

Ações do controle de constitucionalidade

* Conteúdo da aula:

- Introdução: constitucionalismo e necessidade de um controle de constitucionalidade.
- Classificações do controle de constitucionalidade
- Breve evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil.
- Aspectos polêmicos do controle difuso
- Ações do controle concentrado: principais aspectos
 - a) ADin
 - b) ADC
 - c) ADPF
- efeito vinculante e eficácia *erga omnes*
- questões controvertidas

* Introdução: constitucionalismo e necessidade de um controle de constitucionalidade.

Constituição surgiu como uma forma de controlar o poder estatal (documento limitador do Estado e garantidor de direitos dos indivíduos).

Três são os principais movimentos constitucionais:

- inglês (Séc. XIII – Magna Carta, 1215)
- americano (Séc. XVIII – Constituição 1787)
- francês (Séc. XVIII – Constituição 1791)

Constituição: lei básica de um país, hierarquicamente superior às demais, em que são definidos órgãos, funções, meios de aquisição e exercício do poder, bem como mecanismos para garantir a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais, além de outros temas, inseridos no texto a critério do constituinte.

Há sentido em se falar em controle de constitucionalidade das leis tratando-se de uma Constituição rígida, ou seja, aquela em que a alteração do texto constitucional apresenta maiores formalidades em relação à reforma das demais leis (contraposição à Constituição flexível).

No Brasil, temos uma Constituição rígida e analítica (EUA: rígida e sintética).

Logo, com o surgimento de um documento escrito e rígido, necessário o surgimento de uma forma de proteção, não só dos direitos previstos na Constituição, mas do próprio texto constitucional.

Assim, há clara relação entre rigidez constitucional e controle de constitucionalidade – o que se dá a partir do século XVIII, com as Constituições americana e francesa, como visto (não há, no flexível sistema inglês, um sistema de controle).

Diante disso, a finalidade do controle de constitucionalidade das leis será garantir – tanto para os cidadãos quanto para o próprio Estado – que a Constituição seja preservada e respeitada.

E para atingir tal objetivo, o controle atua de duas formas:

- (i) uma busca evitar que ingressem, no sistema jurídico, normas que atentem contra a Constituição;
- (ii) outra busca excluir normas que porventura tenham ingressado do sistema (diante da ineficácia das barreiras que buscam evitar o ingresso de tais normas)

Quanto aos sistemas de controle de constitucionalidades, três são os principais:

- francês (controle realizado pelo Parlamento)
- americano (controle realizado pelo Judiciário, qualquer órgão)
- austríaco (controle realizado pelo Judiciário, mas apenas em um órgão / Séc. XX)

* Classificações do controle de constitucionalidade:

Existem, na doutrina, diversas classificações.

Em relação ao momento, é possível se falar em controle:

- preventivo ou prévio
- repressivo ou posterior

Em relação à natureza do órgão que realiza o controle:

- via política
- via judicial

Quanto ao controle pela via judicial, existem subclassificações.

Em relação ao órgão responsável pelo controle:

- difuso (permite a qualquer juiz o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei)
- concentrado (controle é exercido por apenas um órgão)

Em relação à forma na qual o controle se efetiva:

- incidental (há a discussão da inconstitucionalidade à luz do caso concreto; constitucionalidade é somente questão prejudicial)
- principal (não há um caso concreto; inconstitucionalidade é o objeto da demanda)

Usualmente o controle incidental (concreto) ocorre quando há o controle difuso. E, da mesma forma, em regra se verifica o controle principal (abstrato) diante do controle concentrado.

Contudo, existem exceções. Há hipóteses de controle concentrado (um único juízo) diante do controle incidental (análise de um caso concreto). Como exemplo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

* Breve evolução histórica do controle de constitucionalidade nas Constituições do Brasil

Vale destacar que nenhuma Constituição aponta textualmente a forma de controle. Assim, o sistema de controle de constitucionalidade na verdade decorre da interpretação dos artigos que tratam do tema.

- Constituição de 1824: não apresentou nenhuma forma de controle jurisdicional e, segundo alguns autores, um controle político – nunca efetivamente exercido (inspiração no modelo francês de controle).

- Constituição de 1891: efetivo início do controle de constitucionalidade das leis. Optou-se pelo modelo americano, com um controle difuso e concreto.

