

O ATUAL PERFIL DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: ANÁLISE DE QUESTÕES PONTUAIS DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Breno Baía Magalhães*

RESUMO

O artigo em tela visa tecer algumas considerações acerca de questões importantes e controversas no controle concentrado de constitucionalidade praticado no Brasil. Nesse sentido, além de congregar o entendimento doutrinário acerca desses pontos controvertidos, o artigo, de maneira precípua, se ocupa em analisar a evolução jurisprudencial acerca do tema, tendo em vista o grande número de revisões jurisprudências que ocorreram nos últimos anos no Supremo Tribunal Federal. Desse modo, podemos observar que o controle de constitucionalidade concentrado ganhou substância com a ampliação do objeto das ações diretas de inconstitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental, bem como com a incorporação dos tratados de direitos humanos como parâmetro de fiscalização.

Palavras-chave: Controle concentrado de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Parâmetro. Objeto.

1 INTRODUÇÃO: BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A constituição é nossa lei maior, pois carrega em seu bojo normas que fundamentam todo o ordenamento jurídico, conforme atesta Kelsen (2007), bem como propõe as limitações do poder estatal e consagra direitos fundamentais. Em razão de sua elevada importância para o funcionamento do Estado, são necessários mecanismos que garantam sua perfeita higidez.

O mais importante mecanismo de proteção das normas constitucionais é, sem dúvida, o controle de constitucionalidade das leis. No Brasil, existem várias formas de se controlar a

* Bacharel e mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bolsista da CAPES.

constitucionalidade das leis e demais atos normativos do poder público, como, por exemplo: o controle preventivo feito através do veto presidencial e das comissões parlamentares de Constituição e Justiça; o controle difuso, exercido por todos os órgãos do poder judiciário e, por fim, o controle concentrado de constitucionalidade¹, os últimos, por sua vez, inclusos no chamado controle repressivo ou jurisdicional² de constitucionalidade³. Em razão do escopo do trabalho, nos focaremos, somente, no controle concentrado de constitucionalidade.

A principal diferença entre o controle concentrado de constitucionalidade e as demais espécies de controle é a existência de um órgão que seja constitucionalmente designado para realizar este controle de maneira concentrada. Este modelo foi desenvolvido por Kelsen (2007), e posto na prática, pela primeira vez no mundo, na constituição da Áustria de 1920.

No controle concentrado de constitucionalidade, a impugnação do ato por via de uma ação específica o diferencia do controle difuso, uma vez que esse é realizado por todo o Poder Judiciário. Desta forma, o ato impugnado é analisado em tese, em abstrato, ou seja, sem a presença de um caso concreto, conforme aponta Bonavides (2001, p. 298).

No Brasil, o controle concentrado encontra suas raízes remotas na Constituição de 1934⁴. Nesta constituição, foi estabelecido, também, que cada Estado-Membro poderia elaborar suas Constituições e suas leis, com a devida observância aos princípios da constituição Federal, em especial, aos chamados “princípios constitucionais sensíveis” (art. 7º, *a a h*)⁵. Desta forma, caso uma lei ou ato normativo estadual violasse estes princípios, poderia o Procurador-Geral da República provocar o Supremo Tribunal Federal para que examinasse a constitucionalidade da lei que determinava a amplitude e duração da intervenção federal, ou seja, o julgamento da constitucionalidade da lei era pressuposto para a decretação da ação interventiva⁶ (art. 12, § 2º), como afirma Streck (2002, p.348).

Em razão das discussões doutrinárias e jurisprudenciais em torno da representação interventiva e sua transfiguração em um verdadeiro meio de controle concentrado de normas

¹ Para uma análise do controle de constitucionalidade, conferir, por todos, o estudo de Zeno Veloso (2003).

² O controle judicial diz respeito, como parece ser óbvio, apenas aquele controle exercido pelos órgãos judiciários, exercendo, portanto, uma função jurisdicional; o que se contrapõe, de acordo com Cappelletti (1992, p.26), ao controle político da constitucionalidade das leis.

³ Esta divisão é proposta por Alexandre de Moraes (2005, p. 636-957).

⁴ Esta Carta política trouxe inúmeras mudanças no controle de constitucionalidade nacional, tais como: a reserva de plenário (art. 179) e a resolução suspensiva do Senado (art 91, IV e art. 96).

⁵ De acordo com José Afonso da Silva (2006, p. 612), os princípios constitucionais sensíveis são aqueles que, como o próprio nome denuncia, estão expostos claramente aos sentidos. Seu sentido de sensibilidade, prossegue o autor, traz como consequência medidas enérgicas no caso de sua inobservância, como, por exemplo, a intervenção federal.

⁶ Para maiores detalhes, conf. Lewandowski (1994).

na Constituição de 1946 (POLETTI, 1995, p.85)⁷, foi necessário municiar o Procurador-Geral da República com uma ação mais expedita e eficaz para infirmar as normas consideradas inconstitucionais. Dessa forma, a partir da emenda constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, foi criada, na constituição de 1946⁸ a representação de inconstitucionalidade que, diferentemente da representação interventiva, não necessitava de um conflito entre União e Estado-Membro e posterior intervenção federal, somente a aferição abstrata da possível inconstitucionalidade de uma norma (art. 101 da CF/46)

A constituição de 1967 trouxe uma importante inovação no controle concentrado, a partir da Emenda constitucional nº 07 de 1977⁹. Esta emenda acrescentou, dentre as competências originárias do STF, a possibilidade de representação sobre a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual e a concessão de cautelares nestas representações (art. 119, I da CF/67).

