratos, com significado controverso, o que, natural e propositamente, demanda interpretações individuais dos intérpretes.

Assim, para o autor, o único caminho para restringir a atuação do Judiciário em matéria constitucional seria adotar a regra do “erro claro”, que consiste em que:

“[...] o Judiciário só deve invalidar uma lei quando ela for manifestamente inconstitucional, ou seja, quando não se puder interpretar a Constituição de nenhuma forma capaz de salvar a lei da nulidade.” (PINTO, 2009, p. 316)

No entanto, a seu ver, tal regra não é normativamente correta, uma vez que acredita na plena legitimidade do exercício da jurisdição constitucional pelo Judiciário. Na realidade, o Judiciário deve interpretar a Constituição plenamente, tendo em vista que ele é o próprio guardião da Constituição. Isso significa que o magistrado não possui autoridade nem autonomia para se esconder atrás de regras interpretativas que procurem impor limites ao alcance de suas decisões.

A Interpretação Conforme a Constituição consiste em que o Judiciário deve buscar a interpretação das leis de modo a torná-las compatíveis com a Constituição, de sorte que, em face de duas interpretações possíveis de uma lei – uma que a torna inconstitucional e outra que respeita a Constituição – o Judiciário deve dar preferência à segunda. Isso evita a declaração de nulidade, porém sem comprometer a eficácia da Constituição. Ainda, o juiz consegue, por meio dessa técnica, encontrar um equilíbrio entre a validade e a nulidade, deixando de ser um simples legislador negativo.

Já a Declaração de Nulidade sem Redução de Texto implica a declaração de nulidade de algumas hipóteses de aplicação da lei questionada, mas sem afastar nenhuma disposição textual, sendo um instrumento apropriado para lidar com normas genéricas, quando verificados casos de aplicação constitucional e outros nos quais esta

se mostra inconstitucional. Cumpre esclarecer que essa técnica é um pouco mais intrusiva (PINTO, 2009, p. 330) do que a interpretação conforme a Constituição, uma vez que provoca um juízo de desaprovação em comparação à conduta do legislador.

O Apelo ao Legislador, utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão desde a década de 50, significa dizer que o Tribunal afirma que a lei impugnada não é, ainda, inconstitucional, porém que o legislador precisa operar velozmente para evitar a inconstitucionalidade. Esse apelo, entretanto, não suspende a vigência da lei, e tampouco obriga o Parlamento a aprovar uma nova lei. No Brasil, o apelo ao legislador dificilmente teria eficácia, já que é pouco provável que o Congresso Nacional viesse a atender às recomendações do STF prontamente, assim como ocorre com a declaração em sede de ADIN por omissão.

Por fim, a Restrição dos Efeitos da Decisão pela decretação de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, implicando a invalidade da lei no controle abstrato, com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*.

II.4.2 - Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior

Leonardo Greco

O doutrinador menciona as manifestações da doutrina e jurisprudência no sentido de relativizar a autoridade da coisa julgada por decisão posterior em nova causa, quando a coisa julgada, já insuscetível de ação rescisória, revela-se excessivamente injusta ou ofensiva à dignidade da pessoa humana ou de algum direito fundamental, ou, ainda, se é declarada com efeitos *erga omnes* a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou o julgado, com trânsito em julgado, em sede de ADIN ou ADC.

Para o autor, a coisa julgada no Direito brasileiro sempre foi – e ainda é – muito frágil, não havendo paralelo em nenhum outro sistema processual moderno. Na verdade, as únicas limitações impostas ao instituto ao longo do tempo foram as

reduções do prazo para cinco anos no CC/16 e para dois anos no CPC, além da adoção pelo STF da Súmula n° 343².

Entre considerar a coisa julgada um direito fundamental ou uma garantia de direitos fundamentais e entendê-la como um princípio ou uma regra de caráter técnico-processual e de hierarquia infraconstitucional, o autor opta pelo primeiro entendimento, dizendo ser a coisa julgada um instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança jurídica, a qual consta do art. 5° da CRFB. Nesse sentido é a jurisprudência mais recente da Corte Europeia de Direitos Humanos, que reconhece que a coisa julgada é uma imposição do direito à tutela jurisdicional efetiva. Desse modo, ao seu ver, não é permitido ao Poder Judiciário, depois de tornada imutável e indiscutível a manifestação processual, desfazê-la em detrimento das relações jurídicas e dos efeitos produzidos durante a validade da própria decisão.

Contudo, é preciso reconhecer que a segurança jurídica não é dotada de absolutismo, devendo impor-se a ela valores como a vida e a liberdade humanas, de sorte que a declaração de inconstitucionalidade deve determinar sempre a anulação de qualquer condenação criminal anterior com base na lei invalidada.

Noutro giro, não há que se falar em coisa julgada *erga omnes*, tendo em vista que a coisa atribuída a uma das partes na ação individual não é conferida a ninguém no processo constitucional, da qual ela não é objeto. Assim, para Leonardo Greco:

“[...] não há coisa julgada posterior a desfazer coisa julgada anterior, mas dois atos de vontade do Estado com as respectivas eficácias delimitadas pelos respectivos objetos litigiosos.” (GRECO, 2008, p. 257.)

Por fim, o controle de constitucionalidade das leis busca a proteção aos direitos fundamentais. Por esse motivo, as decisões sobre a constitucionalidade das leis não podem gerar violação a direitos fundamentais. Nesse sentido, a própria Corte Constitucional, para evitar vácuos legislativos ou dúvidas, pode modular os efeitos de suas decisões, na forma do art. 27 da Lei n° 9.868/99.

² Súmula n° 343 STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescidenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

II.4.3 - Dimensões do Processo Objetivo. Autocriação e Hetero-Referência como meios de configuração do processo constitucional nas duas décadas da Constituição Federal de 1988

Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi

O processo objetivo é aquele usado pelos Tribunais Constitucionais para decidir, de forma abstrata, sobre ações de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, o texto ora abordado pretende estudar o processo objetivo no campo da justiça constitucional e seu desenvolvimento ao longo de duas décadas da CRFB.

Em nosso país, o processo objetivo foi configurado e consolidado sob a vigência da CRFB. Decerto, houve prévias experiências de controle abstrato e concentrado, especialmente no que toca à Representação contra inconstitucionalidade, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda nº 16/65.

Antes da CF/88, houve pouquíssimas declarações de inconstitucionalidade de normas federais. Ao revés, a partir da CF/88, a legitimidade para impetrar ADIn foi ampliada - e, em seguida, para as demais ações de controle concentrado -, o que possibilitou um aumento do número de ações. Sob esse contexto se deu o desenho dos elementos do processo objetivo fundamentalmente através da atuação do Supremo Tribunal Federal. A configuração das regras do processo objetivo pode ocorrer mediante dois fenômenos: autocriação e hetero-referência.