A adoção do modelo americano (e não de um europeu, o que seria mais de acordo com nossas tradições) se deveu à influência das idéias liberais que atraíram nossos pensadores, especialmente RUI BARBOSA.

Porém, é certo que existia (e existe) uma incompatibilidade entre o modelo difuso de controle (típico do sistema da *common law* dos EUA) e o sistema jurídico brasileiro, de nítida influência européia continental (*civil law*).

Isso decorre principalmente diante da inexistência do instituto da *stare decisis* em nosso país, o que possibilita a existência de decisões divergentes em todo o sistema.

- Constituição de 1934: algumas alterações em relação à Constituição de 1891 já apontam o início do abandono de um sistema exclusivamente difuso e concreto.

Dentre as inovações da Constituição de 1934 que tentavam compatibilizar nosso sistema ao controle difuso destaca-se:

- (i) inclusão do princípio da “reserva de plenário” (no Tribunal, apenas maioria pode declarar a inconstitucionalidade – CR 88, art. 97); e
- (ii) início da possibilidade de supressão da lei inconstitucional pelo Senado (CR 88, 52, X).

- Emenda Constitucional n° 16/65 (Constituição de 1946): segundo a doutrina, esta emenda foi o ponto em que o sistema brasileiro passou a ser efetivamente misto, com a inclusão de uma ação típica do controle concentrado e abstrato, a denominada representação genérica, semelhante à da atual ADin.

Assim, possível verificar três fases na história constitucional brasileira¹:

- a) a primeira, influenciada no modelo francês de controle político do Século XIX, com a Constituição de 1824 (sistema francês de controle de constitucionalidade);
- b) a segunda, inaugurada pela Constituição de 1891, de aproximação com o modelo norte-americano (sistema americano de controle de constitucionalidade);

¹BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 288, et seq.

c) a terceira, ainda em curso, baseia-se na presença dos traços do sistema europeu continental do Século XX, cujo início se deu com a Constituição de 1934 e, principalmente, com a EC 16/65 (sistema austríaco de controle de constitucionalidade)

- Constituição de 1988: consagrou o modelo misto de controle, com institutos do modelo difuso e do modelo concentrado.

(i) mantido o controle difuso

(ii) representação genérica de inconstitucionalidade passou a se chamar ADin. Houve considerável aumento dos legitimados ativos (democratização do acesso à ADin)

(iii) criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (AdinPO)

(iv) criação da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

(v) criação do mandado de injunção (MI), que teria a finalidade de possibilitar o exercício de um direito diante de uma omissão regulamentar

- EC 3/93: criação da ação declaratória de constitucionalidade (ADC)

- EC 45/04: súmula vinculante e repercussão geral da questão constitucional.

* Aspectos do controle difuso

O controle difuso, como já dito, é o realizado por qualquer juiz, em qualquer caso concreto.

O pedido não é de reconhecimento da inconstitucionalidade, mas sim de um determinado bem da vida (pedido declaratório, constitutivo ou condenatório). Porém, para que tal bem da vida seja atingido, incidentalmente haverá a análise da inconstitucionalidade (em questão prejudicial, portanto).

Como exposto, tal sistema foi incluído em nosso país em 1891 e desde então é aplicado.

A doutrina em geral reconhece que as últimas reformas estão enfraquecendo este modelo de controle, em detrimento do concentrado. Isto se deve, especialmente, à maior legitimidade para a ADin, o que se deu com a Constituição de 1988.

Afinal, diante do grande número de legitimados, preferível que se vá direto ao STF para decidir a questão prontamente, ao invés de aguardar que a questão seja decidida apenas em RE pelo STF. Há os que entendem isso como algo bom e outros como algo nocivo.

O controle difuso passou por importantes alterações com o advento da EC 45/04, complementadas com leis de 2006.

* Súmula vinculante

A súmula vinculante foi inserida no sistema constitucional pela EC 45/04 e regulamentada pela L. n° 11.417/06.

Até o momento já foram publicadas algumas súmulas vinculantes, que tratam de temas massificados (1: FGTS e validade do termo de adesão da LC 110/01 / 2: inconstitucionalidade de regulamentação de bingos ou loteria por leis estaduais / 3: necessidade de contraditório diante de decisão de TCU / 4: mínimo não pode ser utilizado como indexador para provento de servidor / 5: desnecessidade de advogado em processo administrativo disciplinar / 6: soldado pode receber remuneração inferior ao mínimo).

