

**RENAN GUEDES SOBREIRA**

**LEGITIMIDADE DO CIDADÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:  
UMA QUESTÃO DE DEMOCRACIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Eneida Desiree Salgado.

**CURITIBA**

**2012**

## TERMO DE APROVAÇÃO

RENAN GUEDES SOBREIRA

### **Legitimidade do Cidadão no Controle de Constitucionalidade: Uma Questão de Democracia**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora.

---

**ENEIDA DESIREE SALGADO**

Orientadora

---

**CLÈMERSON MERLIN CLÈVE**

Primeiro Membro

---

**MELINA GIRARDI FACHIN**

Segundo Membro

## AGRADECIMENTOS

Um percurso que se finda impõe ao caminhante a análise de sua jornada, sendo possível identificar os inúmeros traçados que se reuniram para formar o que se chamou trajeto. Nessa perspectiva, identifica-se o ponto de partida e o local de aporte, sem que este constitua, necessariamente, um fim.

O olha retrospectivo do viajante rememora as agruras e benesses do caminho, sendo ambas motivo de contentamento: quanto às primeiras, pela superação; quanto às segundas, pelo afago trazido e revivido a cada instante.

Assim, ao cabo desta viagem, deseja-se trazer à memória os momentos de alegria da longa senda.

Doutra maneira não poderia ser o principiar se não agradecendo Àquele por meio do qual tudo o que se fez foi possível, pois até aqui tem me ajudado.

A Ele, segue-se à família que, generosamente, foi-me dada: Gerson, Jane, Raquel, Maria Gabriela e, mais recentemente, a pequena Laura, pessoas com quem tenho compartilhado tudo quanto me ocorre e de quem tenho recebido tanto afeto quanto é possível e imerecido.

Ainda, ao desembargador Onésimo Mendonça de Anunciação por ter me, em suas palavras, “iniciado nas leis de Deus e nas leis dos homens”, o reconhecimento constrangido de quem muito recebeu de suas mãos, permanecendo longamente seu devedor.

Ao desembargador Luiz Antonio Barry agradeço pela acolhida sincera e cordial em seu gabinete, pela disposição sempre vivaz em ensinar e corrigir.

Aos colegas de Tribunal de Justiça, Jacir Baron, Dirceu José Wosniak, Alberto Koji Arasaki, Danilo da Silva Vieira Paradelas, que me receberam abertamente e me ajudaram ou ainda auxiliam no crescimento cotidiano.

São necessários agradecimentos aos mestres que na estadia acadêmica têm sido suporte intelectual e moral, interessados companheiros nos mais diversos assuntos: professor Eduardo de Oliveira Leite, pelo brilhantismo acomodado em cordialidade e humildade rotineiras no ensinar; professor Celso Ludwig, por mostrar com singeleza convidativa o vasto mundo do conhecimento para além do Direito; professor Ricardo Marcelo Fonseca, pelas conversas e conselhos paternais; professora Vera Karam de Chueiri, por me apresentar o deslumbrante mundo do

Direito Constitucional; professor Clèmerson Merlin Clève, pela paixão contagiante no lecionar do constitucionalismo; professor Rodrigo Kanayama, pelas sugestões de pesquisa e prontidão à ajuda; professor Sérgio Cruz Arenhart, por me indicar o caminho processual mais adequado e dispor de livros à análise.

Enfim, cabem agradecimentos à orientadora, professora Eneida Desiree Salgado que me apresentou à Teoria Geral do Estado e à Ciência Política, ao Direito Eleitoral, ao Constitucionalismo Latino Americano e à aspereza da pesquisa científica. É inestimável a gratidão pela disposição diuturna, real e virtual; pela longanimidade nos debates, dúvidas, crises e direcionamentos; por ofertar-me sua estante de livros, sem impor limites para devolução; pelo bom humor que tornou leve a orientação alardeamente pesada; por indicar vários caminhos, sem impor quaisquer desses; por acreditar e fazer-me acreditar que é possível, ainda que as barreiras se levantem e sejamos os únicos que as podem transpor.

*Posso perguntar a meu livro  
se é verdade que eu o escrevi?*

Pablo Neruda

*Para os europeus, a América do Sul é um  
homem de bigodes com um violão e um  
revólver – brincou o médico, rindo sobre o  
jornal. – Não entendem nossos problemas.*

Gabriel García Márquez

*A teoria constitucional da democracia  
participativa é, portanto, o artefato político e  
jurídico que em termos de identidade há de  
criar entre nós o Brasil do povo, o Brasil da  
democracia nacional e nacionalista, o Brasil  
que nos sonegaram.*

Paulo Bonavides

## RESUMO

O princípio democrático é elemento nuclear do texto constitucional, informando-o em todos seus aspectos. Nesse sentido, reafirmar a democracia é corroborar a Constituição, o que é constantemente necessário em vista das ameaças que surgem rotineiramente. Diante dessa necessidade, o controle de constitucionalidade se revela instrumento assaz eficaz, contudo, carente de democratização. A análise do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, em cotejo com os modelos mexicano e colombiano, revela nuances interessantes e a possibilidade de inserção de instrumentos de democratização, sendo a democracia entendida em seu sentido mais amplo de acesso do cidadão aos instrumentos públicos. Nessa senda é que se apresentam propostas teóricas e materiais para a realização do objetivo proposto.

**Palavras chave:** Direito constitucional – controle de constitucionalidade – direito comparado – democracia – democratização – legitimidade.

## **ABSTRACT**

The democratic principle is a nuclear element of the constitutional text, informing it in all its aspects. In this reasoning, reaffirm the democracy is the same as corroborating the Constitution, which is constantly necessary, considering the threats that appear every day. So, the judicial review became an incisive instrument, although it needs to be democratized. The analysis of the Brazilian judicial review model, compared to the Mexican and Colombian judicial review models, reveals interesting shades and the possibility of insertion of democratization instruments, if the democracy is understood in its broader sense of citizen access to public instruments. In this direction, theoretical and material proposals are presented to achieve the proposed objective.

**Keywords:** Constitutional Law – judicial review – comparative Law – democracy – democratization – legitimacy.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1.VISÃO GERAL SOBRE MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	4
1.1. O Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	4
1.2. O Controle de Constitucionalidade no Direito Comparado.....	15
<b>2.AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO MODELO BRASILEIRO</b> .....	30
2.1. Lei nº 9868/99.....	30
2.2. Lei nº 9882/99.....	39
<b>3.PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DO MODELO BRASILEIRO</b> .....	50
3.1. Possibilidade Teóricas.....	50
3.2. Possibilidades Práticas.....	53
<b>CONCLUSÃO</b> .....	59
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	61



## INTRODUÇÃO

Tratar da Constituição é abordar o conjunto normativo mais caro da nação, é tanger o ápice do ordenamento jurídico, concebendo que a “Constituição é o documento inaugural do Estado, que o cria ou recria, organizando-o e estabelecendo seus fundamentos. Como norma hierarquicamente superior, ápice da pirâmide normativa, na difundida imagem proposta por Hans Kelsen”<sup>1</sup>.

Sendo cume e fundamento, razão de gênese estatal, é suprema e encontra-se constantemente exposta podendo ser hodiernamente infringida. A “supremacia decorre de razões políticas e jurídicas poderosíssimas (estabilidade do Estado e da ordem jurídica, segurança dos direitos civis e políticos dos indivíduos),” e sua exposição faz “imprescindível” que a Constituição crie um “*sistema ou processo adequado de sua própria defesa*”<sup>2</sup>.

Ao entorno da Constituição existem constantes ameaças à sua integridade, um jogo de poderes – políticos, econômicos e sociais – que potencialmente lhe afetarão. Uma letra constitucional firme, alicerçada fortemente, dotada de mecanismos protetores não fica à mercê das intempéries que lhe rodeiam, mas exerce auto defesa: assim é o controle de constitucionalidade.

Paralelamente a esta visão que parte de dentro da Constituição para seu exterior, é preciso atentar ao lado inverso e indagar-se o que o espectador que lhe contempla de fora vê dentro dela.

O espectador percebe nela valor central que informa toda a ordem constitucional, um princípio demiúrgico, um “valor constitucional primário (*gene*)” que “mantém com a Constituição, mais que uma relação de pertinência, **uma relação de inerência: ele é ela mesma, ela mesma é ele**”<sup>3</sup>.