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 trouxe enormes mudanças no controle concentrado de normas. A principal, e mais importante, mudança a ser observada diz respeito ao aumento do número de legitimados a propor a ADI. Anteriormente restrita ao PGR, a propositura da ADI foi estendida a um número mais alargado de legitimados¹⁰, atribuindo maior participação popular no controle de constitucionalidade das leis¹¹. Outrossim, a

⁷ Não obstante o avanço da representativa na Constituição de 1946 (que, diferentemente, da representação constante da constituição anterior, atribuía ao STF a fiscalização direta do ato ou lei, supostamente, violadores dos princípios constitucionais sensíveis), não se tratava de controle abstrato propriamente dito, em razão dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade, que se limitava ao litígio federativo, como pontua Veloso (2003,p.32)

⁸ Lênio Streck (2002, p.354) ressalta os aspectos políticos que motivaram a promulgação da referida emenda nº 16/65, pois o governo militar necessitava dispor de mecanismos rápidos e eficazes para decidir sobre a constitucionalidade de uma lei estadual, bem como obstaculizar o controle difuso de constitucionalidade. Esta questão se evidencia ainda mais, de acordo com o autor, pelo fato de que o Procurador-Geral da República, além de ser o único legitimado ativo para propor a ação, era livremente nomeado e destituído pelo presidente da República.

⁹ Cumpre ressaltar que esta emenda introduziu, pela primeira vez no direito brasileiro, a ideia de efeito vinculante, pois o art. 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, visando regulamentar a recém criada representação interpretativa, especificava que, a partir da data da publicação da ementa do acórdão no Diário Oficial da União, a interpretação nele fixada teria força vinculante.

¹⁰ Ainda que não outorgada para qualquer cidadão considerado individualmente, a abertura da legitimidade para propor as ações diretas à entidades e órgãos privados é tão ampla, que é impossível delimitar quem são e quem serão, numericamente, os legitimados a propô-las, conforme o salientado por Gilmar Mendes (2005, p. 155)

¹¹ Não obstante o caráter objetivo do processo constitucional de controle de constitucionalidade, ou seja, não existem partes ou interesses particulares a serem tutelados, o STF limitou a possibilidade de interposição de ADI e ADC (consecutivamente à ADPF) para determinados legitimados. Exige o Pretório excelso a chamada “pertinência temática” aos legitimados especiais (os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Como exemplo, cite-se o julgado do STF, plenário, ADI-MC 305/RN, DJ 06/05/1994, Rel. Paulo Brossard. Gilmar Mendes (2005, p. 174) se posiciona abertamente contra a pertinência temática, na medida em que pode se configurar, em verdade, como uma condição da ação nos moldes do interesse de agir, o que criaria uma diferença injustificada na propositura da ação entre os entes legitimados pela constituição. No

constituição de 1988 criou novas ações aptas à promover o controle abstrato de normas exercido de forma concentrada pelo STF, são elas: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (após a EC nº de 93), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a ADI por omissão.

2 AS RECENTES INOVAÇÕES JURISPRUDENCIAIS QUANTO AO OBJETO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Após este breve esboço histórico sobre o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, é importante focar a atenção nos objetos desta espécie de controle em suas diferentes modalidades, ressaltando, em especial, a análise de alguns atos que podem ser postos em julgamento daquelas ações que produzem efeito vinculante e coisa julgada possui eficácia *erga omnes*, porquanto a atual jurisprudência do STF vem revendo alguns de seus entendimentos a respeito da temática.

Saber o que pode ser impugnado através das ações que pretendem declarar a (in) constitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público é importante para delimitar o alcance desses meios de impugnação, ou seja, para perquirir quais são as situações que desafiam a fiscalização em abstrato de constitucionalidade e a conseqüente interpretação do STF a respeito de sua competência para exercê-la.

2.1 O Objeto do Controle na ADI e na ADC

Inicialmente, há de se considerar, na esteira do contido no art.102, I, a¹² da Constituição Federal de 1988, que o objeto da ADI é mais amplo que o da ADC, uma vez que a Constituição não prevê para a última a fiscalização do direito estadual, apenas do federal. As ações têm em comum, portanto, além da possibilidade de impugnação do direito federal, a exclusão de qualquer controle sobre atos de entes municipais. Desta forma, as questões

mesmo sentido, Juliano Bernardes (2004, pp. 370 – 371) rechaça, categoricamente, que possa haver o requisito da pertinência temática, uma vez que se trata de mescla indesejável dos processos de índole objetiva, com sucedâneo de interesse de agir típico dos processos subjetivos, pois não deixaria de se perquirir o interesse subjetivo do legitimado a propor a ação

¹² art.102,I,a : a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

relativas à constitucionalidade, em tese, de leis e atos normativos municipais¹³ são julgadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados-Membros que abrigam o Município, tomando como parâmetro de controle a Constituição Estadual (art. 125, § 2º) ou através da ADPF (art., da lei 9.882/99).

Conforme o exposto acima, a Constituição conferiu à ADI e à ADC a possibilidade de fiscalizar a constitucionalidade das leis, ou seja, qualquer espécie legislativa prevista no art. 59 da CF/88¹⁴ e atos normativos¹⁵, que são aqueles que possuem generalidade e abstração. Em razão da necessidade da existência de carga normativa ao ato, não são objeto de ADI ou ADC os atos de efeitos concretos¹⁶.

Portanto, de acordo com a exegese feita dos argumentos expostos e do texto constitucional do art. 102, I, a, apenas os *atos* de efeitos concretos estariam fora do controle concentrado, e não as *leis* de efeitos concretos, sendo bastante que estas leis tenham seguido o procedimento legislativo previsto na Constituição e integre o rol do art. 59.