A autocriação acontece quando uma determinada autoridade estatal estabelece normas e padrões que ela própria deve adotar. Isso indica que o Tribunal constitucional figura como um legislador positivo quando realiza o controle de constitucionalidade, de sorte que estaremos diante de autocriação quando o Tribunal competente configura o processo objetivo por decisão própria que estabelece uma regra que ele mesmo segue.

A hetero-referência pode ser típica ou atípica. A primeira se dá na hipótese de certa autoridade reconhecer e aplicar regras criadas por vontade alheia, como no caso em que as autoridades do Poder Judiciário aplicam as normas contidas nos Códigos e nas leis processuais. Já a segunda ocorre da seguinte forma:

“[...] após uma primeira cristalização das regras do processo objetivo, o tribunal constitucional introduz, em sua prática processual, elementos oriundos de outros ramos do direito processual, subjetivando o processo objetivo e submetendo-o a regras que não lhe são próprias.” (DIMOULIS, 2009, p. 148).

O processo objetivo pode ser definido como aquele de natureza abstrata, livre de interesses subjetivos-individuais. Nele, há ausência de partes, assim como não é necessária a produção de provas, nem contraditório. Ainda, segundo o autor:

“Única finalidade do processo objetivo seria a verificação da regularidade do sistema de normas, examinando a compatibilidade entre uma norma inferior e certos dispositivos da Constituição, o que torna desnecessária a presença dos elementos (e das “garantias dialéticas”) do processo tradicional.” (DIMOULIS, 2009, p. 149).

A ausência de normas sobre o processo constitucional fez com que o STF tivesse que estruturar o processo objetivo e, nesse sentido, uma das suas principais fontes é seu próprio Regimento Interno, de 1980. Posteriormente, o STF analisou a constitucionalidade de seu Regimento Interno e considerou-o compatível com a Constituição. Logo, estamos diante de hipótese de autocriação de normas processuais, uma vez que o Tribunal legisla e, seguidamente, convalida sua legislação.

Por fim, a relevância política do controle de constitucionalidade reflete em uma projeção política, porém isso não deve ocultar a natureza jurídica de sua atividade, que versa justamente sobre preservar o sistema jurídico, zelando pela garantia da supremacia do texto constitucional.

II.5.1 - Ação declaratória de constitucionalidade: vedação do nepotismo

Luis Roberto Barroso

Trata-se da petição inicial da Ação Direta de Constitucionalidade proposta pela Associação de Magistrados Brasileiros – AMB – com o objetivo de declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/05 do CNJ.

É competência do CNJ zelar pela devida observância do art. 37 da CRFB, o

qual enuncia os princípios que devem nortear a Administração Pública, dentre os quais se encontram a moralidade, a impessoalidade e a legalidade. O mesmo artigo também dispõe sobre a ocupação de cargos públicos, prevendo inclusive hipóteses em que não é necessário prestar concurso público para tanto, nos casos de cargos em comissão e funções de confiança.

A Resolução nº 07/05 do CNJ disciplina acerca das hipóteses de admissão nesses cargos, sem concurso público, de parentes até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de juízes ou membros dos tribunais, bem como da contratação sem licitação de empresa da qual sejam sócios as mesmas pessoas. Nesse sentido, a Resolução nº 07/05 do CNJ tem por escopo definir o nepotismo, estabelecendo prazo para a exoneração dos cargos ocupados nessas situações.

Alguns membros e órgãos do Poder Judiciário têm impugnado a Resolução nº 07/05 do CNJ, motivo pelo qual foi proposta a ADC em comento, com a finalidade de declarar a sua constitucionalidade, em preservação aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

A AMB é entidade de classe de âmbito nacional, portanto legítima para propor a ADC. A pertinência temática pode, igualmente, ser vislumbrada, o que pode ser comprovado tão-somente pela repercussão da questão.

O objeto da ADC, com fulcro no art. 102, I, a, da CRFB, pode ser lei ou ato normativo federal. Nessa perspectiva, os atos normativos são definidos pelo autor da seguinte maneira, sendo este o caso da Resolução nº 07/05 do CNJ:

“Esse Eg. STF já pacificou o entendimento de que atos normativos, para o fim de cabimento de ADIn ou ADC, são aqueles que, independentemente do invólucro formal que os vincula, têm como fundamento direto de validade a Constituição, sem intermediação de outro ato normativo.”(BARROSO, 12/2005 a 02/2006,. p. 05)

A ADC se justifica sempre que, em uma lei ou ato normativo federal, se verifique a quebra da presunção de constitucionalidade que lhes é inerente. Isso ocorre no âmbito da Resolução nº 07/05 do CNJ, assim como se vislumbra a relevância controversia judicial sobre a matéria, tendo em vista que, em diversos estados

brasileiros, há pedidos – e liminares concedendo-os – de afastamento da aplicação da Resolução, o que demonstra a importância da questão, em nível nacional.

As críticas à Resolução nº 07/05 do CNJ podem ser resumidas em quatro, a saber: i) a incompetência do CNJ para definir em norma própria a proibição de práticas do nepotismo; ii) afronta ao princípio da separação de poderes, uma vez que o Judiciário estaria subordinado a outro órgão; iii) violação ao sistema federativo; e iv) restrição aos direitos dos servidores públicos e de terceiros titulares de contratos celebrados com a Administração Pública.

Sobre o primeiro ponto, o autor diz que o CNJ é competente para editar a Resolução nº 07/05 do CNJ, eis que deve zelar pelo cumprimento do art. 37 da CRFB e realizar o controle dos atos administrativos do Poder Judiciário. Além disso, sustenta que a vedação ao nepotismo é regra constitucional que decorre dos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Outrossim, argüi que o Poder Público está vinculado não apenas à legalidade formal, mas à juridicidade, conceito mais abrangente que o primeiro, que consiste em respeitar não somente às leis, mas, principalmente, a Constituição.

Acerca da segunda e terceira críticas à Resolução nº 07/05 do CNJ, o autor afasta esse entendimento na medida em que a Resolução não afeta o equilíbrio entre os poderes, por não subordinar um poder ao outro, nem tampouco o princípio federativo, por não subordinar um ente estatal a outro, sendo certo que a questão suscitada já foi superada no julgamento pelo STF da ADIN nº 3.367/DF. Afinal, o CNJ é órgão do próprio Poder Judiciário, composto por magistrados, membros do Ministério Público e cidadãos, que não pertencem a outros poderes nem estes representam. Ademais, as decisões do CNJ estão sujeitas ao controle da cúpula do Judiciário, que é o STF.

Finalmente, sobre quarto e último argumento contrário à Resolução nº 07/05 do CNJ, o autor diz que é precário o vínculo que une ocupantes de cargos em comissão, funções de confiança, assim como as empresas contratadas à Administração Pública, não havendo direito adquirido. Assim, constatada afronta aos princípios da moralidade ou impessoalidade administrativa, devem ser desfeitos.