O princípio que anima a Constituição, sua alma, é o que o espectador atento busca enxergar, a fim de compreender a atuação constitucional. Se o homem age

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Hipótese de cabimento. Decreto estadual anterior à Constituição de 1988 vinculando remuneração de servidores ao salário mínimo*. IN: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. 2. Ed. Rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 396.

<sup>2</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. GARCIA, Maria (atualizadora). **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 372.

<sup>3</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 182.

conforme o espírito que lhe alimenta, também assim a Constituição, sendo, portanto, necessária sua perquirição.

Assim, a questão se desloca: “que valor-contidente é esse? Que nome dar a um princípio que se coloca, sobranceiro, à frente de toda a principiologia constitucional?”<sup>4</sup>

Ora, “se o princípio por excelência é o que mais repassa a sua materialidade para os outros, o que mais se faz presente na ontologia dos demais princípios, **esse megaprincípio é o da Democracia**”<sup>5</sup>, é este elemento que o espectador externo vê no centro da Constituição, é com este que ele a identifica.

Uma verdadeira Constituição tem em seu âmago o princípio democrático a pulsar: do contrário, perdida sua alma, será apenas espectro formalmente constitucional. A democracia deve informar tudo aquilo que emana da Constituição, inclusive seus mecanismos de defesa, seus braços estendidos à sociedade.

Resta delimitar o que é democrático nesse sentido. Sabe-se que “a palavra democracia é tão antiga quanto vital”, mas também “relativamente recente o sentido positivo atribuído ao termo democracia, o seu emprego eulogístico, que no nosso presente difundiu-se até mesmo numa dimensão planetária”<sup>6</sup>.

A Constituição Brasileira vigente adota posição “ambiciosa de democracia, caracterizada pelas noções de liberdade e igualdade, pela soberania popular e pelo pluralismo político, e informada profundamente pelo ideal republicano, pelo interesse público e pela responsabilidade dos cidadãos pelas decisões políticas”<sup>7</sup>.

Parece necessário entender a democracia “como pluralismo; a democracia como instrumento de seleção e de recâmbio da classe política; a democracia como trâmite da participação política dos sujeitos” que é “(apenas ilusoriamente simples, mas, na realidade, multifacetada e plural)”<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 183.

<sup>5</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 183.

<sup>6</sup> COSTA, Pietro. Soberania, Representação, Democracia: **ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 239.

<sup>7</sup> SALGADO, Eneida Desiree. O desenvolvimento democrático e os direitos fundamentais: levando o direito de petição a sério. IN: I Seminário Ítalo-Brasileiro, 2011, Curitiba. **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil 2011**. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 66.

<sup>8</sup> COSTA, Pietro. Soberania, Representação, Democracia: **ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 265.

Assim, o espectador externo vê no centro da Constituição a democracia, que é espelho da sociedade regida por aquela lei máxima, exibindo para o corpo social sua face e seus matizes.

O indivíduo que meramente contemplava a Constituição, passa a ser seu ator, a mover-se no espaço por essa posto e protegido pelos mecanismos de controle, dando imagem ao princípio democrático que se encontra no cerne constitucional.

Conjugando-se os panoramas de ambos os seres videntes – o de dentro e o de fora – é se fixar um norte na análise que se segue: os mecanismos de defesa, no caso, o controle de constitucionalidade é algo imprescindível à Constituição, e, ao mesmo tempo, deve ser democrático, deve ser informado pela narrativa libertária de democracia que é o próprio texto constitucional<sup>9</sup>.

Nessa centelha o presente trabalho percorre os modos de controle de constitucionalidade brasileiro, mexicano e colombiano a fim de perquirir a existência da necessária relação destes com a democracia. Trajeto de estradas estreitas e alargadas, constantemente a serem construídas e reformadas, elementos que se procurarão exibir.

Auxiliando nesta jornada, lançar-se-á ao estudo a partir das frentes de atuação estatal, ou seja, como cada um dos três poderes age no controle de constitucionalidade. Afastaram-se as clássicas partições classificatórias do tema em virtude do que se propôs: não se pretende esgotar a temática ou empreender estudo quanto a origens históricas, mas se deseja aferir o alcance do princípio democrático nos mecanismos de defesa da Constituição.

Ao cabo, apresentar-se-ão propostas para a realização do princípio democrático no controle de constitucionalidade, de aplicabilidade em território brasileiro, a partir de nossas instituições e viabilidades teóricas.

---

<sup>9</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. IN: MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 50.

# 1. VISÃO GERAL SOBRE MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

## 1.1 O Controle de Constitucionalidade no Brasil

Principiar pelo Brasil revela dois objetivos: o primeiro, fazer uma análise sincera de nós mesmos, pontuar nossos avanços e retrocessos a fim de perceber o quanto se deve comemorar e quanto ainda se tem por fazer; o segundo, lançar parâmetros comparativos para o rápido pontuar de direito estrangeiro que se segue.

Inicialmente será analisado o papel dos órgãos de soberania no modelo de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição de 1988.

As casas legislativas – Senado, Câmara dos Deputados, Assembleias estaduais e Câmaras de vereadores – devem atuar “evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico”<sup>1</sup>. Sua atividade de controle constitucional mais pujante se dá quando da feitura da lei, no curso do processo legislativo, sendo, considerada, portanto, prévia à vigência do ato normativo.

Neste caso, o controle de constitucionalidade é realizado dentro das comissões imbuídas desta atividade, que são órgãos compostos por parlamentares investidos do dever de emitir pareceres sobre a constitucionalidade dos projetos de leis a serem apresentados.

A Constituição Federal determina que as Casas do Congresso Nacional fixem suas comissões, art. 58, o que é feito a nível de estatutos internos. No caso do Senado Federal<sup>2</sup> e da Câmara dos Deputados<sup>3</sup>, há Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

No estado do Paraná, simetricamente, a Constituição Estadual determina a criação de comissões no seu art. 62, o que é atendido no Regimento Interno da Assembleia Legislativa<sup>4</sup> com a criação da Comissão de Constituição e Justiça.

---

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 581.

<sup>2</sup> Art. 72, III, com competência regulada pelo art. 101 do Regimento Interno do Senado Federal.

<sup>3</sup> Art. 32, IV do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

<sup>4</sup> Art. 30, III, com competência regulada pelo art. 33-A do Regimento Interno da Assembleia Legislativa. Interessante atentar que a Constituição Estadual é datada de 1989, mas este Regimento Interno somente tratou da questão com a Resolução nº3 de 2011. O lapso temporal é tamanho que

A Câmara de Vereadores de Curitiba, ainda que sem previsão direta na Lei Orgânica do Município, cria com seu Regimento Interno a Comissão de Legislação, Justiça e Redação<sup>5</sup>, cuja função precípua é de averiguar a regularidade constitucional das proposições legislativas.

Ainda se percebe a atuação repressiva do Poder Legislativo em controle de constitucionalidade quando este deixa de converter em lei, por considerar inconstitucional, medida provisória.

O controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo apresenta certo problema em razão de sua natureza política. Considere-se, por exemplo, que a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou 118 projetos de lei em aproximadamente três minutos em tons zombeteiros como “Os deputados que forem pela aprovação, a favor da votação, permaneçam como se encontram”, diante de um plenário com apenas um deputado<sup>6</sup>. Ainda há casos de aprovações “a toque de caixa e em votação simbólica”<sup>7</sup>.

A displicente tratativa do tema, bem como a mobilidade política do Poder Legislativo, podem comprometer o controle de constitucionalidade imparcial, que vise exclusivamente seu real propósito, que é a defesa da constituição.

O Poder Executivo opera, centralizadamente, lançando veto por inconstitucionalidade a projetos de leis aprovados pelas casas legislativas, ou seja, de maneira prévia à vigência da lei que pode afrontar a Constituição.

De maneira repressiva e difusa, pode agir nas instâncias administrativas de julgamento, por exemplo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais a fim de realizar a verificação de legalidade ou ilegalidade, constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo entendimento doutrinário<sup>8</sup>, de atos em matéria tributária.

---

chega a ser questionável a regularidade constitucional das leis aprovadas sem o parecer da comissão pertinente.

<sup>5</sup> Art. 47, I, com competência regulada pelo art. 52, I do Regimento Interno da Câmara dos Vereadores.

<sup>6</sup> Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1172445>> Acessado em 15.08.12

<sup>7</sup> Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?tl=1&id=1203837&tit=CCJ-da-Camara-aprova-criacao-de-69-varas-trabalhistas>> Acessado em 15.08.12.