Contudo, farta e consolidada jurisprudência do STF rechaçava a possibilidade de se controlar a constitucionalidade de atos de efeitos concretos veiculados em leis em sentido formal. Respeitáveis vozes na doutrina, entretanto, se insurgiram contra este entendimento, dentre elas, Gilmar Mendes (2005, p.200), salientando que este posicionamento excluía do crivo do tribunal um sem número de leis que são aptas à violar a Constituição, de maneira especial, cite-se, aquelas que veiculam matérias orçamentárias¹⁷. A respeito do posicionamento da corte, ilustrativo é o acórdão trazido à colação, sem embargo de outros que tratam da matéria de forma semelhante:

¹³ Como exemplo, cita-se o seguinte acórdão: “*não há ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal frente a constituição federal. (...)*” (STF, Pleno, RE 93.088/SP, DJ 22/06/1981, Rel. Soares Munõz).

¹⁴ Art. 59: *O processo legislativo compreende a elaboração de: - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas.*

¹⁵ Enquadram-se nesta categoria, por exemplo, os demais atos previstos no processo legislativo: *art. 59: V- Medidas Provisórias, VI - Decretos Legislativos e VII- Resoluções.* É importante ressaltar que o controle abstrato de constitucionalidade não é via adequada para declarar a desconformidade de atos particulares com a Constituição, isso porque, conforme Juliano Bernardes (2004, p. 174) a densidade normativa exigida para os atos, importa na vinculatividade de seus comandos, não na disposição de vontade de seus destinatários.

¹⁶ Norberto Bobbio (2005) esclarece que normas dotadas de generalidade são aquelas em que o preceito normativo alcança uma determinada classe de indivíduos, atribuindo igualdade na aplicação da lei; de outro lado, a abstração diz respeito à ação exposta na norma, ou seja, a possibilidade de renovação e reprodução da hipótese prevista na norma, assegurando, de acordo com o autor italiano, a certeza na aplicação do direito. Ainda com os ensinamentos de Bobbio, ato normativo de efeitos concretos, é aquele que regula uma ação singular, que exaure seus efeitos quando de sua ocorrência.

¹⁷ Neste sentido, já afirmara Kelsen (2007, p.155) “*devem ser submetidos ao controle da jurisdição constitucional todos os atos que revestem a forma de leis, mesmo se contêm tão-somente normas individuais, por exemplo o orçamento ou todos os outros atos que a doutrina tradicional, por uma razão qualquer, tende a ver, a despeito da sua forma de lei, como simples atos administrativos.*”

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DOS ARTIGOS 7. E 9. DA LEI 8.029/90, BEM COMO DOS INCISOS III E IV DO ARTIGO 2. DO DECRETO 99240/90. MEDIDA LIMINAR REQUERIDA. - A ação direta de inconstitucionalidade e o meio pelo qual se procede, por intermédio do Poder Judiciário, ao controle da constitucionalidade das normas jurídicas "in abstracto". Não se presta ela, portanto, ao controle da constitucionalidade de atos administrativos que tem objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei - as leis meramente formais, porque tem forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstracto. - No caso, tanto o artigo 7. como o artigo 9. da Lei 8.029 são leis meramente formais, pois, em verdade, tem por objeto atos administrativos concretos. - Por outro lado, no tocante aos incisos III e IV do artigo 2. do Decreto 99240, de 7 de maio de 1990, são eles de natureza regulamentar - disciplinam a competência dos inventariantes que promoverão os atos de extinção das autarquias e fundações declarados extintos por esse mesmo Decreto com base na autorização da Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, não sendo assim, segundo a firme jurisprudência desta Corte, susceptíveis de ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (STF, pleno, ADI 647, Rel Moreira Alves, DJ 27/03/1992).

O Tribunal, no entanto, com o passar do tempo, começou a mitigar seu entendimento acerca da inviabilidade de fiscalização do controle de constitucionalidade dos atos de efeito concreto. Na ADI 2.135/DF, DJ 12/05/00, por exemplo, fixou o entendimento de que a determinabilidade dos destinatários da norma não se confunde com a sua individualização, esta sim, apta a convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos, o que possibilitaria o controle de sua constitucionalidade. Em outra oportunidade, considerou que as disposições de determinada lei orçamentária, quando revelam contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta, são passíveis de controle concentrado¹⁸.

Todavia, em julgamento de ação direta proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), em que se pleiteava a declaração da inconstitucionalidade da Medida

¹⁸ PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL - CIDE - DESTINAÇÃO - ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas "a", "b" e "c" do inciso II do citado parágrafo (STF, ADI 2925/DF, Rel. Marco Aurélio, DJ 04/03/05).

Provisória n 405/2007, que abriu crédito extraordinário, em favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, o pleno do STF, em julgado que pode demonstrar revisão de sua jurisprudência, considerou que poderia exercer o controle concentrado de constitucionalidade em face de lei em sentido formal que veicula atos normativos concretos, como, no caso, dos valores já utilizados pelos órgãos beneficiados pelos referidos créditos. Assim foi ementado o acórdão:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (...). IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008. (STF, pleno, ADI-MC 4048/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 21/08/2008) (grifei¹⁹).

Não havia, segundo jurisprudência do STF, outrossim, controle de constitucionalidade de normas já revogadas²⁰, mesmo após a propositura da ação. Gilmar

¹⁹ No mesmo sentido, cf. MC na ADI 4.049/DF, Rel. Carlos Britto, DJe 08/05/09 e AgR no RE 523.220/SP, 2ª Turma, Rel. Cezar Peluso, DJe 26/03/10.