Barroso pleiteia o deferimento de medida cautelar com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes para determinar que juízes e Tribunais suspendam o julgamento de processos relacionados à Resolução nº 07/05 do CNJ, até o julgamento final da questão, assim como suspender com efeitos retroativos as decisões que já tenham afastado a aplicação da Resolução. Por fim, reitera o pedido principal, vale dizer, a declaração de constitucionalidade da Resolução nº 07/05 do CNJ, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

II.5.2 - Ação Direta de Inconstitucionalidade

Clèmerson Merlin Clève

A Emenda Constitucional nº 16/45 deu o primeiro passo rumo à configuração da ação direta de inconstitucionalidade - a representação de inconstitucionalidade -, podendo ser ajuizada apenas pelo Procurador-Geral da República perante o STF, com o intuito de impugnar ato normativo federal ou estadual que afrontasse as normas constitucionais. Por sua vez, a CF/88 converte a remota representação de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade. Tudo isso veio acompanhado da ampliação do rol de legitimados ativos.

Sustenta o autor que:

“A ADI configura verdadeira ação. Envolve inauguração de processo *objetivo*, por prestar-se à defesa da ordem constitucional objetiva, sem a existência de *lide*, *controvérsia subjetiva* e *partes* (entendidas no sentido *material*) que lhe componham o fundo. Daí ser instrumento de verificação da validade de norma *em tese* ou *em abstrato*.” (CLÈVE, 2008, p.143)

É importante destacar a amplitude do parâmetro de controle de fiscalização abstrata, abrangendo toda a Carta Magna, independentemente de eventuais normas indicadas pelo requerente.

Os processos de ADIn e ADC foram regulamentados com o advento da Lei nº 9.868/99. A ampliação do rol de legitimados da ADIn ocasionou o aumento do número de demandas. Assim, o STF estabeleceu mecanismos para reduzir o volume de ações

diretas, como, por exemplo, o requisito de pertinência temática. A partir disso, é possível distinguir os legitimados especiais, de quem o STF tem exigido a comprovação de tal requisito como condição de admissibilidade da ação, dos legitimados universais, os quais, somados àqueles, constituem os chamados legitimados ativos. Os legitimados passivos, por seu turno, são os órgãos legislativos ou autoridades responsáveis pela edição do ato impugnado.

No curso do processo, é possível que os partícipes deixem de suscitar questões relevantes, capazes de influenciar o livre convencimento do julgador. Por esse motivo, malgrado o caput do art. 7º da Lei nº 9.868/99 vede a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, o §2º do mesmo dispositivo legal permite, em caráter excepcional, a participação de quaisquer órgãos e entidades no processo, desde que a matéria seja relevante, assim como se verifique a representatividade do postulante. Nessa hipótese, tais órgãos e entidades estarão atuando na qualidade de *amici curiae*.

Por meio de ADIn, impugna-se lei ou ato normativo federal ou estadual, de modo que estão excluídos do campo de abrangência dessa ação direta os atos municipais e os distritais.

É possível pleitear a providência de medida cautelar na ADIn, com fulcro no art. 102, I, "p", da CF/88, no art. 10 da Lei nº 9.868/99 e no art. 170, §1º do Regimento Interno do STF. Assim, a decisão que concede a medida cautelar tem validade *erga omnes* e, em regra, efeitos *ex nunc* e repristinatórios, salvo expressa manifestação em contrário. Ademais, tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública, dado que o ato normativo impugnado é suspenso, assim como o julgamento de processos que envolvam a aplicação da norma.

Cabe, ainda, mencionar que a questão dos efeitos retroativos da decisão provocam certa polêmica. Durante muito tempo, entendeu-se que a nulidade das normas inconstitucionais constitui princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, poderiam encontrar justificativa os efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista que uma norma nula não teria a capacidade nem mesmo de revogar legislação anterior. No entanto, a Lei nº 9.868/99 trouxe à tona a

possibilidade de questionar a natureza declaratória da decisão que reconhece a inconstitucionalidade. Essa lei fez surgir a possibilidade de modular os efeitos da decisão, por motivos de segurança jurídica ou interesse social excepcional, hipótese na qual o STF pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir por sua eficácia *ex nunc*, incidindo a partir do trânsito em julgado ou momento posterior. Cumpre esclarecer, por oportuno, que a modulação de efeitos é aplicável em sede de fiscalização incidental, conforme decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

II.6 - A legitimação democrática do controle de constitucionalidade das omissões legislativas: notas acerca do instituto do Mandado de Injunção

Cláudio Pereira de Souza Neto

O professor Cláudio Pereira de Souza Neto busca examinar o tema da legitimação democrática da jurisdição constitucional das omissões legislativas, tendo em vista que a doutrina aborda o tema da legitimação democrática do controle da constitucionalidade da ação legislativa, mas, em relação à omissão legislativa, isso não acontece, em geral.

A função essencial do controle de constitucionalidade é a defesa da democracia. Em relação à ação legislativa, isso pode ser conferido na medida em que o Poder Judiciário atua restringindo o princípio majoritário - ao declarar inconstitucional uma lei emanada dos representantes do povo -, e o faz justamente para proteger a real intenção da norma legal, que é a de atingir a todos igualmente.

Mas, se o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas emanadas do Legislativo, está igualmente apto a agir diante de sua inércia, com a finalidade de concretizar o regular funcionamento da democracia.

A inconstitucionalidade por ação ocorre quando o Estado tem uma conduta ativa no sentido de editar normas que estão em desacordo com a Constituição. Em contrapartida, a inconstitucionalidade por omissão acontece quando o Estado fica inerte, isto é, deixa de adotar as medidas necessárias para concretizar os preceitos constitucionais.

A omissão legislativa ocorre diante de uma norma de eficácia limitada, vale dizer, uma norma que, para atingir sua eficácia plena, exige regulamentação do legislador infraconstitucional.

Esta omissão pode ser controlada de duas formas: Via ADIn por omissão ou via Mandado de injunção. A primeira está inserida no campo do controle concentrado de constitucionalidade, encontrando previsão no art. 103, §2º da CRFB. Já o segundo pode ser impetrado no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, e está previsto no art. 5º LXXI da CRFB. Cumpre ressaltar, contudo, que, apesar das diferenças doutrinárias apontadas, o STF tem equiparado as duas figuras quanto a seus efeitos.

Em relação à ADIn por omissão, o debate não é acirrado, tendo em vista que o posicionamento do STF está em concordância com o texto constitucional, que apenas estabelece prazo (de 30 dias) se a omissão na regulamentação da norma decorrer de órgão administrativo. Se declarada a mora de um órgão legislativo, o STF entende que este terá ciência do ocorrido, sem, entretanto, estipular prazo para suprir a omissão.

Já no que toca ao Mandado de Injunção, formaram-se duas linhas doutrinárias principais: a primeira entende que o instrumento deve servir para que o Judiciário elabore, para o caso concreto, a regulamentação da norma de eficácia limitada para possibilitar o exercício imediato do direito constitucional pretendido. Já a segunda entende que cabe ao Judiciário somente declarar a mora e notificar o órgão competente para que este proceda à regulamentação, sem estabelecer prazo para tanto, e tampouco com previsão de que este seja obrigado a fazê-lo. Note-se que esta última posição tem sido predominante no STF. Cabe informar, por oportuno, que, em algumas decisões recentes, o Tribunal até determina prazo para o suprimento da omissão, estabelecendo a auto-aplicabilidade da norma constitucional em caso de descumprimento. Porém, tais decisões são excepcionais.