<sup>8</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger. Controle da Constitucionalidade pelo Poder Executivo. In: Misabel Abreu Machado Derzi. (Org.). **Separação de Poderes e Efetividade do Sistema Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 211 - 233.

A doutrina apontada, entretanto, confronta entendimento sumulado do referido Conselho<sup>9</sup> e com Portaria do Ministério da Fazenda<sup>10</sup>, sendo tema de intenso debate.

Entretanto, é entendimento assente nos órgãos julgadores administrativos que compete exclusivamente ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade a *posteriori*, além do fato de que o Poder Executivo deve meramente aplicar a legislação em atenção ao princípio da legalidade, juridicidade.

Já para a doutrina mencionada<sup>11</sup>, o princípio da legalidade deve ir além de sua formalidade – sendo lei, necessária aplicação –, mas é preciso aprofundar-lhe o sentido, dando-lhe materialidade, pois o Poder Executivo “antes de estar jungido à lei está jungido à Constituição e aos postulados da justiça”<sup>12</sup>. Além disso, deve-se considerar que a competência do Poder Judiciário para realizar controle de constitucionalidade não é excludente daquela das demais frentes de poder estatal, eis que todos concorrem para a salvaguarda da Constituição.

Corroborando o entendimento que confere materialidade ao princípio da legalidade, deve-se recordar que “o princípio da juridicidade somente pode ser encontrado, em sua feição mais madura e democrática, no Estado de Direito”<sup>13</sup>, pois este “veio dar conteúdo de Justiça material onde esta faltava pelo primado ou pela exclusividade do valor da forma sobre todas as coisas”<sup>14</sup>.

Considerando, portanto, a materialidade do princípio da legalidade, bem como o dever compartilhado por toda a sociedade de defesa da Constituição, revela-se mais adequado o posicionamento permissivo ao controle de constitucionalidade de modo difuso pelo Poder Executivo.

---

<sup>9</sup> Súmula nº 2 – “O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”.

<sup>10</sup> Portaria MF nº 256 de 22.06.09, art. 62 – Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

<sup>11</sup> Retoma-se a doutrina já citada, pois, dentre a bibliografia analisada, esta é a única a defender tal posicionamento.

<sup>12</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger. Controle da Constitucionalidade pelo Poder Executivo. In: Misabel Abreu Machado Derzi. (Org.). **Separação de Poderes e Efetividade do Sistema Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 229.

<sup>13</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.70.

<sup>14</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.73

Entenda-se que o exemplo dado, em matéria tributária, deve se estender, sempre que cabível a outras instâncias em que o controle de constitucionalidade seja viável pela administração pública.

Interessante notar que o Poder Executivo é responsável pela edição de vários atos inconstitucionais, mas sua atuação como controlador de constitucionalidade é bastante rarefeita. Em verdade, sua atuação costuma se dar em situações em que são potencialmente afetados elementos sobremaneira sensíveis<sup>15</sup>.

O controle por essa frente de atuação estatal é vantajosa pelo fato de seus agentes serem eleitos democraticamente, o que confere maior legitimidade às suas ações. Adverte-se que a mera eleição é pálida idéia de participação democrática, distante da proposta constitucional. Ainda que integre a democracia não a esgota, de modo que esta modalidade principia na senda democrática, mas ainda carece de melhoramentos.

Caso a espécie legislativa que vai de encontro à Carta ultrapasse as barreiras prévias e adquira vida no ordenamento jurídico, caberá precipuamente ao Poder Judiciário extirpá-la, sendo que este pode “declarar a inconstitucionalidade de

---

<sup>15</sup> Mensagem de Veto 212/12 ao Projeto de Lei 1.876/99 (art. 76 – “O dispositivo fere o **princípio da separação dos Poderes** conforme estabelecido no art. 2º, e no caput do art. 61 da Constituição Federal ao firmar prazo para que o Chefe do Poder Executivo encaminhe ao Congresso Nacional proposição legislativa.”). Mensagem de Veto 664/90 ao Projeto de Lei 97/89 (art. 39, X – “O **princípio do Estado de Direito** (CF. art. 1º) exige que as normas legais sejam formuladas de forma clara e precisa, permitindo que os seus destinatários possam prever e avaliar as conseqüências jurídicas dos seus atos. É, portanto, inconstitucional a consagração de cláusulas imprecisas, sobretudo em dispositivo de natureza penal.”). Mensagem de Veto 07/12 (Projeto de Lei 6.822/10, que “Regulamenta o exercício das profissões de Catador de Materiais Recicláveis e de Reciclador de Papel” – “A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XIII, assegura o **livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão**, cabendo a imposição de restrições apenas quando houver a possibilidade de ocorrer algum dano à sociedade. Além disso, no caso específico, as exigências podem representar obstáculos imediatos à inclusão social e econômica dos profissionais, sem que lhes seja conferido qualquer direito ou benefício adicional, uma vez que as atividades relacionadas aos catadores já estão definidas na Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, permitindo o reconhecimento e o registro desses profissionais.”). Mensagem de Veto 345/06 (Art. 40 – A Lei 9.504/97 – “A proposta, além de criar a possibilidade de se punir alguém com as penas de um crime eleitoral sem que o autor tenha qualquer atividade eleitoral direta, é evidentemente desproporcional, posto que a pena aplicável não se relaciona ao fato objetivamente cometido – imputar falsamente a outrem conduta vedada naquela lei. Tal situação não pode se sustentar frente ao atual sistema jurídico-penal brasileiro, que se configura como um direito penal do fato. Com efeito, a adequação de uma conduta à figura típica descrita no preceito legal é a causa de aplicabilidade da pena, sucedendo-se, pois, a sanção cabível. A sanção deve ser estabelecida pela própria norma criminalizadora, como forma de individualizá-la, e nunca variar de acordo com elementos alheios à própria conduta descrita pelo tipo. A sistemática adotada não se coaduna com a exigência do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição ‘**não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal**’, pois não especifica a pena aplicável à conduta.”

lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.”<sup>16</sup>.

Saliente-se que, embora a atuação judicial precipuamente se dê quando a espécie normativa já se encontra promulgada, há hipótese de manifestação ainda no curso do processo legislativo, que, segundo Paulo Dantas<sup>17</sup>, é o único modo de controle de constitucionalidade judicial prévio.

Trata-se da situação de mandado de segurança impetrado por parlamentar contra ato que afronte o devido processo legislativo. Se na esfera legislativa federal, o *mandamus* deve ser apresentado ao Supremo Tribunal Federal, se na esfera estadual, perante o Tribunal de Justiça.

Quando do julgamento do Mandado de Segurança 23.914, o Ministro Maurício Corrêa salientou que a Corte admite “a legitimidade dos parlamentares para impetrar mandado de segurança fundamentado na ilegalidade ou inconstitucionalidade do andamento do processo legislativo”, posicionamento que corrobora o julgado do Mandado de Segurança 20.257, da relatoria do Ministro Décio Miranda que verificara que a “a inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição”<sup>18</sup>.

Paulo Dantas ainda faz atentar que, conforme jurisprudência da mais alta corte nacional, “*somente os parlamentares podem manejar mandado de segurança para garantia do devido processo legislativo*”<sup>19</sup>.

Quando a espécie normativa já vigora, o Poder Judiciário atua em via incidental, quando no curso de um processo qualquer, e em via principal. Na primeira, o feito deve ter seu prosseguimento interrompido para análise do incidente levantado, eis que questão prejudicial; na segunda, o objeto principal da ação intentada é a constitucionalidade da lei ou ato do poder público.

Incidentalmente, depende-se do processo ordinário que impinge diversos ônus ao litigante, como o tempo para obtenção de resultado e os custos do processo

---

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

<sup>17</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>18</sup> Voto proferido no Mandado de Segurança nº 23.914 pelo Ministro Maurício Correa.

<sup>19</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 177 (destaque no original).



e de advogados, além de fatores jurídicos que reduzem o impacto dessas decisões no âmbito da democracia constitucional, como a carência de efeitos *erga omnes* que impeçam, definitivamente, a utilização de norma inconstitucional.

Entretanto, tem-se sustentado em controle difuso que os efeitos da decisão devem ser modelados, conforme a necessidade revelada pelo contexto fático apresentado para julgamento. O Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, consignou que “o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos”.