²⁰ Nesse sentido, é válido transcrever o acórdão que assentou esse entendimento do Tribunal: *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OBJETO DA AÇÃO. REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DA LEI ARGUIDA DE INCONSTITUCIONAL. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. CONTROVERSIA. OBJETO DA AÇÃO DIRETA prevista no art. 102, I, a e 103 da Constituição Federal, e a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, logo o interesse de agir só existe se a lei estiver em vigor. REVOGAÇÃO DA LEI ARGUIDA DE INCONSTITUCIONAL. Prejudicialidade da ação por perda do objeto. A revogação ulterior da lei questionada realiza, em si, a função jurídica constitucional reservada a ação direta de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade. EFEITOS concretos da lei revogada, durante sua vigência. Matéria que, por não constituir objeto da ação direta, deve ser remetida as vias ordinárias. A*

Mendes (2005, p. 212) afirma que tal entendimento é incompatível com a idéia de fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis, uma vez que visa o resguardo e a higidez da constituição e ao estabelecimento da segurança jurídica. De mais a mais, tal entendimento poderia acarretar fraudes à jurisdição constitucional do STF, pois retiraria do exame de mérito do Tribunal inúmeras matérias e conseqüências importantes derivadas da lei constitucional revogada.

Em tempo, é válido salientar que o STF, na sessão do dia 14/08/2008, julgando questão de ordem nas ações declaratórias de inconstitucionalidade nº 3.232, 3.983 e 3.990, todas do Tocantins, afastou a prejudicialidade das ações em face da revogação do ato impugnado, quando já em pauta o julgamento do feito. Tratavam-se de ações declaratórias conexas, que visavam impugnar lei que permitiu ao governado do Estado do Tocantins criar inúmeros cargos públicos, fixando-lhes suas respectivas atribuições e remunerações, sem limites numéricos e temporais, assim como os próprios decretos do governador. Salientou o relator, Min. Cezar Peluso, que, declarada a inconstitucionalidade da lei que permitia a delegação de criação dos cargos públicos através de decretos, esses seriam declarados inconstitucionais de forma reflexa.

O Min. Relator alterou o tribunal que, após a propositura das referidas ações, a assembleia legislativa do Tocantins revogara a lei impugnada nas causas. O Min. Menezes Direito, entretanto, considerou que a revogação seria uma manobra do Estado de perpetuar as inconstitucionalidades provocadas pela lei, ressaltando os atos já praticados, os cargos já criados e as remunerações realizadas. Nesse sentido, considerou o Tribunal que a revogação do ato não subtraía à corte competência para examinar a constitucionalidade da norma até então vigente e suas conseqüências, ou seja, a norma impugnada, cuja revogação é observada no curso do processo e caso haja produzido efeitos concretos, é passível de fiscalização no controle concentrado²¹.

O pretório Excelso já teve a oportunidade de julgar que não são passíveis de serem

declaração em tese de lei que não mais existe transformaria a ação direta, em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas. Ação direta que, tendo por objeto a Lei 9.048/89 do Estado do Paraná, revogada no curso da ação, se julga prejudicada (STF, pleno, ADIN 709/PR, DJ 24/06/92, Rel. Paulo Brossard).

²¹ É curioso ressaltar que o “novo” entendimento do STF já fora jurisprudência anterior, na época da representação de inconstitucionalidade. Nesse sentido, cf. Rp 971/RJ, Rel. Djaci Falcão, DJ 07/11/78: “a decisão que em ação direta declara a inconstitucionalidade de lei, tem efeito “ex tunc”. Assim sendo, não se julga prejudicada a representação quando a lei inquinada de inconstitucional é revogada no curso da ação”. No mesmo sentido, cf. Rp 1.057/DF, Rel. Moreira Alves, DJ 18/12/81.

atacadas via ADIN, as normas constitucionais originárias²², uma vez que o Brasil não adota a teoria das normas constitucionais inconstitucionais²³. O mesmo, entretanto, não ocorre com as Emendas Constitucionais, que podem ser atacadas via ADIn ou ADC²⁴.

Questão nova a ser discutida a respeito do objeto das ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade, diz²⁵ respeito às súmulas vinculantes. O Supremo manifestou-se, no julgamento da ADI nº 594²⁶ que os enunciados de súmula, por não apresentarem característica de ato normativo, em especial a ausência de obrigatoriedade de sua observância, não podem ser atacados por ADI.

Este entendimento nos parece coerente, uma vez que os enunciados da súmula do STF apenas condensam as partes dispositivas de reiteradas decisões, servindo, conforme afirmou seu criador, o Min. Victor Nunes Leal (1997, p.36), como forma de conhecimento da jurisprudência do Tribunal por parte dos demais órgãos judicantes. Ademais, o próprio STF, em determinados casos, afasta a incidência de seus enunciados de sua súmula não vinculante, como exemplo os enunciados 691²⁷ e 343²⁸.

²² *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFOS 1. E 2. DO ARTIGO 45 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (STF, pleno, ADIN 815/DF, DJ 10/05/1996, Rel. Moreira Alves)*

²³ Otto Bachof (1994) salienta a existência de normas constitucionais que podem ferir o texto constitucional. Fenômeno que chama de "normas constitucionais inconstitucionais". O autor lança mão dos conceitos de Constituição formal e material para estabelecer a diferença hierárquica entre elas e a possibilidade daquelas contrariarem disposições advindas do direito "suprapositivo", esta fiscalização, por sua vez, pode ser feita pelo Tribunal Constitucional.

²⁴ Adin 2.031, Rel.Min. Ellen Grace, DJ 06/12/2002 e ADC-QO nº 1, Rel. Moreira Alves, DJ 16/06/1995.

²⁵ Em sentido contrário, Streck (2002, P.115-146).

²⁶ *CONSTITUCIONAL. SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO. SÚMULA N. 16, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. I. A SÚMULA, PORQUE NÃO APRESENTA AS CARACTERÍSTICAS DE ATO NORMATIVO, NÃO ESTA SUJEITA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONCENTRADA. II. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA* (STF, ADI 594, REL. Min Carlos Velloso, DJ 15/04/1994).

²⁷ No sentido da corriqueira superação do enunciado sumular referido, cf, sem prejuízo de outros inúmeros casos. os HC 86.864, HC 89.178, HC 90.112, HC 90.370, HC 89.777.