Nesse sentido, o autor critica a jurisprudência do STF, sugerindo que, em vez de dispor da "díade legislador negativo/ legislador positivo" (SOUZA NETO, 2009, p. 207), baseie-se o Tribunal no critério da fundamentabilidade material para definir a área de atuação legítima da jurisdição constitucional em sede de mandado de injunção. Contudo, o STF considerou que qualquer norma constitucional pode ser objeto de

declaração da omissão legislativa, mesmo que não se vislumbre o critério da jusfundamentalidade. O autor frisa, assim, que seria melhor restringir o parâmetro normativo para declaração da mora legislativa aos preceitos materialmente fundamentais.

II.7.1 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: função e estrutura

Eduardo Talamini

É difícil definir a natureza e o objeto da ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Na verdade, a Constituição se restringiu a prevê-la, delegando a competência ao STF e conferindo à lei a tarefa de regulamentá-la. Levando em consideração certa falta de clareza da Lei nº 9.882/99, coube ao STF estabelecer a configuração definitiva do instituto.

De acordo com o art. 102, §1º da CRFB, são três os aspectos essenciais da ADPF: i) é um mecanismo de controle de constitucionalidade; ii) o parâmetro de controle se cinge aos preceitos fundamentais da Constituição; iii) é um instrumento de controle concentrado, de sorte que há competência exclusiva do STF. (TALAMINI, 2006; p. 20).

Consoante o *caput* do art. 1º da Lei nº 9.882/99, a questão constitucional, assim como nas ações diretas, constitui o próprio objeto principal da ADPF. Além disso, há, rigorosamente, apenas uma configuração da ADPF, no sentido de ação contra ato do poder público, não sendo certo encará-la como incidente, em um processo concreto, de modo a remeter a questão ao STF. Prova disso foi o veto do inc. II do art. 2º da Lei nº 9.882/99, que definitivamente afastou a possibilidade de a ADPF configurar-se como incidente em um processo.

Outrossim, pode-se dizer que da Lei nº 9.882/99 só se extrai a figura de uma ação de controle objetivo. Ainda que, em caráter excepcional, seja possível avançar diretamente contra ato judicial – que não deixa de ser ato do poder público -, essa hipótese resultará da função singular da ADPF, e não de uma forma *incidental* da medida.

O objeto da ADPF não é idêntico ao da ADC ou da ADIN: seu objeto não é qualquer ofensa à norma constitucional, mas sim às normas mais relevantes, fundamentais, as quais não foram definidas pela Constituição, cabendo ao intérprete e, sobretudo, ao STF, defini-las. Com efeito, a definição pode ter início a partir da inclusão das cláusulas pétreas, dos princípios constitucionais sensíveis, assim como os princípios fundamentais.

Além disso, a ADPF tem caráter subsidiário, vale dizer, não será admitida quando houver outro meio capaz de sanar a lesividade, na forma do art. 4º, §1º da Lei nº 9.882/99, não havendo qualquer inconstitucionalidade na atribuição de subsidiariedade à arguição.

Assim, as principais hipóteses de cabimento da ADPF, sem prejuízo de outras que venham a surgir, são: i) o controle abstrato preventivo, por exemplo, o controle ainda no curso do processo de elaboração do ato, tendo em vista que o *caput* do art. 1º da Lei nº 9.882/99 parece ainda autorizar o controle abstrato preventivo; ii) o controle objetivo de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal; iii) o reconhecimento da compatibilidade de lei ou ato normativo estadual com preceitos fundamentais decorrentes da Constituição; iv) o controle objetivo das leis e atos normativos anteriores à Constituição Federal, o que não é admitido nas duas outras ações de controle direto e abstrato; v) o controle objetivo de lei já revogada; vi) o estabelecimento da interpretação de normas da própria Constituição; vii) o combate a omissões violadoras de preceitos fundamentais não adequadamente reprimidas por mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão; viii) o controle objetivo de atos normativos infralegais; ix) o controle objetivo de atos formalmente legais, mas com efeitos concretos; x) o controle objetivo de atos concretos, desde que tais atos assumam uma relevância institucional que justifique controle dessa índole (TALAMINI, 2006; p. 26).

Noutro giro, a fungibilidade é igualmente aplicável à ADPF, quando, ao mesmo tempo, constatar-se que ela não é a medida adequada, mas sim a ADIN, além da existência de séria dúvida acerca da medida admissível. Isso se justifica pelo laconismo da norma constitucional sobre a ADPF e a falta de exatidão na indicação na lei das hipóteses de seu cabimento. A fungibilidade também pode se dar no sentido oposto.

O autor complementa acerca das hipóteses de cabimento da ADPF:

“Pode servir para o controle direto (e abstrato) de constitucionalidade de atos normativos de efeitos concretos e para o controle direto da constitucionalidade de atos públicos que, embora formalmente alheios ao campo dos atos normativos, veiculam comandos gerais e abstratos. Em todos esses casos, reitere-se a necessidade de o controle fazer-se em face de um preceito constitucional *fundamental*.” (TALAMINI, 2006; p. 28-29).

Como regra geral, o ato jurisdicional pode ser objeto direto e autônomo da ADPF apenas na medida em que ele próprio adote uma relevância geral que justifique o controle objetivo. No entanto, nos demais casos, em que o ato jurisdicional está tão-somente consagrando um ato normativo do Poder Público que afronta norma constitucional, o controle objetivo deverá recair sobre o próprio ato aplicado.

Por oportuno, vale transcrever as palavras do autor:

“O emprego da arguição de descumprimento como instrumento de controle direto de atos jurisdicionais é extremamente excepcional. Restringe-se às mais graves hipóteses de ofensa à Constituição, o ‘descumprimento de preceito fundamental’. Ademais, é indispensável que o caso revista-se de relevância coletiva – a ponto de justificar o emprego de instrumento de controle objetivo. Some-se a isso o requisito da subsidiariedade, que afastará o cabimento da arguição sempre que houver outro meio eficaz de impugnar a sentença transitada em julgado” (TALAMINI, 2006, p. 32).

Consoante o art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, são legítimos para arguir a ADPF os mesmos que aqueles da ADIN, ou seja, aqueles previstos nos incisos I a IX do art. 103 da CRFB. Quanto aos legitimados passivos, como a ADPF se destina ao controle de ato do Poder Público, ouvir-se-á a autoridade responsável pela prática do ato impugnado, de sorte que o legitimado passivo é o ente público do qual emana o ato impugnado.

A Lei nº 9.882/99 não aborda com clareza o tema da intervenção de terceiros, mas se depreende do art. 6º, §§ 1º e 2º, a possibilidade de uma limitada participação de terceiros. Nesses casos, a participação se dará na forma de *amici curiae*.