No caso do recurso extraordinário 197.917, o Ministério Público Estadual de São Paulo ingressara com ação civil pública contra a Câmara Municipal do Município de Mira Estrela, objetivando reduzir o número de vereadores, sob o entendimento de que o art. 6º, parágrafo único da Lei Orgânica do Município, violava a proporcionalidade estabelecida pela Constituição Federal, art. 29, IV.

Obtendo sempre a parcial procedência do pleito, o Ministério Público Estadual de São Paulo, ingressou com recurso extraordinário alegando novamente ofensa à proporcionalidade.

Dando provimento ao recurso, mas sem tratar abertamente do tema, o Ministro Maurício Corrêa limitava os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade a um momento futuro, eis que em caso de retroação haveria violação à segurança jurídica, conforme restou ementado.

Em voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes aclarou academicamente a situação, propondo, então, solução prática de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade para o futuro, pois “os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade”.

Recorde-se ainda que a teoria dos efeitos transcendentais tem sido estendida ao controle de constitucionalidade difuso, conferindo maior efetividade a este.

Segundo a teoria mencionada, não só o dispositivo do que restar decidido faz coisa julgada, mas também seus fundamentos determinantes, vinculando, por formar orientação jurisprudencial, todo julgador.

O Ministro Celso de Mello registrou, quando do julgamento da ADI 3345, que os fundamentos determinantes do julgamento do recurso extraordinário 197.917 possuíam efeitos transcendentais, aplicáveis, eis que vinculantes, a outros casos.

Nota-se, portanto, que o controle difuso de constitucionalidade tem adquirido características daquele concentrado, como a modulação de efeitos e a força vinculante.

Contudo, dada a imensidão oceânica de possibilidades na via difusa, concentremo-nos na segunda.

No modo principal, as ações atinentes à Constituição Federal são julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude da competência fixada pelo art. 102, I, a e § 1º da CF. Aquelas referentes às Constituições Estaduais devem ser processadas pelo Tribunal de Justiça de cada ente da federação.

A Constituição Federal apresenta quatro ações principais: direta de inconstitucionalidade (ADI), declaratória de constitucionalidade (ADC), direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIOm), reguladas pela Lei n.9.868/99 e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), regida pela Lei n. 9.882/99.

As ações específicas serão abordadas no capítulo seguinte. Entretanto, antes de adentrar propriamente nisto, é preciso estabelecer duas distinções importantes.

A primeira é aquela entre a figura do terceiro e do *amicus curiae*. Em termos absolutamente genéricos, poder-se-ia afirmar que ambos são estranhos à causa, eis que não se tratam de partes.

Afirmção, contudo, insubsistente, eis que em controle de constitucionalidade não se tem efetivamente parte<sup>20</sup>, mas atos que estão sob análise para aferição de suas compatibilidades com a constituição. Nem mesmo em controle de constitucionalidade difuso haveriam partes, mas a mera análise se, naquele caso concreto, a norma viola ou não a Constituição. Neste caso, as partes seriam do processo principal e não do incidente de inconstitucionalidade.

---

<sup>20</sup> Segundo Ovídio Batista da Silva (**Curso de Processo Civil**. Vol. 1. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2008), parte é “aquele que pede contra outrem uma determinada consequência legal, ou aquele contra quem esta é pedida”, caso se limite o conceito ao processo contencioso, “inexistindo partes verdadeiras na chamada jurisdição voluntária”, conforme p. 186.

Ausente a parte no processo de controle de constitucionalidade, pode-se objetar que também inexistente intervenção de terceiros, pois esta ocorre quando um sujeito participa do feito “sem ser *parte* na causa, com o fim de auxiliar ou excluir os litigantes, para defender algum direito ou interesse próprio que possa ser prejudicado pela sentença”<sup>21</sup>.

Estando o conceito de intervenção de terceiros intimamente ligado ao de parte e sendo esta ausente no controle de constitucionalidade, não logra sentido em tratar do primeiro tema. Não há interesses próprios a serem prejudicados, mas somente a defesa da constituição.

Assim, o *amicus curiae* se distingue do terceiro interveniente, pois é “um *auxiliar do juízo*, que pode fornecer aos Ministros conhecimentos necessários para o adequado julgamento da causa”, não se limitando a aspectos técnicos, mas também se manifestando em matérias de “alta relevância política”<sup>22</sup>.

O *amicus curiae*, portanto, permanece externo ao processo de controle de constitucionalidade, não podendo manifestar-se sobre questões processuais ou mesmo de mérito, para além dos esclarecimentos que se pretende oferecer. Tanto assim, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o *amicus curiae* não possui legitimidade nem mesmo para opor embargos de declaração<sup>23</sup>.

Outro ponto que necessita esclarecimento antes de empreender-se o estudo das ações de controle de constitucionalidade é a diferença entre os efeitos das decisões.

---

<sup>21</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 209.

<sup>22</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 222.

<sup>23</sup> CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR AMICUS CURIAE. NÃO CONHECIMENTO. LEGITIMIDADE RECURSAL. INEXISTÊNCIA. I – **Esta Corte pacificou sua jurisprudência no sentido de que não há legitimidade recursal das entidades que participam dos processos do controle abstrato de constitucionalidade na condição de amicus curiae, “ainda que apótem aos autos informações relevantes ou dados técnicos”** (ADI 2.591-ED/DF, Rel. Min. Eros Grau). II - Precedentes. III – Agravo regimental improvido. (ADI 3934 ED-AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2011, DJe-061 DIVULG 30-03-2011 PUBLIC 31-03-2011 EMENT VOL-02493-01 PP-00001 RDECTRAB v. 18, n. 202, 2011, p. 196-199, grifei); ver também ADI 2359 ED-AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-01 PP-00196 RSJADV set., 2009, p. 50-51.

Há a advertência de que este tema “tem alimentado um debate doutrinário e jurisprudencial relativamente complexo, que envolve variáveis diversas”<sup>24</sup>. Entretanto, não se objetiva adentrar neste torvelinho argumentativo – já que o escopo deste trabalho é diverso –, mas se colocar idéias mais assentadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A inconstitucionalidade declarada impinge ao ato a sanção da nulidade. Fato decorrente logicamente da supremacia constitucional, eis que nada pode estar acima ou relativizar o texto que se diz supremo.

Tem-se, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade retroage ao momento de feitura do ato, fulminando-o de modo que este jamais existiu na ordem jurídica. Não tendo existido, não pode gerar efeitos. Identifica-se esta mobilidade temporal como eficácia *ex tunc*, sendo a habitual.

Este, aliás, é o posicionamento de Ruy Barbosa, que afirma a nulidade de atos que afrontam o texto constitucional, entendimento amparado no fato de que “onde se estabelece uma Constituição”, quando há violação “em direito equivale a cair em nulidade”<sup>25</sup>, sendo que esta declaração gera efeitos sobre “toda a existencia do acto, retroagindo até à sua decretação, e obliterando-lhe todos os efeitos”<sup>26</sup>.

Ampara-se a decretação de nulidade na supremacia hierárquica da Constituição, no fato desta ser o elemento de gênese de todo o ordenamento, não podendo a criação discrepar de seu artefato criador. O autor conclui que “ou havemos de admitir que a Constituição annulla qualquer medida legislativa, que a contrarie” ou se incidirá no fato de que “a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição”<sup>27</sup>.

Noutro viés, Hans Kelsen entende que “a decisão da Corte Constitucional pela qual uma lei era anulada tinha o mesmo caráter de uma lei ab-rogatória”<sup>28</sup>, sendo um verdadeiro “ato negativo de legislação”<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98 – 99.

<sup>25</sup> BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893, p. 42 – 43.

<sup>26</sup> BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893, p. 222.

<sup>27</sup> BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893, p.44

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305.

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 306.

Para Kelsen, sendo uma decisão de anulação e não de nulificação do ato inconstitucional, sua eficácia deveria ser apenas *ex nunc*, pois “enquanto a corte não tivesse declarado a lei inconstitucional, devia ser respeitada a opinião do legislador, expressa em seu ato legislativo”<sup>30</sup>.

Nota-se, portanto, as seguintes diferenciações: para Ruy Barbosa a declaração de inconstitucionalidade torna o ato nulo desde sua origem, por afrontar a norma máxima do ordenamento jurídico; para Hans Kelsen, o reconhecimento de inconstitucionalidade é mera atribuição dada ao Poder Judiciário, que não pode atingir o ato desde sua feitura, sob pena de invasão de competências do Poder Legislativo, portanto, atua como legislador negativo, revogando a norma que atinge a Constituição, gerando eficácia do momento da declaração em diante.

Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro tenha adotado o ideário propugnado por Ruy Barbosa<sup>31</sup>, de origem estadunidense, percebeu-se que de certas normas inconstitucionais dependiam diversos atos e mesmo fatos da vida cotidiana, sobretudo quando a espécie maculada persistia por longo tempo.

Afirmar que a declaração de inconstitucionalidade fazia a norma inexistente, portanto, sem quaisquer efeitos decorrentes, geraria enormes problemas de ordem prática e jurídica.

Assim, o artigo 27 da Lei nº 9868/99 afirma que a Corte pode restringir os efeitos de sua decisão ou transferir seu termo inicial, desde que hajam razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Logo, a decisão pode determinar que seus efeitos sejam gerados quando do trânsito em julgado, por exemplo, ou ainda a partir de certo prazo, que se conceda para que a vida social se adéqüe. A postergação dos efeitos da decisão é a dita eficácia *ex nunc*.

Certo é que a decisão deve especificar como os seus efeitos serão modulados, fluindo a partir de quando.

Ainda em se tratando de efeitos, é preciso verificar que se há tal divisão dos efeitos quanto ao tempo, também o há quanto aos atingidos e em que proporção.

---

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305.

<sup>31</sup> “entende-se que a declaração de inconstitucionalidade corresponde a uma declaração de nulidade da lei” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1292)

Eduardo Talamini e Luiz Rodrigues Wambier lecionam que “a qualidade de parte implica sujeição àquilo que for decidido no processo, de forma que os chamados efeitos subjetivos da coisa julgada alçarão a um e a outro dos sujeitos parciais”<sup>32</sup>.

Ovídio Baptista da Silva ensina que as partes são atingidas diretamente pela sentença, mas também terceiros pelos efeitos reflexos, sendo que “a estes a coisa julgada não atinge, mas as eficácias diretas da sentença refletem-se sobre a relação jurídica conexa, modificando-a ou mesmo fazendo-a desaparecer”<sup>33</sup>. Todavia, em se tratando de controle de constitucionalidade concentrado, todos os que se encontram submetidos àquela ordem constitucional que se preservou com o controle estão afetados pela decisão, é o chamado efeito vinculante.

A situação se altera quando se trata de controle de constitucionalidade difuso. Isto porque a decisão, conforme aventado, atinge somente aqueles envolvidos na relação processual, somente em face destes faz coisa julgada.

Afirma-se que a coisa julgada formal ocorre quando “proferida a sentença e exauridos os possíveis recursos contra ela admissíveis, não mais se poderá modificá-la, *na mesma relação processual*”, enquanto a coisa julgada material é “a estabilidade que torna a sentença indiscutível entre as partes, impedindo que os juízes dos processos futuros novamente se pronunciem sobre aquilo que fora decidido”<sup>34</sup>.

O artigo 469 do Código de Processo Civil arrola elementos que não fazem coisa julgada. O inciso primeiro traz os motivos; o inciso segundo, a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença.

Transportando tais idéias ao processo de controle de constitucionalidade, é de se concluir que os fundamentos adotados para a declaração não fazem coisa julgada.

Entretanto, a partir de entendimentos jurisprudenciais, que serão oportunamente abordados no capítulo seguinte, tem-se fixado a idéia da transcendência dos motivos determinantes, segundo a qual “é reconhecida eficácia

---

<sup>32</sup> TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil: **teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 156.

<sup>33</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.399.

<sup>34</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 380.

vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão”<sup>35</sup>.

Assim, o controle de constitucionalidade difuso, que outrora não possuía valor vinculante, pois sua coisa julgada se limitava às partes, passa a assumir a feição vinculativa do controle de constitucionalidade concentrado.

Como se advertiu, este assunto será oportunamente retomado. Feitas as observações preliminares, passa-se a breve explanação sobre o sistema de controle de constitucionalidade colombiano e mexicano. Após, retomar-se-á o sistema brasileiro para explicitar suas ações de controle de constitucionalidade.

## 1. 2. O Controle de Constitucionalidade no Direito Comparado

A pontual descrição que segue não é fatora do direito estrangeiro, nem o apresenta em totalidade, busca, singularmente, ventilar possibilidades encontradas por outros Estados quanto ao controle de constitucionalidade, no mote que se tem seguido neste trabalho.

Abordam-se características do sistema mexicano e colombiano. A escolha por restringir-se à América Latina conta com diversas razões.

A primeira, a proximidade de realidades e flagelos compartilhados: a colonização exploratória e expropriatória; os processos de independência<sup>36</sup>; as insurgências populares<sup>37</sup>; as ditaduras militares<sup>38</sup>; a caminhada à redemocratização. Enfim, a construção política desses países.

Pode-se sinalizar, como segunda razão, a intensa agitação, no âmbito internacional, do Brasil para com seus pares da América Latina, aproximando políticas externas, firmando parcerias e abrindo horizontes que, embora

---

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 235.

<sup>36</sup> 1810, Colômbia. 1821, México. 1822, Brasil

<sup>37</sup> Exemplificativamente, cita-se: 1952, Colômbia, Tomada de Orocué por José Guadalupe Salcedo; 1910, México, a Revolução Zapatista; 1834-1840, Cabanagem e 1896-1897, Canudos, Brasil.

<sup>38</sup> Exemplificativamente, cita-se: 1953-1957, ditadura Pinilla, chamada de folclórica por Gabriel García Marquez (Relato de um Naufrago), Colômbia; 1964-1985, Brasil. O México, embora não tenha tido, oficial e declaradamente, uma ditadura, foi controlado pelo Partido Revolucionário Institucional de 1929 – 2000, quando então foi derrotado por Vicente Fox Quesada do Partido da Ação Nacional (PAN).

geograficamente próximos, foram mantidos distantes<sup>39</sup>. O elo político, ainda que estritamente não conforme as instituições de um país, influencia-lhe sobremaneira.

Por fim, o pioneirismo dos países escolhidos, muitas vezes ignoto ou de pouca publicidade. A marginalização desse conhecimento, segundo Bernal, “reproduz as lógicas do colonialismo cultural e do pensamento hegemônico” sendo que “se nada for feito, terminarão por invisibilizar definitivamente o rol que outras esferas culturais, como a latino-americana, tiveram em relação à defesa judicial da constituição”<sup>40</sup>.

Andrés Botero perquiriu 190 processos judiciais datados do período de 1812 – 1899, em Antioquia (Colômbia) e afirma que “não é difícil encontrar decisões judiciais do século XIX que tenham citado diretamente a constituição, seja para limitar os poderes do Estado, seja para executar os seus mandatos de maneira imediata”<sup>41</sup>.

Isto revela, conclui Botero Bernal, que “Marbury não foi o primeiro caso judicial de supremacia constitucional, porque já existia um certo ambiente institucional (e não apenas judicial) em favor da medida”<sup>42</sup>, o que coloca também a Colômbia na vanguarda do pensamento constitucional.

O pioneirismo mexicano está em sua constituição “de 1917 que, por primeiro, sistematizara o conjunto dos direitos sociais do homem”<sup>43</sup>, abrindo clareiras no denso contexto exploratório, sendo elemento inextricável dos avanços do constitucionalismo.

Anteriormente à constituição mexicana, os direitos sociais eram eventualmente garantidos por meio de declarações esparsas ou cartas de direitos, sem que houvesse, efetivamente uma vinculação de todos os entes estatais e de todos aqueles submetidos à jurisdição de um país, o que ocorre quando há positivação constitucional.

---

<sup>39</sup> Sobre o tema: AMORIM, Celso. Vocês se preparem, porque a política externa brasileira tomou novos rumos. IN: \_\_\_\_\_. **Conversas com Jovens Diplomatas**. São Paulo: Benvirá, 2011, p. 17 – 34.

<sup>40</sup> BOTERO BERNAL, Andrés. **Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina**. In: Revista Sequencia. N. 59. Dez. 2009, p. 272.

<sup>41</sup> BOTERO BERNAL, Andrés. **Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina**. In: Revista Sequencia. N. 59. Dez. 2009, p.. 280-281

<sup>42</sup> BOTERO BERNAL, Andrés. **Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina**. In: Revista Sequencia. N. 59. Dez. 2009, p. 283

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 160.