²⁸ *CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. SUMULA STF 343. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE. CONCESSÃO DE JUSTIÇA GRATUITA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. 1. É inaplicável a Súmula STF 343, quando a ação rescisória está fundamentada em violação literal a dispositivo da Constituição Federal. 2. A concessão de justiça gratuita, por*

Tratamento diferenciado, todavia, dever ser dispensado às recém criadas súmulas vinculantes. De acordo com a alteração feita pela Emenda Constitucional nº 45, os enunciados da súmula do STF que forem votados por 2/3 de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matérias constitucionais, serão dotados de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do poder judiciário e à Administração pública direta e indireta, em todas as esferas da Federação. Observa-se, portanto, que a característica da obrigatoriedade se faz presente no verbete, que já possuía generalidade e abstração, o que o torna apto ao controle concentrado, vez que, além de se assemelhar a lei em sentido material (CUNHA JR., p.190), configura-se, portanto, como ato normativo do poder público²⁹.

Todavia, ao contrário do exposto, possivelmente o STF não conhecerá das ADI ou ADC que versarem sobre enunciado da súmula vinculante, uma vez que para elas foram previstos meios próprios de revisão e cancelamento, conforme orientação exposta na decisão monocrática do Min. Cezar Peluso na ADPF nº 128:

Ainda que assim não fosse, o conhecimento da ação encontraria óbice no princípio da subsidiariedade. É que a Lei nº 9.882/99 prescreve, no art. 4º, § 1º, que se não admitirá argüição de descumprimento de preceito fundamental, quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Ora, é fora de dúvida que o ordenamento jurídico prevê, para a hipótese, outros remédios processuais ordinários que, postos à disposição da argüente, são aptos e eficazes para lhe satisfazer de todo a pretensão substantiva que transparece a esta demanda. Como observou o Advogado-Geral da União, “a revisão e o cancelamento, bem assim a edição de enunciado de súmula vinculante encontra-se disciplinado na lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que, ao regulamentar o art. 103-A da Constituição da República, estabelece procedimento específico para tais situações (grifos no original).DJ 23/04/2008.

2.2 O Objeto do controle na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A argüição de descumprimento de Preceito fundamental é, sem dúvida, a mais controversa das ações que formam o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. A discussão a respeito da conformação que a lei ordinária prevista pela Constituição daria ao

depende da interpretação da legislação infraconstitucional e reexame de fatos e provas, é inviável nesta sede recursal. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar a decisão agravada, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental improvido. (RE 564.781/ES, DJe 01/07/2009).

instituto gerou inúmeros debates no âmbito legislativo e doutrinário³⁰. Ao final das votações da lei regulamentadora, o resultado da lei que regulou o instituto acentuou mais a característica de ação constitucional afeta ao controle de constitucionalidade das leis, em detrimento de seu possível papel a ser desempenhado na defesa direta dos direitos fundamentais, de acordo com o defendido por Maués e Colares (2002).

Desta forma, imperioso salientar, que nesta ação não se discute apenas a inconstitucionalidade do ato, mas sim o descumprimento ao preceito fundamental da Constituição Federal. De acordo com André Ramos Tavares (2001), o descumprimento é um conceito mais amplo que a inconstitucionalidade, contudo, em razão do objetivo do trabalho, nos limitaremos aos casos de inconstitucionalidade dos atos que descumprem preceitos tidos como fundamentais pela Constituição Federal.

A doutrina, ao interpretar os dispositivos da lei reguladora do instituto (art.1º, § 1º), entende que há a possibilidade da propositura de uma ação autônoma e da instauração de um incidente durante o curso de qualquer processo. O aspecto incidental será levantado no caso de relevante controvérsia constitucional sobre a lei ou o ato do poder público, restando provado, inequivocamente, a violação ao preceito fundamental (STRECK, 2002, p.645)³¹. Por óbvio, em razão dos objetivos do trabalho, trataremos da argüição chamada autônoma, que desafia o controle concentrado de constitucionalidade perante o STF.

Porém, a fim de aferirmos qual o objeto da ADPF, pergunta-se: quais seriam os preceitos fundamentais que, descumpridos, ensejariam a propositura da argüição? Primeiramente, é importante salientar a prudência do legislador ordinário em não elencar quais seriam estes preceitos, sob pena de conferir ao Congresso Nacional a tarefa de eleger quais seriam os preceitos fundamentais elencados pela Constituição (VELOSO, 2003, p.295).

³⁰ Com efeito, antes da promulgação da lei 9.882/99, muitos autores consideravam que a ADPF deveria se conformar com os recursos constitucionais europeus previstos para a defesa direta dos direitos fundamentais, por meio de violações legislativas e atos particulares. Cf, nesse sentido, por todos, as considerações feitas por André Ramos Taves (2004).

³¹Esta questão acerca da constitucionalidade da argüição incidental foi trazida ao STF através da ADI 2.231, proposta pelo Conselho Federal da OAB. O relator da ação, Min. Néri da Silveira, considerou que o art. 1º da lei 9.882/99 autorizaria, além da argüição autônoma, a argüição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, apenas, através de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à Constituição a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo. Por conseguinte, o relator também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, por estar relacionado com a argüição incidental em processos em concreto. cf. Informativo do STF nº 253. Ademais, a existência da ADPF incidental é muito discutida na doutrina. Nesse sentido, por considerar inconstitucional esta modalidade da argüição, Streck (2002, p.649), argumenta que por atingir processos em andamento e ante a possibilidade do STF suspender o andamento destes através de liminares, observa-se clara violação ao devido processo legal e ao sistema de controle de constitucionalidade praticado no Brasil, porquanto esvaziaria a aplicação do controle difuso pelos demais órgãos do poder judiciário.

Tratam-se de preceitos imprescindíveis à conformação do sistema constitucional brasileiro e necessário para sua regular conformidade. São, em verdade, normas constitucionais tidas como fundamentais de acordo com uma hierarquia axiológica estabelecida pela própria Constituição.