Os requisitos da petição inicial da ADPF estão previstos no art. 3º da Lei nº 9.882/99, cabendo ao argüente indicar o preceito fundamental violado, além da própria violação e formular o pedido com suas especificações, e, se for o caso, comprovar a existência de controvérsia judicial relevante.

Quando não for o caso de ADPF, a petição inicial será indeferida liminarmente, quando lhe faltar outro requisito estabelecido pela lei ou quando for inepta. Há casos em que o defeito constatado não admite correção. Não obstante, há outras situações em que o defeito é sanável. Nesses casos, antes de indeferir a inicial, o relator deve dar ao argüente a possibilidade de emenda ou complemento da petição inicial, dentro de prazo razoável. Outrossim, há casos em que se verifica que não cabe ADPF porque o instrumento adequado seria a ADIN, hipóteses nas quais prevalecerá o princípio da fungibilidade.

Por fim, a decisão final da ADPF somente pode ser tomada se presentes pelo menos dois terços dos Ministros do Tribunal, de acordo com o art. 8º da Lei nº 9.882/99. Todavia, não há previsão de quorum para acolhimento ou rejeição da argüição. Note-se que o julgamento da ADPF pode ter por teor inclusive a fixação das condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, sendo possível se estabelecer uma interpretação conforme a Constituição ou mesmo utilizar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto. A decisão final, procedente ou não, tem eficácia *erga omnes* e força vinculante.

Em regra, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade do ato impugnado na argüição tem eficácia retroativa, tal como se dá nas ADIN e ADC. Porém, assim como nessas ações, o STF pode modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fundamentadamente, por motivos de segurança jurídica ou interesse social. Da decisão de argüição não cabe recurso nem ação rescisória.

II.7.2 - Petição inicial de argüição de descumprimento de preceito fundamental n. 54

Luis Roberto Barroso

O texto ora estudado consiste na própria petição inicial da ADPF nº 54, proposta com o objetivo de declaração da inconstitucionalidade dos arts. 124, 126 e 128, I e II do CP, sob a técnica da interpretação conforme a Constituição, no caso específico de aborto de fetos anencéfalos.

O autor sustenta que a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos, não havendo controvérsia na medicina quanto a este fato. Ao mesmo tempo, a permanência do feto anencéfalo no útero materno é arriscada, podendo gerar perigo de vida para a gestante. Desse modo, ao seu ver, a antecipação do parto, nessa hipótese, constituiria indicação terapêutica médica (BARROSO, 2008, p. 564), não caracterizando o aborto tipificado no CP, o qual exige, para o resultado morte, os meios abortivos que retiram a potencialidade de vida extra-uterina do feto.

Em representação da CNTS - Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde -, o autor sustenta a legitimação ativa para propositura de ADPF, nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, assim como a pertinência temática.

Nessa perspectiva, cumpre transcrever a definição de ADPF trazida pelo ilustre professor:

“A ADPF autônoma constitui uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. Tem por singularidade, todavia, o parâmetro de controle mais restrito – não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental – e o objeto do controle mais amplo, compreendendo os atos do Poder Público em geral, e não apenas os de cunho normativo.” (BARROSO, 2008, p. 567)

Assim, o autor indica os três pressupostos de cabimento da ADPF autônoma: i) a ameaça ou violação a preceito fundamental; ii) um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; iii) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (BARROSO, 2008, p. 567). Acerca do primeiro pressuposto apresentado, pode-se dizer que os preceitos fundamentais feridos são o princípio da dignidade da pessoa humana, a cláusula geral de liberdade, e o direito à saúde. No que toca ao segundo, busca-se a interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do CP. Por fim, em relação ao terceiro pressuposto, é notório que o art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 estabeleceu a subsidiariedade da ADPF. *In casu*, os dispositivos impugnados encontram-se no CP, o qual é pré-constitucional, não sendo seus artigos passíveis de controle via ADIn, ADC, nem tampouco de qualquer outro processo objetivo.

O autor aduz que devem ser ponderados, de um lado, a potencialidade de vida do nascituro (0%) e, de outro, a liberdade e autonomia individuais da gestante.

A técnica da interpretação conforme a Constituição, de acordo com Barroso:

“[...] consiste na escolha de uma linha de interpretação para determinada norma legal, em meio a outras que o texto comportaria. Por essa via, dá-se a expressa exclusão de um dos sentidos possíveis da norma, por produzir um resultado que contravém a Constituição, e a afirmação de um outro sentido, compatível com a Lei Maior, dentro dos limites e possibilidades oferecidos pelo texto.”(BARROSO, 2008, p. 577)

Nesse contexto, a utilização dessa técnica poderia ser colocada em prática na medida em que a antecipação consentida do parto (não seria intitulado "aborto") em casos de gravidez de feto anencefálico não afeta os bens jurídicos tutelados pelos dispositivos do CP, quais sejam, o feto, a vida e a integridade física da gestante.

Diante disso, o autor requereu, em sua petição inicial, a declaração da inconstitucionalidade dos arts. 124, 126 e 128, I e II do CP, inclusive com pedido de medida liminar, configurados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

II.8.1 - Súmulas Vinculantes

Eduardo Cambi e Jaime Domingues Brito

Há muito tempo se discute acerca de um sistema vinculativo de jurisprudência em nosso país – mesmo antes da Constituição de 1946. A Constituição de 1988 trouxe de volta este debate.

Para aqueles que se opõem à vinculatividade de decisões do Judiciário, o princípio da separação dos poderes estaria maculado, pois o ato de emitir súmulas com efeito vinculante implicaria a interferência do Poder Judiciário nas atribuições do Legislativo. Contudo, para o autor, isso não é correto, tendo em vista que a vinculação aos precedentes não é uma forma de ampliação dos poderes dos juízes, mas sim um modo de limitá-los.

A súmula vinculante, embora não seja lei, tem força de lei, porque se reveste de generalidade, abstração, impessoalidade e obrigatoriedade.

A súmula vinculante encontra respaldo no art. 103-A da CRFB, inserido pela EC 45/2004, o qual disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

Em relação às vantagens da súmula vinculante, pode-se apontar a segurança jurídica, uma vez que é possível saber, antecipadamente, a solução que o Judiciário adotará para a questão em litígio. É por esse motivo que um dos requisitos constitucionais para a edição de súmula vinculante é a existência de controvérsia atual entre órgãos judiciais ou entre estes e a administração pública que ocasionem insegurança jurídica.

Outrossim, a utilização do precedente permite assegurar a igualdade de tratamento, em prol do princípio da isonomia, do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, assim como a efetivação do direito fundamental à justiça.