A partir de agora, sumulada determinada matéria, a decisão do Supremo deverá ser obrigatoriamente observada pelo juízo inferior. Se isso não ocorrer, basta uma reclamação, ajuizada diretamente junto ao STF, para que haja a cassação da decisão que viola a súmula vinculante.

Efetivamente, com a súmula, o STF, mediante manifestação de quorum qualificado de seus membros, afirma, a partir de uma causa julgada em sede de controle difuso, que determinada interpretação será vinculante.

Tem-se uma verdadeira inutilidade na previsão constitucional de comunicação ao Congresso (CR, art. 52, X) – salvo em relação a eventual publicidade da decisão.

Assim, as primeiras causas que chegarem ao Supremo, a respeito de matéria repetitiva, serão de grande relevo. As demais, porém, não serão analisadas, diante da aplicação da súmula. Há quem afirme que isso acarreta uma sensível perda de relevância do controle difuso.

* Repercussão geral da questão constitucional

A repercussão geral também foi inserida pela EC 45/04 e regulamentada pela L. 11.418/06.

A finalidade do instituto é criar um filtro para que apenas REs que tragam questões relevantes à sociedade como um todo sejam apreciados pelo STF.

Presente em outros países há muito tempo (EUA e Alemanha), é uma retomada da argüição de relevância (EC 7/77).

A repercussão geral é um requisito de admissibilidade. Sua ausência leva ao não conhecimento do recurso. Com isso, aumentou sensivelmente a dificuldade de conhecimento de um RE.

A repercussão somente existe em relação ao controle difuso (RE). Não há nenhuma previsão de repercussão geral ou instituto semelhante aplicável ao controle concentrado. Parte o legislador da premissa de que grande parte das questões discutidas em sede difusa são irrelevantes – diferentemente daquilo que se passa em relação ao controle concentrado.

Estas duas alterações (súmula e repercussão) provocaram uma concentração de poder na cúpula do Judiciário, bem como aproximaram os efeitos do controle difuso ao controle concentrado.

* Controle difuso em sede de ação civil pública

Um ponto polêmico relacionado ao controle difuso diz respeito ao reconhecimento da inconstitucionalidade em sede de ACP.

Considerando que os efeitos das decisões nas ações coletivas são *erga omnes*, a indagação que se coloca é a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade em ACP.

Haveria tal possibilidade? Ou isso seria uma usurpação da competência do STF, com a criação de uma ação direta de competência de juiz de primeiro grau?

Apesar de alguma divergência, majoritariamente se entende que é possível a declaração de inconstitucionalidade em uma ACP, nos mesmos moldes do controle difuso. Ou seja, seria possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, com o julgamento do caso concreto.

Assim, só não seria possível na ACP – como, aliás, dá-se em qualquer outra demanda perante os juízos ordinários – que o pedido principal seja a declaração de inconstitucionalidade. Se isso fosse possível na ação coletiva, aí sim haveria uma usurpação da competência do Supremo.

Portanto, não há qualquer objeção se a inconstitucionalidade for uma questão prejudicial, analisada incidentalmente, não fazendo parte do pedido ou do dispositivo da sentença. Porém, se for esse o pedido, aí não será possível o julgamento da ACP no mérito.

Neste sentido, STF e STJ:

Reclamação: procedência: usurpação da competência do STF (CF, art. 102, I, a). Ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal.

(Rcl 2224 / SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2005, DJ 10-02-2006 p. 6, RDDP n. 37, 2006, p. 126-130, LEXSTF v. 28, n. 326, 2006, p. 217-225)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. AUSÊNCIA. ICMS. TERMO DE ADESÃO A REGIME ESPECIAL – TARE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ADIn N.º 2440. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 265, IV, "A", DO CPC.

1. Não há óbice à propositura de ação civil pública fundada na inconstitucionalidade de lei, desde que a declaração de inconstitucionalidade seja causa de pedir e não faça parte do pedido principal ou subsidiário. Precedentes do Supremo e do STJ. (...) (REsp 665.773/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01.06.2006, DJ 16.06.2006 p. 152)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. AÇÃO POPULAR. LEI 9.531/97 (FUNDO DE GARANTIA PARA A PROMOÇÃO DA COMPETITIVIDADE-FGPC). INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ATOS LESIVOS ESPECÍFICOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO EFEITO CONCRETO DA NORMA. DESCABIMENTO DA AÇÃO POPULAR CONTRA LEI EM TESE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.
(...)