Neste sentido, é tormentosa a tarefa de elencar, de forma exaustiva, possíveis preceitos fundamentais que possam ser hauridos do texto constitucional, portanto, para evitar cometer injustiças, lançamos mão de um pequeno rol, meramente ilustrativo, de preceitos tidos por fundamentais, conforme lição do Min. Gilmar Mendes:

Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da argüição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais. Direito pré-constitucional. Cláusulas de recepção da Constituição. Derrogação do direito pré-constitucional em virtude de colisão entre este e a Constituição superveniente. Direito comparado: (ADPF 33-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04).

Desta forma, tomando por base os exemplos acima, podem ser objeto de ADPF, pois aptos a violar preceitos fundamentais, além das leis e atos normativos, os atos não normativos; os atos municipais e os atos anteriores à constituição³². Não sendo cabível a medida no caso de enunciados de súmulas³³; no caso de súmulas vinculantes, o tribunal aplicou a tese da subsidiariedade da ADPF para concluir que, como existem outros meios para impugnar o enunciado vinculante e por não apresentar os requisitos previstos quanto ao descumprimento dos preceitos, não seria cabível a ADPF³⁴. Por fim, veda-se o cabimento da ADPF contra leis orçamentárias que já tenham surtido efeito³⁵, no entanto, entendemos que tal posicionamento

³² Para mais detalhes sobre a utilização da ADPF contra atos anteriores à Constituição, conferir, por todos, o artigo de MAUÉS e COLARES (2002). Vale salientar o paradigmático caso da não recepção da chamada Lei de Imprensa (lei 5.250/67) na ADPF nº 130, Rel. Carlos Britto, DJe 06/11/09.

³³ “O enunciado da Súmula desta Corte, indicado como ato lesivo aos preceitos fundamentais, não consubstancia ato do Poder Público, porém tão somente a expressão de entendimentos reiterados seus. À argüição foi negado seguimento. Os enunciados são passíveis de revisão paulatina. A argüição de descumprimento de preceito fundamental não é adequada a essa finalidade.” (ADPF 80-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 12-6-06, DJ de 10-8-06). Em sentido contrário, na doutrina, conferir, Streck (2002.p.658).
34 Ver nota nº 20.

³⁵ “No caso presente, portanto, a lei orçamentária, com as respectivas emendas ora impugnadas, relativa ao exercício financeiro de 2004, teve sua eficácia exaurida em face de sua natureza transitória. Por outro lado, fazendo parte a argüição de descumprimento de preceito fundamental do sistema concentrado

deve ser revisto em face das novas considerações do Tribunal acerca dos atos de efeitos concretos.

No entanto, o que é importante ressaltar acerca da atual jurisprudência do STF com relação com o objeto da ADPF é sua abertura. Anteriormente, a jurisprudência do STF se mostrou tímida quanto ao conhecimento das ADPF, especialmente, em face da chamada subsidiariedade de sua aplicação. No entanto, o STF passou a compreender as suas hipóteses de cabimento de maneira mais ampla, o que possibilitou a discussão de importantes questões relativas à direitos fundamentais.

Portanto, hodiernamente, podemos perceber através das recentes decisões da suprema corte em ADPF, o fortalecimento dessa ação constitucional da jurisdição concentrada e a necessidade de repensarmos, uma vez mais, seu papel na defesa de direitos fundamentais³⁶. Nesse sentido, podemos citar a ADPF que declarou como não recepcionada a lei de imprensa, por violar dispositivos constitucionais relativos à liberdade de imprensa e de expressão; outro caso importante foi o julgado que determinou a extensão dos direitos políticos dos candidatos que respondiam a processos criminais³⁷ e, por fim, os debates que serão travados no âmbito da ADPF 54/DF, no que tange à antecipação do parto de fetos anencéfalos, a decidir o conteúdo do direito à vida, liberdade de disposição do corpo da mulher e do crime de aborto³⁸.

3 ALTERAÇÕES NO PARÂMETRO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS: A HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS QUE VERSAM SOBRE DIREITOS HUMANOS

Os direitos fundamentais exercem um importantíssimo papel na jurisdição

de constitucionalidade, a decisão final declarará, ou não, “a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo” (art. 11 da Lei nº 9.882/99). Neste caso, incide a mesma orientação aplicada em relação à ação direta de inconstitucionalidade, no sentido de restar prejudicada a demanda quando não mais estiver em vigor a lei ou ato normativo do poder público ora impugnado” (STF, Decisão Monocrática, ADPF nº 49, DJ 08/02/2008, Rel. Menezes Direito)

³⁶ Ainda que tenha sido arquivada, é importante ressaltar a emblemática manifestação do Min. Celso de Mello na ADPF 45/DF, DJ 04/05/04., no que diz respeito ao dever do estado a prestações positivas no que tange à efetividade dos direitos sociais.

³⁷ ADPF 144/DF, Rel. Celso de Mello, DJe 26/02/10. Não obstante entendermos equivocado o decidido pelo Tribunal, não podemos deixar de destacar a importância do julgado. No sentido contrário à tese vencedora, é merecedor de atenção o voto do Min. Carlos Britto.

³⁸ Ainda que tenha sido convertida em ADI, não podemos deixar de destacar a ADPF 178/DF proposta a dar interpretação conforme ao art. 226 da CF/88, no intuito de reconhecer as uniões homoafetivas como entidade familiar.

constitucional, especialmente no que concerne o modo em que tais direitos são considerados como parâmetro para fiscalização da constitucionalidade das leis.