No entanto, há muitas opiniões contrárias às súmulas vinculantes, as quais podem ser resumidas em quatro (CAMBI, fev/2009, p. 152), a saber:

Em primeiro lugar, a súmula vinculante provocaria lesão à independência histórica e atual dos juízes, tendo em vista que, na época do absolutismo monárquico, o rei reunia em suas mãos e o juiz não tinha independência alguma, sendo seu *longa manus*. Daí porque os magistrados, como extensão do poder do monarca, eram detestados. Assim, segundo essa doutrina, a súmula vinculante poderia causar um retrocesso ao período no qual os juízes não tinham independência para interpretar a lei. Contudo, o autor repele este argumento, pois, a partir da II Guerra Mundial, a posição do juiz modificou-se, passando a ser o guardião da Constituição e da compatibilidade das leis com esta. Nesse sentido, a introdução de precedentes vinculantes constitucionais não tira a independência judicial, eis que cabe ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição.

Em segundo lugar, argumenta-se acerca de eventual petrificação do direito. Contudo, o autor diz que o direito não ficará petrificado com a adoção da súmula vinculante, porque a independência do juiz e seu livre convencimento não serão comprometidos. Na realidade, a súmula vinculante está voltada para a aplicação uniforme do direito. Assim, o efeito vinculante é uma etapa inicial para tornar a Justiça mais rápida e ágil e, assim, talvez, mais efetiva.

Além disso, sustenta-se possível violação do princípio do juiz natural, o que é, igualmente, rejeitado pelo autor, na medida em que as esferas de competências jurisdicionais restam salvaguardadas, reservando-se, apenas, ao STF o poder-dever de emitir súmula vinculante.

Por fim, argüi-se a incompatibilidade da súmula vinculante com o sistema do *Civil Law*, o que tampouco prospera, porque não há sistemas processuais puros. Com efeito, o próprio direito brasileiro está cheio de exemplos que demonstram a influência do sistema da *common law*, como no controle difuso de constitucionalidade.

Deste modo, o autor se mostra favorável às súmulas vinculantes, dizendo que elas corroborem para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito e o cumprimento dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da isonomia e do acesso à justiça.

II.8.2 - A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal

Gilmar Ferreira Mendes

Traçando-se um breve histórico da Reclamação constitucional, temos, primeiramente, que, em 1957, ela foi incorporada ao Regimento Interno do STF. Após, a Constituição de 1967 a legitimou, fundamentando-a em dispositivo constitucional. Finalmente, a CRFB/88 conferiu-lhe *status* constitucional, no art. 102, I, I.

Inexiste consenso na doutrina e na jurisprudência acerca da natureza jurídica da reclamação. A posição majoritária, contudo, aparenta ser aquela que atribui à

reclamação natureza de ação propriamente dita, deixando para trás suposta natureza de remédio processual, incidente processual ou recurso. Isso se explica porque, através da reclamação, é possível provocar a jurisdição e formular o pedido de tutela jurisdicional, além de haver, nela, lide a ser resolvida, a qual decorre do conflito entre aqueles que prosseguem na invasão de competência ou na desobediência às decisões do Tribunal e, por outro lado, aqueles que desejam ver preservada a competência e a eficácia das decisões proferidas pela Corte.

Assim, a reclamação se dedica a preservar a competência do STF ou a garantir a autoridade de suas decisões (MENDES, 2008, p. 406), de sorte que, na hipótese de constatação de usurpação da competência do STF, cabível será a reclamação.

O autor traz à tona outro caso de cabimento de reclamação constitucional:

“Também se acolhe reclamação contra propositura de ação rescisória perante Tribunal de Justiça em relação à matéria que, embora não conhecida em recurso extraordinário, tiver sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Igualmente cabível a reclamação contra ato dos juizados especiais que nega seguimento a recurso extraordinário quanto à matéria constitucional debatida pelos órgãos recursais.”(MENDES, 2008, p. 408)

Noutro giro, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade incidental no âmbito de reclamação abre espaço para o emprego do instituto toda vez que se questionar a aplicação da norma pela Administração ou pelo Poder Judiciário em desconformidade à orientação adotada pelo STF, com efeito vinculante.

Por oportuno, o Tribunal tem adotado a reclamação para garantir a eficácia de decisões tomadas em sede de *habeas corpus* ou para assegurar a autoridade da decisão em recurso extraordinário. Ademais, o modelo constitucional adotado na CRFB consagra a admissibilidade de reclamação contra ato da Administração ou contra ato judicial em contrariedade com súmula vinculante.

Quanto ao cumprimento de decisão de mérito em ADI e ADC, o STF entendia, inicialmente, por inadmissível a reclamação no âmbito do controle abstrato de normas. Depois, o Tribunal começou a admitir o cabimento da reclamação em sede da ADI, sob a condição de ajuizamento por legitimado para a propositura da própria ADC, bem

como que tivesse o mesmo objeto.

O autor ressalta o julgamento da Rcl. nº 399/93, o qual pode ser considerado um grande avanço na utilização da reclamação via controle concentrado de constitucionalidade:

“Reconheceu-se, assim, o cabimento de reclamação, quando o próprio órgão responsável pela edição da lei declarada inconstitucional persistisse na prática de atos concretos que pressuporiam a validade da norma declarada inconstitucional.”(MENDES, 2008, p. 417)

A EC nº 3/93 afastou quaisquer dúvidas ainda existentes sobre o cabimento da reclamação no processo de controle abstrato de normas. Persistiu, todavia, a controvérsia acerca do cabimento de reclamação em sede de ADIn. Tal controvérsia, no entanto, ficou absolutamente superada com o advento da EC nº 45/04, que expressamente estabeleceu no art. 102, III, d, §2º da CRFB³ que as decisões definitivas de mérito pronunciadas pelo STF, no âmbito das ADIn e ADC, terão efeitos vinculantes e *erga omnes*. Na realidade, o efeito vinculante provém da função singular político-institucional desempenhada pela Corte Constitucional, a qual deve manter cuidados para assegurar o respeito à Constituição.

Gilmar Mendes esclarece esse ponto:

“Não há dúvida de que a decisão de mérito produzida em ADPF será dotada de efeito vinculante, dando azo, por isso, à reclamação para assegurar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal. [...] É que, como observado acima, o efeito vinculante configura apanágio da jurisdição constitucional e não depende, por isso, de regra expressa na Constituição.”(MENDES, 2008, p. 425).

Igualmente, sendo cabível a reclamação para garantir a autoridade da decisão proferida em sede de ADPF, não há, na opinião do autor, motivos para não adotar também o efeito vinculante da decisão proferida em cautelar na ADPF.

Ademais, as decisões proferidas pelo STF, no âmbito do controle incidental,

³ Art. 102, III, d, §2º As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

acabam por ter eficácia que transcende a esfera da decisão, o que sugere que a Corte vem efetuando uma nova leitura do art. 52, X da CRFB. O autor vê, neste fenômeno, uma autêntica mutação constitucional, levando-se em consideração a total reformulação do sistema jurídico e, via de conseqüência, da nova compreensão que se atribuiu ao art. 52, X da CRFB.

A nova orientação acerca da decisão do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, na CRFB, é explicada na medida em que é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental continue a ter eficácia restrita entre as partes.