Embora vigore desde 1917 – tendo sido um marco nos avanços sociais, como a educação gratuita e obrigatória (art. 3º)<sup>44</sup> e a questão agrária (art. 27)<sup>45</sup> – seu texto foi alterado por 189 atos (entre decretos, leis, reformas e declarações), além de duas aclarações e treze erratas até 2009<sup>46</sup>. Anteriormente, o México tivera constituições próprias em 1824, 1835, 1843, 1847 e 1857.

Esta profusão de textos enseja a afirmação de que a história constitucional mexicana tem sido agitada, o que aproxima da prolífica produção de constituições também no Brasil (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969<sup>47</sup>, 1988).

A quantidade significativa de textos constitucionais em ambos os países revela uma história política acidentada, com reflexos sociais, políticos e econômicos na atualidade.

Assentadas estas observações, passa-se à explanação sobre alguns institutos – aqueles mais peculiares – do controle de constitucionalidade nestes países, a fim de perquirir a existência de elementos contributivos à realidade brasileira.

A nação colombiana conta com recente experiência constituinte, que culminou na Constituição de 1991.

O processo genético da atual constituição colombiana foi marcado por intensos embates e contrações, dado o contexto do narcotráfico naqueles tempos. Era a época de Pablo Escobar (1943 – 1993), de seqüestros, carros-bomba, de um país dividido entre um poder constituído, que se via acuado e de quem se exigia uma postura pró ativa no combate à marginalidade, e um poder paralelo, conhecido, mas não encontrado, temido, mas não respeitado.

A fim de pressionar o poder constituído, o poder paralelo de Pablo Escobar engendrou dez seqüestros de jornalistas, parentes de políticos e figuras

---

<sup>44</sup> *“Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado -federación, Estados, Distrito Federal y Municipios-, impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria.”*

<sup>45</sup> *“...La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, El aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública...”*

<sup>46</sup> Disponível em <[http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2009/CDConstitucion/cd\\_constitucion.php](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2009/CDConstitucion/cd_constitucion.php)>, Acessado em 30.01.12.

<sup>47</sup> Apresentada como Emenda Constitucional nº 1 de 17.10.69, “teórica e tecnicamente não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87)

públicas, pretendendo obter certos benefícios – como a não extradição para os EUA e prisões especiais – com previsão constitucional.

Como saldo, a morte de duas reféns – Marina Montoya e Diana Turbay, sendo esta filha do ex-presidente colombiano Julio Cesar Turbay –, a concessão de alguns benefícios com o apaziguamento temporário. Os fatos iniciados nesse processo constituinte só tiveram seu término psicológico com a morte de Pablo Escobar, pelas mãos de um grupo especial de vinte e três policiais a paisana<sup>48</sup>.

Neste contexto assaz complicado, floresce a Constituição Colombiana de 1991, sendo marco constitucional de expansão democrática dos institutos do controle de constitucionalidade, de acesso popular direto ao Tribunal responsável pelo julgamento de questões constitucionais.

Juan Henao Pérez, membro da Corte Constitucional da Colômbia, destaca a criação da Corte Constitucional<sup>49</sup>, incumbida de zelar pela supremacia e integridade da constituição e dos direitos fundamentais.

Pela Carta de 1991 são cabíveis: a ação pública de inconstitucionalidade (art. 40), o controle automático (art. 241), as objeções presidenciais por inconstitucionalidade (art.32-35) e a revisão das sentenças de tutela (art. 86).

A ação pública de inconstitucionalidade permite aos cidadãos exercer o direito de “*acudir ante la Corte Constitucional, para demandar un acto reformativo de la Constitución, una ley o un decreto con fuerza de ley, cuando se considera que estos vulneran la Carta*”<sup>50</sup>, e, curiosamente, “*sin necesidad de estar representado por un apoderado judicial*”<sup>51</sup>, ou seja, prescindível a representação por advogados ou, por exemplo, Ministério Público, no caso brasileiro, o Procurador-Geral da República.

Além de possibilidades diversas de abrangência desta ação (“*se pueden demandar no sólo las leyes proferidas por el Congreso sino también los*

<sup>48</sup> Sobre o tema: GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Notícia de um seqüestro**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

<sup>49</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Corte Constitucional Colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. In: **Instituciones Judiciales y Democracia**. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2011 p. 523.

<sup>50</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. **Derecho Constitucional Colombiano**. Bogotá: Ibañez, 2008, p. 282

<sup>51</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Corte Constitucional Colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. In: **Instituciones Judiciales y Democracia**. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2011 p.525.

*actos reformativos de la Constitución, así como los referendos, las consultas populares, los plebiscitos y los decretos*<sup>52</sup>), a participação direta de qualquer interessado<sup>53</sup> é elemento de absoluto destaque.

O controle automático opera similarmente ao reexame necessário conhecido pelo direito processual civil brasileiro. Todo ato normativo afeto a “*derechos fundamentales y el funcionamiento de la administración de justicia*”<sup>54</sup> deve ser remetidos para a Corte Constitucional realizar juízo prévio de constitucionalidade. Obviamente que a única aproximação com o reexame necessário é a obrigatoriedade de remessa a outro órgão para análise da substância do que foi decidido.

As objeções presidenciais por inconstitucionalidade ocorrem “*cuando las Cámaras insisten en que un proyecto de ley objetado por el Presidente de la República por inconstitucional sea sancionado*”<sup>55</sup>, funcionando, portanto, a Corte Constitucional como árbitro entre os Poderes conflitantes. É interessante notar que a sentença que afirma a regularidade do projeto faz coisa julgada (“*la sentencia surte efectos de cosa juzgada*”<sup>56</sup>), não podendo, portanto, ser objeto da nova impugnação ou insurgência do poder legiferante, sob pena de incidir em descumprimento de ordem judicial.

Por fim, a revisão de sentenças de tutela aproxima-se da argüição de descumprimento de preceito fundamental brasileira em dois pontos: a proteção contra violação ou ameaça de direito fundamental – que é um dos componentes dos preceitos fundamentais –, além da subsidiariedade (“*Las características de esta acción...: a) informalidad...d) subsidiaridad, pues sólo procede si no existe outro*

---

<sup>52</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Corte Constitucional Colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. In: **Instituciones Judiciales y Democracia**. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2011 p. 526

<sup>53</sup> Conforme ar. 72 da Carta Colombiana assim redigido: “*Corresponde a la Corte Suprema, por unanimidad de votos, o pedimento del Procurador General o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos...en cuanto sean contrarios a la Constitución...*”.

<sup>54</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Corte Constitucional Colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. In: **Instituciones Judiciales y Democracia**. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2011 p. 527

<sup>55</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Corte Constitucional Colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. In: **Instituciones Judiciales y Democracia**. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2011 p.529.

<sup>56</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Corte Constitucional Colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. In: **Instituciones Judiciales y Democracia**. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2011 p.529.

*procedimiento judicial idóneo*<sup>57</sup>). As diferenças são mais patentes – a legitimação, o juízo e o processamento.

Entretanto, Juan Henao Pérez esclarece que *“cualquier persona puede acudir ante cualquier juez del lugar en el que ocurrió la violación o amenaza de los derechos fundamentales o donde se producen sus efectos”*<sup>58</sup>, sendo que a tutela que lhe é deferida, ante petição verbal ou escrita, comporá um corpo de sentenças que serão revisadas, por amostragem, pela Corte Constitucional.

Quando se afirma que a titularidade pertence a qualquer pessoa, incluem-se as pessoas jurídicas que, *“sean públicas o privadas, son también titulares de la acción, en tanto que son titulares de derechos fundamentales”*<sup>59</sup>.

Ao lado da ação pública de inconstitucionalidade, a revisão de sentenças de tutela, ou simplesmente chamada de ação de tutela, *“ha propiciado que el derecho constitucional se haya acercado a los ciudadanos, para ser, desde las prácticas concretas, derecho común, derecho de la gente”*<sup>60</sup>.

Expostas as vias de proteção da constituição, cumpre fazer certas observações, sobretudo pelo avanço da democratização destes meios na Colômbia.

A ação pública de inconstitucionalidade é absolutamente comprometida com o ideal democrático. A legitimação é ampla (*“todo ciudadano”*; *“cualquier persona”*) e a ação destes é direta (*“sin necesidad de estar representado por un apoderado judicial”*). A área de abrangência é vasta e visa a garantia da participação política.