3. Os Tribunais Superiores têm admitido, majoritariamente, a possibilidade, em ações coletivas (v.g. ação civil pública), da declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, em controle difuso, desde que o ato normativo seja impugnado como causa de pedir, e não como o próprio pedido.
(...)

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para restabelecer a r. sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito.
(REsp 441.761/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05.12.2006, DJ 18.12.2006 p. 306)

* Ações do controle concentrado: principais aspectos

Como já exposto, o controle concentrado caracteriza-se pela competência exclusiva do STF em apreciar a questão constitucional.

Normalmente é realizado em abstrato, sem que haja um caso concreto sob análise (ADin e ADC). Contudo, é possível que ocorra também em relação a um caso concreto (ADPF).

Como visto, este controle vem ganhando força a cada reforma que se realiza, com a concentração da decisão acerca da constitucionalidade, cada vez mais, no STF (prestígio da segurança jurídica).

Vale reiterar que a grande explosão se deu com o aumento do rol de legitimados para o ajuizamento da ADin.

* ADIn (ação direta de inconstitucionalidade) e ADC (ação declaratória de constitucionalidade)

Ambas as ações são reguladas pela L. 9.868/99.

Vale ressaltar que este diploma trata a ADin e a ADC basicamente da mesma forma, aplicando regras muito semelhantes às duas.

A ADin, prevista na CR 88 desde sua promulgação, foi inserida no direito brasileiro com a EC 16/65, para não mais deixar de existir. Atualmente, está prevista no art. 102, I, a.

Sempre apresentou praticamente as mesmas características, com apenas algumas variações ao longo dos anos. Com a L. 9.868/99, surgiram regras procedimentais e algumas modificações de maior relevo.

A ADin é ação abstrata, em que não se discute o caso concreto, mas apenas a inconstitucionalidade em tese.

Como não há caso concreto, não há propriamente lide. Daí se falar, também, que se trata de um processo objetivo, no qual não existem tecnicamente partes ou tampouco lide.

Competência: exclusiva do STF, tratando-se de típica ação do controle concentrado.

Cabimento: a finalidade da ADin é verificar a incompatibilidade (inconstitucionalidade) de determinada lei ou ato normativo – federal ou estadual –, à luz da Constituição da República.

Existem algumas limitações por força da jurisprudência, como lei municipal e legislação anterior à Constituição de 1988.

Legitimidade: o rol taxativo de legitimados consta do art. 103 da CR:

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

De seu turno, a ADC é inovação no sistema brasileiro, inserida na Constituição pela EC 3/93.

Criticada pela doutrina, muitos apontaram sua inconstitucionalidade², mas a tese foi afastada pelo STF, na questão de ordem na ADC 1.

O valor que justificou a criação da ADC foi a segurança jurídica, de modo a tentar afastar a insegurança jurídica decorrente de interpretações divergentes de juízos e tribunais inferiores e obter, rapidamente, uma manifestação conclusiva do STF.

Cabimento: o mesmo da ADIn, mas com “sinal trocado”. Na ADIn, pedido é a inconstitucionalidade; na ADC, a constitucionalidade.

Uma particularidade da ADC, criada pela jurisprudência do STF e posteriormente transportada para a legislação, é a necessidade de que haja divergência judicial prévia (segundo o art. 14, III, “controvérsia judicial relevante”).

Competência e legitimidade: mesma da ADIn

Há ainda dispositivo que dá a possibilidade de o STF, enquanto se decide a questão constitucional, suspender o julgamento de outros processos em trâmite a respeito do mesmo tema, no âmbito da ADC.

“Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”.

Isso de modo a evitar julgamentos contraditórios, enquanto o STF não decide a questão da constitucionalidade.

"Também há de ter-se presente que a recente Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, acabou por revelar o alcance possível da liminar na declaratória de constitucionalidade, fazendo-o considerado o teor do artigo 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, pode deferir pedido cautelar na ação declaratória de constitucionalidade consistente na determinação de que os juízes e os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Uma coisa é a suspensão, em si, dos processos, outra é determinar que os órgãos julguem desta ou daquela forma, deixando, assim, de atuar segundo o livre convencimento. (...)." (Rcl 1.222-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, julgamento em 24-2-00, DJ de 2-3-00)

É de se verificar que a jurisprudência do STF estendeu esta hipótese – cabível para a ADC – também para a ADIn.