Dentro dessa perspectiva, um dos exemplos mais expressivos do impacto dos direitos fundamentais no funcionamento da jurisdição constitucional³⁹, está na experiência francesa, onde o Conselho Constitucional, outrora limitado materialmente na realização do controle de constitucionalidade preventivo, em 1971, incorporou no bloco de constitucionalidade (parâmetros de controle) o preâmbulo da Constituição de 1958 (que continha referências à declaração dos direitos do homem de 1789 e ao preâmbulo da Constituição de 1946), através dessa decisão, o Conselho passou a controlar plena e efetivamente a constitucionalidade das leis com relação a violações à direitos e liberdades (PEGORARO, 2004, p. 30-31). Favoreu (2004, p. 99) fala em uma verdadeira revolução, quando o conselho constitucional reconhece força normativa ao preâmbulo da constituição de 1958, porquanto em seu texto continha poucas normas relativas aos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, caso o conselho se limitasse ao próprio texto da carta francesa, pequeno seria o desenvolvimento do controle da constitucionalidade de leis que pudessem violar tais direitos. Por conta desse alargamento do parâmetro do controle de constitucionalidade, ainda de acordo Favoreu (idem, p. 101), o número de liberdades políticas aumenta a cada ano, especialmente, nas seara do direito penal e processual penal.

Não bastassem essas considerações, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos passam a se configurar como norma de referência para a constitucionalidade das leis e de outros instrumentos de direito internacional, o que importa num importante e considerável redimensionamento dos parâmetros para aferição da constitucionalidade de uma lei doméstica, assim como põe em cheque a idéia de constituição como último parâmetro normativo, ou que os direitos fundamentais estivessem limitados em seu texto.

Não por outra razão, o STF considerou Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), vigente em nosso direito interno através do Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992, bem como todos os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos promulgados sem atenção ao quorum

³⁹ Ainda que em momentos diferentes, o impacto dos direitos fundamentais na prática da jurisdição constitucional pode ser sentida nos Estados unidos, pois, mesmo que em 1810 outra decisão tenha confirmado aquela de 1803, o *judicial review* veio apenas a se consolidar alguns anos após a guerra civil com a promulgação da *Bill of Rights* (emendas da guerra civil). Ademais, importante ressaltar a doutrina da incorporação, que determinava que os legisladores locais tinham de respeitar tal declaração de direitos (PEGORARO, 2004, p. 34).

exigido pelo § 3º, art. 5 da CF/88, como norma de caráter supralegal⁴⁰. Ademais, conforme iterativa jurisprudência do Pretório Excelso, era possível controlar a constitucionalidade de tratados internacionais em face de seu caráter infraconstitucional, adquirido quando de sua incorporação como lei ordinária, através do decreto legislativo e presidencial⁴¹. No entanto, esse entendimento se restringirá apenas aos tratados que não versem sobre direitos humanos, que passarão a ser parâmetro e não objeto de controle⁴².

4 A REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE CONCENTRADO

O papel desempenhado pelo AGU no controle de constitucionalidade, desde cedo, provocou inúmeros debates na doutrina, por conta de sua atribuição de defensor do ato impugnado como inconstitucional. Sem prejuízo de outros autores que trataram do tema, foi Gilmar Mendes (1990) quem teceu as mais acuradas críticas acerca das funções do AGU na fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis⁴³.

⁴⁰ RE nº 349.703/RS, DJe 05/09/2009, Rel. Min. Carlos Britto: *PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).*

⁴¹ (...) *CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa (...)* (STF, pleno, ADI-MC 1.480/DF, Rel. Celso de Mello, DJ 18/05/2001).

⁴² Quanto à discussão acerca da hierarquia normativa dos tratados que versam sobre direitos humanos, cf. os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello no RE 466.343/SP, DJe 05/06/2009.

⁴³ De acordo com o art. 103, § 3º da CF/88: *Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. É importante lembrar que não são exigida a defesa do AGU,*

De acordo com o referido autor (1990, p.260-261) duas questões importantes devem ser levantadas quanto às características da intervenção do AGU no processo objetivo concentrado: a defesa de atos de outros entes federativos e, especialmente, a defesa de atos impugnados pelo próprio presidente da República.

Quanto à última questão, o autor pondera que uma interpretação há de ser feita para que o AGU não tenha de defender o ato que ele mesmo ajudou a impugnar, enquanto órgão representativo da união e de assessor jurídico do Poder Executivo. Portanto, tendo em vista que o seu papel não é o de Advogado da inconstitucionalidade, a atuação da AGU é do exercício de um direito de manifestação, para efeitos de contraditório⁴⁴.

Não obstante essas considerações, a jurisprudência inicial do STF acerca do tema era inflexível quanto às funções desempenhadas pelo AGU. Nesse sentido, atuando como verdadeiro curador da norma infraconstitucional – *defensor legis* – e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade no âmbito do sistema jurídico, não cabe ao Advogado-Geral da União ostentar posição processual a ela contrária, sob pena de frontal descumprimento *domunus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República. Nem se diga, finalmente, que, por ser de origem estadual a norma ora impugnada, não assistiria ao Advogado-Geral da União o encargo de defender-lhe a validade e a integridade jurídicas⁴⁵.

O Tribunal, posteriormente, começa a temperar seu entendimento quanto à defesa do AGU de atos impugnados que violam consolidada jurisprudência do Tribunal⁴⁶. Conforme o salientado pelo Min. Maurício Correa, a obrigatoriedade de que o AGU defenda todos os atos que são trazidos à fiscalização do Tribunal é desarrazoada, uma vez que o PGR poderá, por vezes, assumir esse papel, quando de suas manifestações. Ademais disso, não poderia o Advogado-Geral da União defender um ato que contraria a interpretação do guardião da

nos termos do artigo descrito, nos casos de ADI por omissão (ADI 23-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, , DJ de 1/09/89; ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, , DJ de 30/05/03).