O controle automático é, em certa medida, operado pelas Comissões de Constituição e Justiça no Brasil. Entretanto, estas não são compostas por operadores do direito, mas agentes políticos, o que pode comprometer a imparcialidade necessária para a análise.

As objeções presidenciais por inconstitucionalidade são estranhas ao ordenamento jurídico brasileiro, de modo que cabe efetivamente ao Presidente da

---

<sup>57</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Corte Constitucional Colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. In: **Instituciones Judiciales y Democracia**. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2011 p. 531

<sup>58</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Corte Constitucional Colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. In: **Instituciones Judiciales y Democracia**. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2011 p. 530.

<sup>59</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. **Derecho Constitucional Colombiano**. Bogotá: Ibañez, 2008, p. 295.

<sup>60</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. **Derecho Constitucional Colombiano**. Bogotá: Ibañez, 2008, p. 292.

República vetar no todo ou em parte, desde que motivadamente, ou sancionar o projeto de lei.

Quanto à ação de tutela, observa-se que a legitimação totalmente aberta, a amplitude de possibilidades e momentos (violência ou ameaça ao direito), além da revisão por amostragem pela Corte Constitucional, fazem desta ação outro marco no acesso à justiça da Carta, permitindo a constante reafirmação do princípio democrático.

A Colômbia oferece à sociedade dois mecanismos singulares de participação direta na defesa da constituição.

Mesmo neste estreito lapso temporal, algumas decisões relevantes foram tomadas no âmbito da Corte Constitucional Colombiana, dentre as quais se citam: decisão T-391/2007, da relatoria do ministro Manuel Espinosa, reafirmou o direito fundamental de liberdade de expressão em prol de *Radio Cadena Nacional* em face do Ministério das Comunicações; decisão C-239/97, da relatoria do ministro Carlos Gaviria, a Corte entendeu como constitucional a prática da eutanásia realizada por médicos<sup>61</sup>.

Dos elementos colombianos acima expostos, resgatam-se: (i) a ação pública de inconstitucionalidade, que é “*un baluarte del derecho constitucional colombiano*”, eis que permite que “*la ciudadanía ejerza un poder real sobre las decisiones que potencialmente la puedan afectar*”<sup>62</sup>; e a (ii) revisão de sentenças de tutela, que permite a Corte aproveitar “*su posición de jerarquía*”, já que “*las grandes revoluciones que se han producido, en materia de aplicación directa de los derechos fundamentales, han provenido de fallos de esa Corporación*”<sup>63</sup>, e já permitiu a tratativa de assuntos como o direito de petição, à saúde, direito das minorias étnicas e sexuais, por exemplo<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Disponíveis em <<http://english.corteconstitucional.gov.co/>>. Acessado em 13.05.12

<sup>62</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Corte Constitucional Colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. In: **Instituciones Judiciales y Democracia**. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2011 p.525 – 526.

<sup>63</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Corte Constitucional Colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. In: **Instituciones Judiciales y Democracia**. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2011 p.532.

<sup>64</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. **Derecho Constitucional Colombiano**. Bogotá: Ibañez, 2008, p.291.

Ressaltados os elementos de maior destaque do sistema colombiano, passa-se ao controle de constitucionalidade mexicano, a fim de investigar novas vias rumo à democratização pretendida.

Independente desde 1821, o México inovou na ordem jurídica constitucional mesmo antes da Constituição de 1917. Com a assunção de governo liberal ao poder do país em 1855, empreenderam-se vultosas reformas no sentido de “substituir o que lhes parecia ser os pilares infirmes da ordem antiga – a Igreja, o Exército, os caciques regionais e as aldeias comunais – por uma ‘fundação moderna’”<sup>65</sup>, estabelecendo nova Constituição em 1857.

Embora os resultados pretendidos não tenham se efetivado como ansiado, os liberais se mantiveram no poder até 1876, quando Porfirio Díaz ascendeu ao governo, a partir do Levante de Tuxtepec, então exercido por Sebastián Lerdo de Tejada.

Desde a independência, “o regime Díaz tornou-se a primeira ditadura efetiva e de longa duração a surgir no México”<sup>66</sup>, aproveitando a estrutura lançada pela Constituição Liberal para desenvolver “estabilidade interna (a *Pax Porfiriana*) e a emergência de um Estado mexicano eficiente e poderoso”<sup>67</sup>.

Na virada do século, diante da depressão econômica combinada com mudanças sociais e políticas, bem como “a emergência do México como centro de disputa entre europeus e norte-americanos” colaboraram para “destruir primeiro a Paz Porfiriana e depois o regime”<sup>68</sup>.

As mudanças eclodiram na Revolução Mexicana que durou de 1910 a 1920, ínterim em que foi produzida a atual Constituição. A convulsão social visava, inicialmente, a mera sucessão de Porfirio Díaz, “mas as massas populares em todas as regiões logo se envolveram numa luta que transcendeu a política para exigir

---

<sup>65</sup> KATZ, Friedrich. O México: A República Restaurada e o Porfiriato, 1867 – 1910. In: BETHELL, Leslie (org). História da América Latina: **de 1870 a 1930**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 23.

<sup>66</sup> KATZ, Friedrich. O México: A República Restaurada e o Porfiriato, 1867 – 1910. In: BETHELL, Leslie (org). História da América Latina: **de 1870 a 1930**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 57

<sup>67</sup> KATZ, Friedrich. O México: A República Restaurada e o Porfiriato, 1867 – 1910. In: BETHELL, Leslie (org). História da América Latina: **de 1870 a 1930**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 57

<sup>68</sup> KATZ, Friedrich. O México: A República Restaurada e o Porfiriato, 1867 – 1910. In: BETHELL, Leslie (org). História da América Latina: **de 1870 a 1930**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p.87

reformas econômicas e sociais”<sup>69</sup>, que foram posteriormente sagradas no texto constitucional.

Em meio à crise social regional e internacional – com Primeira Guerra Mundial – o México se encontrava em meio turbulento, e “como se estivesse no olho de um furacão, a Assembléia Constituinte abriu suas sessões em Quererétaro em 20 de novembro de 1916”<sup>70</sup>.

Após alterações no projeto original, feitas sobretudo por uma comissão cujos membros “exigiam reformas sociais e econômicas escritas na Constituição”<sup>71</sup>, a nova Constituição foi aprovada em 31 de janeiro de 1917 e promulgada pelo presidente Carranza em 5 de fevereiro do mesmo ano.

Texto garantidor do direito à sindicalização e à greve em seu artigo 123, que também limitou a jornada de trabalho diário a oito horas, ainda, pelo artigo 27, que nacionalizou todos os direitos à água e à terra, tem sido preservado – ainda que atualizado e alterado diversas vezes, como mencionado.

A preservação da Carta mexicana é realizada via juízo de amparo (art. 14, 16 e 107), análise de controvérsias constitucionais (art. 105, I), ação abstrata de inconstitucionalidade (art. 105, II), procedimento investigatório da Suprema Corte de Justiça (art. 97, §§2º e 3º), juízo de proteção de direitos político-eleitorais (art. 99,V), juízo de revisão constitucional eleitoral (art. 99, IV), juízo político (art. 110) e organismos autônomos protetores de direitos humanos (art. 102-B).

O juízo de amparo é “*la institución procesal más importante del ordenamiento mexicano*”<sup>72</sup>, sendo “*instrumento de tutela de derechos fundamentales, con exclusión de la libertad personal tutelada por el habeas corpus*”<sup>73</sup>. Segundo o texto constitucional mexicano, qualquer cidadão que “*aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo*” (art. 107, I),

---

<sup>69</sup> WOMACK, John. A Revolução Mexicana, 1910 - 1920. In: BETHELL, Leslie (org). História da América Latina: **de 1870 a 1930**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p.105.

<sup>70</sup> WOMACK, John. A Revolução Mexicana, 1910 - 1920. In: BETHELL, Leslie (org). História da América Latina: **de 1870 a 1930**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p.162.

<sup>71</sup> WOMACK, John. A Revolução Mexicana, 1910 - 1920. In: BETHELL, Leslie (org). História da América Latina: **de 1870 a 1930**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p.162.

<sup>72</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 924.

<sup>73</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 925

pode ingressar com esta ação, inclusive em nome de terceiros afetados e impossibilitados de fazê-lo<sup>74</sup>.