²Dentre outros, MARCO AURÉLIO GRECO FILHO (*Ação declaratória de constitucionalidade*, p. 131).

“No quadro de evolução da nossa jurisdição constitucional, parece difícil aceitar o efeito vinculante em relação à cautelar na ação declaratória de constitucionalidade e deixar de admiti-lo em relação à liminar na ação direta de inconstitucionalidade. Na primeira hipótese, tal como resulta do art. 21 da Lei n. 9.868, de 1999, tem-se a suspensão do julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação declaratória até seu término; na segunda, tem-se a suspensão de vigência da lei questionada na ação direta e, por isso, do julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação da lei discutida.

Assim, o sobrestamento dos processos, ou pelo menos das decisões ou julgamentos que envolvam a aplicação da lei que teve a sua vigência suspensa em sede de ação direta de inconstitucionalidade, haverá de ser uma das conseqüências inevitáveis da liminar em ação direta. Em outras palavras, a suspensão cautelar da norma afeta sua vigência provisória, o que impede que os tribunais, a administração e outros órgãos estatais apliquem a disposição que restou suspensa.” (Rcl 2.256, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-9-03, DJ de 30-4-04)

Disposições comuns à ADIn e ADC

Como se trata, nas duas hipóteses, de um processo objetivo (sem lide, sem réu), na verdade existem distinções em relação ao processamento de outras ações.

Um dos destaques é a não aplicação da regra do art. 128 e 460 do CPC (causa de pedir e pedido não são limitados ao que consta da inicial; o STF pode ir além, analisando todos os argumentos pró ou contra a constitucionalidade da norma).

Além disso, como exposto, na L. 9868/99 há grande similitude na regulamentação de ambas as ações. Vários dispositivos se aplicam igualmente às duas.

Vale destacar alguns, relevantes do ponto de vista processual.

“Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

Tal norma preceitua que haverá ambivalência entre ADC e ADIn (são ações dúplices).

Ou seja, julgada qualquer uma dessas ações, será reconhecida a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma legal discutida. A procedência da ADIn terá os mesmos efeitos que a improcedência de uma ADC.

Portanto, pouco importa qual é o instrumento que leva a questão da constitucionalidade ao STF: o que é relevante para o Tribunal é verificar a constitucionalidade da norma. Definida tal questão, basta adequar o acórdão ao instrumento que provocou o STF.

“Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratórias de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal.” (Rcl 1.880-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 7-11-02, DJ de 19-3-04)

O Plenário desta colenda Corte, ao julgar a ADI 2.031, rejeitou todas as alegações de inconstitucionalidade do *caput* e dos §§ 1º e 2º do art. 75 do ADCT, introduzidos pela Emenda Constitucional 21/99. Isto porque as ações diretas de inconstitucionalidade possuem causa petendi aberta. É dizer: ao julgar improcedentes ações dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal afirma a integral constitucionalidade dos dispositivos questionados (Precedente: RE 343.818, Relator Ministro Moreira Alves).” (RE 431.715-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 19-4-05, DJ de 18-11-05)

Já o art. 27 inovou em relação aos efeitos da decisão:

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

O dispositivo demonstra que a decisão proferida não terá, obrigatoriamente, efeitos *ex tunc*.

Portanto, situações já consolidadas, cuja declaração de inconstitucionalidade de forma retroativa causaria instabilidade, podem gerar efeitos *ex nunc*.

Assim, a decisão da ADin e da ADC pode sofrer mitigação em relação à retroatividade e abrangência da decisão, se assim entender conveniente a maioria dos Ministros do STF, levando em conta questões de segurança jurídica ou interesse social.

É a “modulação da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade”.

Trata-se, indubitavelmente, de inovação em nosso sistema processual constitucional. Historicamente o entendimento era de, invariavelmente, eficácia *ex tunc*.

“Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos

jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito." (ADI 652-Q0, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-4-92, DJ de 2-4-93).