Desta forma, para o autor:

“[...] parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, definitivamente, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado para que este publique a decisão no Diário do Congresso. [...] Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação [...]” (MENDES, 2008, p. 433)

Isso implica dizer que a ausência de publicação pelo Senado Federal de Resolução que, nos moldes do art. 52, X da CRFB, suspenda a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não impedirá que a decisão do STF ostente a sua real eficácia jurídica.

Já no que toca ao procedimento da reclamação, as regras básicas estão previstas nos artigos 156 a 162 do Regimento Interno do STF e nos art.s 13 a 18 da Lei nº 8.038/90. A reclamação poderá ser proposta pelo Procurador-Geral da República ou por qualquer interessado, devendo estar instruída com prova documental.

II.9.1 - *Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade nos Tribunais: a regra da reserva de plenário*

Rodrigo Baroni

O Poder Judiciário exerce o controle de constitucionalidade através de duas formas: o controle concentrado e o controle difuso. Genericamente, este é atribuído a todos os órgãos do Judiciário, inclusive ao STF, e permite que qualquer interessado reclame a inconstitucionalidade seja mediante ação ou defesa.

A “reserva de plenário” ou *full bench* significa dizer que, apesar de o controle admitir, como regra geral, a todos os órgãos do Poder Judiciário decidir sobre a constitucionalidade de normas jurídicas, a CRFB previu a necessidade de *quorum* qualificado nos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, na forma do art. 97 da CRFB. Acrescenta o autor:

“Em decorrência da “reserva de plenário”, a declaração de inconstitucionalidade constitui matéria privativa do plenário ou órgão especial que represente a integralidade dos membros do tribunal.” (BARONI, 2006; p. 923).

O teor do art. 97 da CRFB está orientado aos tribunais, não possuindo aplicabilidade quanto aos órgãos de primeira instância.

Em outras palavras, a Lei Maior dispõe que, para a votação pelo tribunal acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, será necessária a presença de maioria absoluta - entendida como a metade mais um da integralidade dos membros, e não apenas dos presentes - dos membros do tribunal ou do respectivo órgão especial.

O procedimento de declaração de inconstitucionalidade pelo plenário ou órgão especial encontra previsão legal no art. 97 da CRFB, assim como nos arts. 480 a 482 do CPC. Cumpre esclarecer que o procedimento do incidente de inconstitucionalidade pode ser dividido em duas etapas: em princípio, verifica-se a fase da argüição da inconstitucionalidade. Após, acolhida a argüição, encaminha-se a questão ao plenário ou órgão especial para julgamento.

São legítimos para argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público: as partes e os partícipes que ingressarem na lide por meio de uma das modalidades de intervenção de terceiros.

Acerca do objeto da argüição de inconstitucionalidade, o art. 97 da CRFB refere-se a “lei ou ato normativo do Poder Público”. Vale mencionar que o conceito se desdobra não apenas às leis em sentido material, mas abrange todo preceito normativo proveniente dos três Poderes. Além disso, tanto a declaração de inconstitucionalidade formal quanto a declaração de inconstitucionalidade material estão sujeitas à “reserva de plenário”.

Noutro giro, a simples constatação avulsa de que uma norma é maculada de inconstitucionalidade não transmuda a competência do julgamento do tema para o plenário. O órgão que receber a argüição deve contemplar o assunto de antemão, podendo rejeitá-la, diante de eventual inadmissibilidade ou de improcedência. Verificando-se a rejeição, o autor nos ensina o procedimento a ser seguido:

“Rejeitada a argüição de inconstitucionalidade, o procedimento concernente ao julgamento do recurso ou causa de competência originária será retomado, como se não tivesse surgido o problema da inconstitucionalidade.”(BARONI, 2006; p. 926)

Ao contrário, acolhida a argüição e instaurado o incidente de inconstitucionalidade perante o plenário ou órgão especial, o CPC estabelece que sejam remetidas cópias do acórdão proferido pelo órgão fracionário para todos os integrantes. Em seguida, será designada sessão de julgamento do incidente, assim como relator, que, antes de elaborar seu relatório, poderá determinar a oitiva do Ministério Público.

Note-se que CPC não menciona a possibilidade de manifestação das partes da causa originária no incidente de inconstitucionalidade, de onde se depreende que, diante da natureza objetiva desse incidente, semelhante à ADIN, não haveria partes e, assim sendo, não seria viável a participação daquelas que atuam no processo originário. É preciso dizer, contudo, que o autor considera digna de prestígio (BARONI, 2006; p. 929) a solução que permite a efetiva atuação das partes no incidente de inconstitucionalidade, pois, desta forma, o debate é enriquecido com instrumentos que

podem cooperar para o melhor resultado da questão.

No julgamento pelo plenário ou órgão especial, respeitado o limite quanto ao objeto, é conferida vasta competência para a verificação da inconstitucionalidade ou não da norma impugnada. Repita-se que a decisão do plenário será tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros, na forma qualitativa, vale dizer, considerando-se os votos que acolham o incidente por igual fundamento.

O parágrafo único do art. 481 do CPC prevê duas exceções à regra de “reserva de plenário”. É preciso dizer que, embora o texto utilize em sua redação o modo imperativo, deve-se entender que tais exceções constituem uma faculdade (BARONI, 2006; p. 930). A primeira hipótese de exclusão da regra de “reserva de plenário” refere-se à preexistência de julgamento, pelo plenário, sobre o tema constitucional. Já a segunda hipótese ocorre quando o plenário do STF já houver apreciado a matéria e proferido decisão declarando a inconstitucionalidade do dispositivo. Nesse contexto, questiona o autor se bastaria o pronunciamento no controle difuso ou se seria preciso que o STF proferisse decisão também na via concentrada, concluindo, ao final, não haver sentido no parágrafo único do art. 481 do CPC no que toca à dispensabilidade da “reserva de plenário” em face de decisão proferida pelo plenário do STF:

“O ponto nuclear sobre a interpretação desse dispositivo consiste em saber se, para sua ocorrência, bastará o pronunciamento em sede de controle difuso, ou se há necessidade de a decisão do STF ser proferida na via concentrada. [...] Conclui-se, assim, que o parágrafo único do art. 481 do CPC, na parte em que concerne à dispensa do *full bench* em virtude de decisão proferida pelo plenário do STF, ou é inconstitucional, ou é absolutamente inútil. Em ambas as hipóteses, verifica-se a imprestabilidade da norma. O STF, porém, tem preferido atenuar o rigor do art. 97 da CF, para considerar possível a aplicação do parágrafo único do art. 481 do CPC aos casos em que a declaração de inconstitucionalidade tenha sido proferida em controle difuso, independentemente da suspensão pelo Senado Federal.” (BARONI, 2006; p. 931/932)

Finalmente, o trânsito em julgado da decisão que profere a inconstitucionalidade da norma sem submeter a matéria à “reserva de plenário” pode ser reformada via ação rescisória. Contudo, para tanto, é indispensável o preenchimento dos requisitos legais. Já na hipótese de ocorrência do julgamento do incidente de inconstitucionalidade pelo plenário ou órgão especial, o objeto da ação rescisória será sempre o acórdão proferido pelo órgão fracionário.