⁴⁴ No mesmo sentido se inclina Clermerson Cléve (2000 p. 181-182), salientando, inclusive, o curioso caso de o AGU, enquanto órgão que representa, juridicamente, os interesses da união, ter que defender lei estadual que invadiu competências exclusivas da União. Nesse passo, propõe a supressão do referido artigo, por conta da incontrastável antinomia existente entre a função do AGU de guardar a constitucionalidade e proibidade dos atos da união e, ao mesmo, tempo, defender os atos inconstitucionais (mesmo de outros estados membros), assim como do poder de manifestação conferido às autoridades tidas como requeridas apresentarem informações acerca do ato objeto da ação direta, que dariam conta do aspecto do contraditório.

⁴⁵ ADI 1.350, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/08/96. O AGU nem mesmo poderia se posicionar contra ato estadual impugnado, sob pena de frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República. De acordo com o último entendimento, cf. ADI 1.254-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ 19/09/97.

⁴⁶ ADI 1.616, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 24/08/01.

Constituição que o mesmo jurou, também, defender.

Por fim, um recente precedente pode redimensionar o papel da AGU nos processos objetivos da ação declaratória de inconstitucionalidade. Nos autos da ADI 3.916/DF, DJe 19/02/09, da Relatoria do Min. Eros Grau, em questão de ordem levantada pelo Min. Marco Aurélio, o mesmo ratificou que a defesa da lei impugnada seria obrigatória para o AGU. Todavia, encabeçado pelo Min. Gilmar Mendes, o Tribunal entendeu que a CF/88 concede ao AGU o direito de manifestação. A fundamentação foi a de que o órgão se colocaria na situação contraditória e desconfortável de defender um ato contrário ao interesse da União, vulnerando sua função primordial de defensor dos seus interesses (CF, art. 131), bem como as defesas dos atos impugnados devem ser feitas pelos agentes requeridos na ação. Além disso, o Min. Cezar Peluso apontou um problema de ordem prática, qual seja: a falta de competência da Corte para impor-lhe qualquer sanção quando assim não procedesse (na omissão de defesa ou de uma defesa inconsistente), em razão da inexistência de previsão constitucional para tanto, em suma, não existiriam sanções de caráter processual aptas à coagir o AGU a defender atos manifestamente inconstitucionais.

Por essa razão, o AGU não pode mais ser visto como simples curador da constitucionalidade da lei impugnada, porquanto tal função seria contrária ao seu papel principal erigido na Constituição, o de defensor dos interesses da união em juiz e assessorar a presidência da República. Portanto, o AGU se configura como um órgão governamental que defende, antes de mais, nada a higidez da constituição e oficia nos processos objetivos de controle de constitucionalidade como sujeito processual autônomo, designado pela Constituição a defender os interesses do Poder Executivo Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, podemos observar que há uma constante evolução na jurisprudência do STF a respeito do objeto do controle concentrado, em alguns casos, inclusive, sujeitos à possível alteração acerca do entendimento jurisprudencial da corte, como no caso das leis e atos de efeitos concretos. Muito embora alguns posicionamentos do Tribunal, ao nosso sentir, e de parcela da doutrina, não sejam os melhores a serem seguidos para a devida proteção da Constituição, como no caso da impossibilidade de proposição de ADI para questionar direito anterior à Constituição vigente. Ainda assim, inúmeros atos do poder públicos estão sujeitos

ao juro do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF, como, por exemplo: Emendas Constitucionais, Medidas Provisórias, Atos que violam preceitos fundamentais etc.

Ademais, é oportuno observar a crescente importância que vem desempenhando a ADPF no sistema de controle de constitucionalidade, em função da abertura de seu objeto. Atualmente, grandes e importantes decisões que dizem respeito aos desígnios mais importantes na seara dos Direitos Fundamentais de nossa Carta Cidadã são decididas no bojo das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, porquanto suas hipóteses de cabimento são por demais amplas, incluindo, inclusive interpretação dos tribunais superiores.

A incorporação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos como normas supraleais, ou seja, que estão abaixo da constituição, mas acima de todo o restante do ordenamento jurídico, determinam o redimensionamento das considerações acerca da regra da parametricidade última da constituição, uma vez que, em nosso país, por conta da decisão do STF no RE 466.343 /SP, para se aferir a constitucionalidade de uma lei, deve-se observar o disposto nos tratados internacionais de direitos humanos nos quais o Brasil é signatário.

Por fim, o STF deu fim a uma celeuma doutrinária que se remonta à promulgação da constituição federal e diz respeito ao papel do AGU no controle concentrado de constitucionalidade. Decidiu nossa Suprema Corte que o AGU não está jungido à defesa de atos que considera inconstitucionais, especialmente, se já houver manifestação do tribunal nesse sentido ou quando se tratarem de atos que se põem contra interesse da União. Nesse sentido, o AGU apenas exerce um direito de manifestação nas ADI's.

Em conclusão, podemos afirmar que o controle de constitucionalidade, dentro de sua riqueza de nuances e reviravoltas, está em constante evolução e desenvolvimento. Muitas questões ainda restam pouco desenvolvidas e carecem de respostas satisfatórias, como por exemplo: a verdadeira natureza do processo objetivo no Brasil, qual a natureza jurídica da Reclamação Constitucional, o que é o efeito vinculante e se ele se estende às decisões no controle difuso de constitucionalidade, qual a verdadeira função dos *amici curiae* (ajudam a corte ou alguma das partes?).

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**. Saraiva: São Paulo, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: SAFe, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Bahia: Jus Podium, 2007.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2007.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e outros Problemas**. Brasília: Ministério da justiça, 1997.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; COLARES, Patrick Menezes. A argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o direito anterior à Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 39, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p.251-266.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. Saraiva: São Paulo, 1990.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEGORARO, Lucio. **La Justicia Constitucional**: Una perspectiva comparada. Madrid: Dykinson, 2004.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Saraiva: São Paulo, 2001.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.