"(...) por unanimidade, em julgar inconstitucional a alínea a, do Anexo II, da Lei Complementar 10.194, de 30 de maio de 1994, do Estado do Rio Grande do Sul, e ainda em restringir o efeito dessa decisão para a partir de 31 de dezembro do corrente ano, nos termos do voto do relator.(...)." (ADI 3.022, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2-8-04, DJ de 4-3-05)

Por fim, o art. 28 inovou em relação aos efeitos da decisão: inseriu, para ambas as ações, a eficácia contra todos (*erga omnes*) e o efeito vinculante – adiante analisados.

"Art. 28. (...).

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

* ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental)

Inovação da atual Constituição, a ADPF é prevista atualmente no art. 102, § 1º. Permaneceu por 11 anos – até a L. 9.882/99 – sem qualquer regulamentação.

Mesmo com referida lei, ainda permanecem discussões acerca do cabimento do instituto. Tanto é assim que até o momento poucas foram as ADPF que tiveram o mérito apreciado.

Competência: exclusiva do STF (art. 1º). Trata-se, portanto, de instrumento do controle concentrado.

Contudo, é possível que tal controle se dê não só de forma abstrata – como usualmente ocorre com o controle concentrado – mas também de forma concreta. Assim, a ADPF pode ser ação do controle concentrado e abstrato ou do controle concentrado e concreto.

Cabimento: pela CR, o objeto da ADPF é somente “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 102, § 1º).

Há dificuldade na conceituação dos “preceitos fundamentais”. Seriam os direitos “mais relevantes” da Constituição.

Em precedente do STF, reconheceu-se que seriam os direitos e garantias previstos no art. 5º e no art. 60 § 4º da Constituição, dentre outros³.

³ ADPF 33-MC, DJ de 6-8-04.

Porém, o legislador ordinário foi adiante (art. 1º, p.u., I), admitindo a utilização da ADPF para possibilitar o controle concentrado no caso de direito municipal e direito anterior à CR 88 (situações nas quais, pelo STF, não caberia a ADin).

Diante disso, afirma a doutrina que existem duas espécies de argüição:

- (i) autônoma: fundada na hipótese constitucional (lesão resultante de ato do Poder Público)
- (ii) incidental: fundada na hipótese prevista no art. 1º, p.u., I da L. 9.882/99 (direito ordinário pretérito à CR 88, direito municipal).

Além disso, o art. 4º, § 1º determina que não caberá a ADPF se houver outro meio de evitar a lesividade.

Assim, a argüição seria uma forma residual de controle concentrado, um remédio supletivo para os casos em que não é cabível ADin ou ADC.

Legitimidade: a mesma da ADin / ADC

No mais, em relação a outros dispositivos da lei que merecem análise, é conveniente apontar que os institutos da L. 9.882/99 apresentam uma considerável simetria com aqueles da L. 9.868/99 – e já acima tratados.

* Efeito vinculante e eficácia *erga omnes* no controle de constitucionalidade

Pelo panorama clássico, no controle difuso a decisão sobre a inconstitucionalidade surte efeitos apenas entre os litigantes (ou seja, *inter partes*), ao passo que no controle concentrado os efeitos são para todos (ou seja, eficácia *erga omnes*).

Contudo, em relação à linha evolutiva verificada no país, cada vez mais as decisões relacionadas à constitucionalidade proferidas pelo STF são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante – ainda que em sede de controle difuso.

Mas, afinal, qual a distinção entre efeito vinculante e eficácia *erga omnes*? Esta última já não seria suficiente para resolver os problemas relacionados à aplicabilidade da norma?

Ambos os conceitos dizem respeito à parte da decisão que deverá ser observada.

De um lado, a eficácia *erga omnes* diz quem deve ser abrangido pela decisão prolatada (todos).

Do outro lado, o efeito vinculante refere-se a qual parte da decisão deve ser observada (fundamentação, além do dispositivo).

Em um paralelo com a coisa julgada, a eficácia *erga omnes* corresponde aos limites subjetivos da decisão (órgãos inferiores do Judiciário e Executivo). E o efeito vinculante corresponde aos limites objetivos da decisão (não só o dispositivo, mas também a fundamentação).

“Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. Eficácia que transcende o caso singular. Alcance do **efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão**. Aplicação das **razões determinantes** da decisão proferida na ADI 1.662. Reclamação que se julga procedente.” (Rcl 2.363, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-10-03, DJ de 1º-4-05)

* Questões

1) Decisão proferida em sede de controle difuso (RE) surtirá efeitos em relação a outros casos semelhantes? Qual a forma de se chegar ao STF para buscar a reforma da decisão que viola a posição adotada por referido Tribunal?

A doutrina sempre afirmou que a decisão no controle difuso – como no julgamento de um RE – surte efeitos apenas intra partes.

Assim, se o STF julgou determinado RE, não haverá efeitos de inconstitucionalidade em relação a terceiros.

A hipótese prevista na Constituição para que essa decisão surta efeitos para terceiros é a suspensão da eficácia da norma declarada inconstitucional, pelo Senado. É o que prevê a Constituição, em seu art. 52, X:

“suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

Caso o Senado assim não proceda – e normalmente não procede – a solução é ingressar com os recursos cabíveis para que a questão chegue ao STF (basicamente, apelação da sentença e, posteriormente, RE do acórdão).

Atualmente, uma outra forma seria a edição de uma súmula vinculante por parte do STF. Diante disso, acaso não houvesse a observância da súmula, bastaria o ajuizamento de uma reclamação diretamente ao STF (L. 11.417/06, art. 7º).

*Contudo, atualmente pendente de julgamento uma reclamação em que se busca dar efeitos diferentes ao controle difuso de inconstitucionalidade. Discute-se, na Rcl 4335 (no momento, 2x2) se seria possível o ajuizamento de uma reclamação para buscar a aplicação, no caso concreto, diretamente pelo STF, de uma tese favorável ao reclamante. Ou seja, se a decisão do STF proferida em sede de controle difuso tem eficácia *erga omnes*, independentemente de resolução do Senado.*

Revolucionando o sistema vigente, já se manifestaram os ministros GILMAR MENDES e EROS GRAU, no sentido de que qualquer decisão do STF – em controle difuso ou concentrado – tem efeitos erga omnes e que, portanto, é possível a utilização da reclamação ainda que o julgado paradigma não seja decisão de controle concentrado.

Na linha tradicional, SEPÚLVEDA PERTENCE e JOAQUIM BARBOSA, os quais entendem que, quando o STF considera uma lei inconstitucional em controle difuso, a decisão vale só para as partes. Para ter eficácia geral, depende de resolução do Senado.

Portanto, em resposta ao indagado:

- se prevalecer o voto de GILMAR MENDES, será possível ajuizamento de reclamação
- se prevalecer a posição tradicional, necessário a interposição de RE

2) O p.u. do art. 28 traz novas técnicas interpretativas relacionadas ao controle de constitucionalidade. Quais seriam e o que significam?

Duas são as novas técnicas, como se vê do texto legal:

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

O objetivo é evitar a declaração da inconstitucionalidade, mediante soluções hermenêuticas que mantenham o texto em vigor (presunção de inconstitucionalidade).

Apesar de terem sido inseridos no bojo da L. 9.868/99, já vinham sendo utilizadas pelo STF, no exercício da jurisdição constitucional.

A interpretação conforme é a técnica pela qual, sendo possível mais de uma interpretação do ato normativo impugnado, deve ser adotada aquela que está de acordo com a Constituição (várias possíveis, admite-se a constitucional).

Já a inconstitucionalidade sem redução de texto é técnica que considera inconstitucional determinada hipótese de aplicação da lei, sem, contudo, proceder a qualquer alteração no texto legal. Assim, STF afasta determinadas interpretações da norma impugnada que são inconstitucionais (afastam-se as interpretações inconstitucionais).

Diante da similitude de ambas, STF tende a aplicar a “interpretação conforme”:

“A técnica da interpretação conforme só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente.” (ADI 1.344-MC, voto do Min. Moreira Alves, julgamento em 18-12-95, DJ de 19-4-96)

“Em matéria de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, admite-se, para resguardar, dos sentidos que eles podem ter por via de interpretação, o que for constitucionalmente legítimo – é a denominada interpretação conforme a Constituição.” (ADI 221-MC, voto do Min. Moreira Alves, julgamento em 29-3-90, DJ de 22-10-93)

3) O que significa a “inconstitucionalidade por arrastamento”?

“Declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de decreto regulamentar superveniente em razão da relação de dependência entre sua validade e a legitimidade constitucional da lei objeto da ação. Precedentes: ADI 437-QO, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.02.93 e ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90.” (ADI 3.645, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31-5-06, DJ 1º-9-06)

4) Para ajuizar uma ADIn / ADC, o ente legitimado precisa apresentar alguma relação com a causa?

Em relação a parte dos legitimados, isso não é necessário. Porém, em alguns casos – especialmente no inciso IX (confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional) – pela jurisprudência do STF somente podem ajuizar ação aqueles que tiverem alguma relação com suas respectivas áreas. É a denominada pertinência temática.

“A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembléias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. Precedentes do STF: ADI 305 (RTJ 153/428); ADI 1.151 (DJ de 19-5-95); ADI 1.096 (LEX-JSTF, 211/54); ADI 1.519 julgamento em 6-11-96; ADI 1.464, DJ 13-12-96.

“Partido Político. Ação direta. Legitimidade ativa. Inexigibilidade do vínculo de pertinência temática. Os Partidos Políticos, desde que possuam representação no Congresso Nacional, podem, em sede de controle abstrato, arguir, perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática.” (ADI 1.407-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-3-96, DJ de 24-11-00).

5) Quanto à possibilidade de efeito *ex nunc* às ADIn / ADC, diante do silêncio do acórdão, como se devem entender os efeitos?

“Embargos de declaração: pretensão incabível de incidência, no caso, do art. 27 da LADIn. Sobre a aplicação do art. 27 da LADIn – admitida

por ora a sua constitucionalidade – não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso: se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como é regra geral, gera efeitos ex tunc, desde a vigência da lei inválida." (ADI 2.996-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-12-06, DJ de 16-3-07)

6) Recente exemplo de “modulação dos efeitos”, no STF:

Quinta-feira, 12 de Junho de 2008

Plenário define efeitos do julgamento sobre prazos quanto à exigência de contribuições sociais

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiram na tarde desta quinta-feira (12) modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que tratam dos prazos de prescrição e decadência em matéria tributária. Por maioria de votos, o Plenário decidiu que a Fazenda Pública não pode exigir as contribuições sociais com o aproveitamento dos prazos de 10 anos previstos nos dispositivos declarados inconstitucionais, na sessão plenária de ontem. A restrição vale tanto para créditos já ajuizados, como no caso de créditos que ainda não são objeto de execução fiscal. Nesse ponto, a decisão teve eficácia retroativa, ou seja, a partir da edição da lei.

A modulação dos efeitos da decisão faz uma ressalva, no entanto, quanto aos recolhimentos já realizados pelos contribuintes, que não terão direito a restituição, a menos que já tenham ajuizado as respectivas ações judiciais ou solicitações administrativas até a data do julgamento (11 de junho).

Dessa forma, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Gilmar Mendes, explicou que "são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos artigos 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento".

Assim, os contribuintes que ajuizaram ações até ontem (11), data do julgamento no STF, serão beneficiados com a declaração de inconstitucionalidade e deverão receber de volta o tributo que foi recolhido indevidamente. Já aqueles contribuintes que não ajuizaram ações até a última quarta-feira, não terão direito a reaver o que já pagaram.

Ao negar provimento aos Recursos Extraordinários (REs) 556664, 559882, 559943 e 560626, na quarta-feira, o Plenário reconheceu que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. No caso, foram considerados inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei Ordinária 8.212/91, que haviam fixado em dez anos os prazos decadencial e prescricional das contribuições da seguridade social, e também reconheceram a incompatibilidade constitucional do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77. Esse dispositivo determinava que o arquivamento administrativo das execuções fiscais de créditos tributários de pequeno valor seria causa de suspensão do curso do prazo prescricional.

Essa proposta de modulação, inédita no âmbito do Supremo, foi feita pelo presidente da Corte, ministro Gilmar Mendes, e tem o poder de garantir a necessária segurança jurídica na resolução da matéria. A Procuradoria da Fazenda Nacional havia se pronunciado, durante o julgamento de ontem, alegando que a questão envolve em torno de R\$ 96 bilhões, entre valores já arrecadados e em vias de cobrança pela União com base nas leis declaradas inconstitucionais.

7) CASOS DE MANDADO DE INJUNÇÃO EM GREVE.

XXXXXXXXXXXXXXXXXX