II.9.2 - A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional

Lênio Streck, Marcelo Cattoni e Martonio Lima

Os autores buscam propor reflexões para promover discussões acerca dos votos proferidos pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no julgamento da Reclamação nº 4.335-5, tendo em vista que não concordam com tais entendimentos.

Desde a Constituição de 1934 até os dias hodiernos, subsiste a competência do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, mediante resolução.

Ao mesmo tempo em que o STF exerce o controle concentrado, poderá haver a participação da sociedade civil, legitimando a decisão estatal. Além disso, há que se lembrar que o modelo de participação democrática no controle difuso se dá, indiretamente, pela representação constitucional das unidades federativas no Senado Federal.

Assim, eliminar esta atribuição do Senado Federal - ou conceder-lhe tão somente a tarefa de tornar público o entendimento do STF – implica em restringir as atribuições do Senado Federal à de uma *secretaria de divulgação* (STRECK, e LIMA, 2008, p. 360) das decisões do STF.

Ademais, parece aos autores que a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade, é o mesmo que infamar os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Afinal, se a Lei Maior faz questão de explicitar as diferenças entre controle concentrado e controle difuso, não há como supor que os efeitos do controle concentrado sejam automaticamente extensivos ao controle difuso, pois, se assim fosse, restaria a própria distinção sem sentido.

No controle difuso de constitucionalidade, é de conhecimento do STF que não é possível conferir efeito *erga omnes* às decisões proferidas nessa modalidade, havendo necessidade da intervenção do Senado Federal. Assim, nas hipóteses que aspiram à extensão dos efeitos de controle concentrado ao difuso, não há razão para crer que o STF esteja autorizado agir de tal modo.

Noutro giro, adicionam os autores:

“Resumidamente, o processo histórico não pode, desse modo, delegar para o Judiciário a tarefa de alterar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição do país. [...] A mutação constitucional apresenta um grave problema hermenêutico. [...] Com efeito, a tese da mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre o texto constitucional e a realidade social, a exigir uma “jurisprudência corretiva”, [...] desenvolvida por juízes éticos, criadores do Direito e atualizadores da Constituição e dos supostos envelhecimentos e imperfeições constitucionais: ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas por uma *suposta* interpretação evolutiva.”(STRECK, e LIMA, 2008, p. 373/374).

Ao final, os autores sustentam que não cabe ao STF retificar a Constituição, haja vista que isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo. Acrescentam que, se for admitida ao STF a possibilidade de fazer mutação constitucional, logo tal mutação dará início a um olhar de discricionariedade na Corte (STRECK, e LIMA, 2008, p. 382).

III- Conclusão

O Direito Processual Constitucional reveste-se de suma importância, na medida em que seu estudo compreende a jurisdição constitucional, as garantias judiciais, bem como as garantias das partes, o que justifica as peculiaridades existentes no processo objetivo, as quais têm o relevante papel de coibir eventuais equívocos do legislador, garantindo, assim, a supremacia e vigência das normas constitucionais.

A leitura dos textos acima elencados, juntamente com as aulas expositivas e o debate em classe, permite, indubitavelmente, o reforço dos estudos do aluno, tendo em vista que aquilo que foi ministrado pode ser intensificado, elevando o conhecimento e suscitando dúvidas.

Em complementação, os textos disponibilizados foram escritos por autores variados, o que aumenta o acesso dos discentes à doutrina, muitas vezes ainda pouco ou nada conhecida.

Sendo assim, o presente trabalho forneceu ao acadêmico de Direito os conceitos principais referentes ao controle de constitucionalidade das leis, assim como o conhecimento da legislação aplicável às demandas do Direito Processual Constitucional.

Pode-se perceber, assim, que, em conjunto, os temas aqui expostos abrangem todo o conteúdo previsto da disciplina, fornecendo ao estudante as ferramentas iniciais para resolver as questões práticas de Direito Processual Constitucional.

No entanto, não se deve olvidar, jamais, que os aplicadores do Direito devem manter-se, permanentemente, em estudo, assim como atualizados em relação às decisões de nossos Tribunais Superiores, os quais influenciam todas as instâncias inferiores.

IV- Referências bibliográficas

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **As variantes do processo constitucional e da jurisdição constitucional**, in: *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006, pp. 319/366.

BARONI, Rodrigo. **Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade nos Tribunais: a regra da reserva de plenário**, in: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr., Teresa Wambier, São Paulo: RT, 2006; p. 922/935.

BARROSO, Luís Roberto. **Ação declaratória de constitucionalidade: vedação do nepotismo**, in: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, 12/2005 a 02/2006, n.4.

_____. **Ativismo judicial mobiliza justiça e sociedade**, in: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-15/retrospectiva-2009-ativismo-judicial-mobiliza-justica-sociedade>, (15 de dezembro de 2009).

_____. **Petição Inicial de arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54**, in: *Temas de Direito Constitucional*, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, Tomo III, p. 559/582.

BOSON, Luís Felipe. **História dos Conflitos do Supremo Tribunal Federal com outros Poderes da República**, in: *Direito Processual na História*, p. 177/200.

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. **Súmulas Vinculantes**, in: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, fev/2009, n. 168.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**, in: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, julho/setembro de 2008, n. 179.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Dimensões do processo objetivo**, in: *Retrospectiva dos 20 anos da constituição Federal*, coord. Walber de Moura Agra, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141/161.

FINE, Toni. **O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos**, in: *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*, coord: André Ramos Tavares, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007, p. 348/381.

GRECO, Leonardo. **Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior**, in: Fredie Didier Jr. (org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2ª Ed., 2ª tir., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 251/261.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal**, in: *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*, Salvador: Ed. Juspodium, Coord.: Marcelo Novelino, 2008, p. 401/435.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, São Paulo: Atlas, 2000, p. 136/176.

PINTO, Marcos Barbosa. **A decisão constitucional**, in: *Constituição e Democracia*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 305/340.

SCHWARTZ, Germano. **A História da Corte Suprema no Brasil: Da Casa da Suplicação até a criação do Supremo Tribunal Federal**, in: Revista AJURIS, dezembro de 2008, n. 112.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A legitimação democrática do controle de constitucionalidade das omissões legislativas: notas acerca do instituto do Mandado de Injunção**, in: *Os atuais desafios da Jurisdição Constitucional*, coord.: Paula Arruda, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 199/216.

STRECK, Lênio; CATTONI, Marcelo; LIMA, Martonio. **A nova perspectiva do Supremo tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**, in: *Constitucionalismo: os desafios no Terceiro Milênio*, coord., Walber Agra, Celso Castro e André ramos Tavares, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 353/384.

TALAMINI, Eduardo. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: função e estrutura**, in: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr., Teresa Wambier, São Paulo: RT, 2006; p. 19/40.