Esta figura se revela ampla seara democrática. Seu poder de interferência nos campos mais sensíveis da sociedade tem consolidado este instituto, que já encontra espaço em diversos países latino-americanos<sup>75</sup>.

A análise de controvérsias constitucionais visa dirimir dúvidas entre os entes federados, conforme o art. 105, I da Carta Mexicana, competindo às pessoas de direito público que compõem o Estado Mexicano atuarem. Segundo José Ramón Cossío Díaz, os legitimados “*deben tener el carácter de ‘órganos originarios’*”<sup>76</sup>, conforme entendimento da Suprema Corte. Assim sendo, eis que de caráter estatal e não atinente especificamente à visão de democracia aqui apresentada, não se desenvolverá a longo este tema.

Segundo Fix-Zamudio e Carmona, a ação abstrata de inconstitucionalidade “*tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental*”<sup>77</sup>, podendo “*ser de carácter previo (...) invocarse durante el procedimiento de discusión y aprobación (...) de la norma (...) o bien, a posteriori, es decir, cuando las disposiciones legislativas ya han sido publicadas.*”<sup>78</sup>

São legitimados para propor esta ação: trinta e três por cento dos componentes da Assembléia Legislativa do Distrito Federal e demais estados, o Procurador-Geral da República e, a partir da Reforma de 1996, desde que as dirigências nacionais ou estaduais dos partidos políticos violem normas eleitorais<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> Fix-Zamudio e Valencia Carmona, lecionam na obra citada: “*puede interponerse juicio de amparo por cualquier persona en nombre del afectado que se encuentre impossibilitado para hacerlo, aun cuando el promovente sea menor de edad.*”(p. 928)

<sup>75</sup> Previstos constitucionalmente, por exemplo, na Argentina (art. 43), Chile (art. 20), Colômbia (art. 86), Peru (art. 200, II), Venezuela (art. 27), Paraguai (art. 134), Bolívia (Capítulo 2, Seção II), Equador (art. 88), Nicarágua (art. 45), Costa Rica (art. 48), Panamá (art. 50), El Salvador (art. 174), Jamaica (art. 25).

<sup>76</sup> COSSÍO DÍAZ, José Ramón. Las partes en las controversias constitucionales. In: **Questiones Constitucionales**. Nº 16, enero-junio, 2007, p. 93.

<sup>77</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 974

<sup>78</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 974.

<sup>79</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 975



De origem europeia, a ação abstrata de inconstitucionalidade visa “*outorgar a las minorías parlamentarias la posibilidad de impugnar ante los organismos de justicia constitucional(...) las disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría*”<sup>80</sup>.

Percebe-se, desde logo, o depósito de confiança nas instituições políticas, na democracia representativa daquele país, elemento de coerência do sistema: ora, se o parlamentar é representante da população, toda esta, inclusive as parcelas minoritárias, têm a possibilidade de alcançar a justiça constitucional, dando plenitude ao princípio democrático.

Entretanto, o último relatório da organização Transparência Internacional<sup>81</sup> sobre a percepção de corrupção na gestão política, aponta que, em escala de zero a dez, onde o valor máximo é percepção de ausência de corrupção, o México obteve 3,1 pontos, ocupando a 98ª colocação no ranking de 178 países, enquanto o Brasil alcançou 3,7, classificado no posto de número 69.

Com base nestes dados, é questionável, em termos pragmáticos, tamanha confiança na democracia representativa, pois os parlamentares são sempre alvos de desconfianças, que acabam por vezes corroboradas pelas estatísticas.

Nota-se dissonância, talvez comprometedora, entre as disposições e as práticas mexicanas. Certo que as Constituições tendem a estipular metas e não regular a realidade de cada momento histórico. Entretanto, é preciso conferir viabilidade e eficiência aos dispositivos constitucionais.

O procedimento investigatório da Suprema Corte de Justiça “*es una creación original de la carta de 1917*”<sup>82</sup>, e objetiva investigar “*la conducta de un juez o magistrado federal*” que tenha incidido em violação a “*alguna garantía individual*” ou do “*voto público*”<sup>83</sup>, podendo ser solicitada pelo Executivo Federal, Casas do Congresso, Governador de Estado ou iniciada de ofício pela Suprema Corte.

---

<sup>80</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 974

<sup>81</sup> Disponível em <[http://www.transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/cpi/2010/results](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results)>. Acessado em 15.08.12.

<sup>82</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 980.

<sup>83</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 980.

Findo o procedimento investigatório, devem ser remetidas as informações ao órgão que solicitou o ato ou aquele competente para *“resolver el asunto, esto último en los casos en que la própria Suprema Corte iniciara de oficio la pesquisa”*<sup>84</sup>.

O juízo de proteção de direitos político-eleitorais é um equivalente do recurso de amparo, com a restrição da matéria, em que *“están legitimados los ciudadanos individualmente considerados que hubiesen sido lesionados en sus derechos político-electoral”*<sup>85</sup>, e também do princípio da subsidiariedade.

O juízo de revisão constitucional eleitoral, previsto no artigo 99, IV da Carta Mexicana visa *“combatir la inconstitucionalidad de los actos o resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas”*<sup>86</sup>, desde que este seja o único meio hábil para tanto.

O juízo político, art. 110 constitucional, visa apurar delitos, faltas ou omissões cometidas no exercício de cargo público, que tenham afetado ou potencialmente o tenham feito, direitos constitucionalmente previstos.

Podem ser submetidos a este juízo os senadores, deputados federais, ministros da Suprema Corte de Justiça, conselheiros da Magistratura Federal, *“secretários del Despacho; los jefes de Departamento Administrativo; los diputados a la Asambela”*, *“el jefe de gobierno... y el procurador general de Justicia”* todos do Distrito Federal, bem como *“el procurador general de la República;...el consejero presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral.”*<sup>87</sup>.

A este já extenso rol ainda se somam: *“los magistrados de circuito y jueces de Distrito; a los jueces y magistrados del fuero común del Distrito Federal; a los directores generales o sus equivalentes de los organismos descentralizados”*, além dos *“titulares de empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades o asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos”*<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 980.

<sup>85</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 987.

<sup>86</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 991.

<sup>87</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 802.

<sup>88</sup> FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 802.

Em que pese parecer um poderoso instrumento de controle dos atos de quaisquer frentes de poder estatal, como o próprio nome sugere, é um mecanismo meramente político, eis que compete ao Poder Legislativo empreendê-lo.

Figura peculiar que vem corroborar a tese de grande apreço do constituinte mexicano por aqueles que devem representar o povo, dando-lhe margem discricionária de controle a qualquer ofensa ao ordenamento jurídico do país e não só à constituição.

Por fim, organismos autônomos protetores de direitos humanos são provenientes dos entes legislativos – federal e dos demais entes federativos. Conhecem de queixas em relação a atos ou omissões de *“cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación”*<sup>89</sup>, sobre qualquer tema exceto trabalhista, eleitorais e judiciais.

Revelam-se espécies de conselhos locais que atuam na investigação do que lhes é apresentado e na emissão de recomendações ao ente público noticiado, sem qualquer força vinculativa.

Figura assaz singular e que aproxima o cidadão do poder público, podendo exigir mais ativamente o cumprimento dos dispositivos constitucionais, ainda que sem eficácia administrativa garantida. Entretanto, é conveniente rememorar o fato de que a opinião pública e a pressão exercida pelos meios de comunicação são tão, ou mais, eficientes que os mecanismos postos a mover a máquina pública.

Interessante notar que não há neste país controle de constitucionalidade de omissões, como há no Brasil. Sobre este tema alguns autores mexicanos têm se debruçado afirmando que *“en nuestro país, al menos a nivel federal, no se ha contemplado la inconstitucionalidad por omisión legislativa, y estimamos vehementemente que debería incluirse en la Constitución general”*<sup>90</sup>. O ministro da Suprema Corte Juan N. Silva Meza afirmou também que *“en un futuro no muy lejano, tendrá que desarrollarse el problema de los efectos de la inconstitucionalidad por omisión”*<sup>91</sup>.

Entretanto, o tema da inconstitucionalidade por omissão não foi ainda tratado pela constituição mexicana.

---

<sup>89</sup> Art. 102-B da Constituição Mexicana

<sup>90</sup> RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en la Constitución Mexicana. IN: **Questiones Constitucionales**, n. 18, enero-junio, 2008, p. 202.

<sup>91</sup> SILVA MEZA, Juan. Efectos de las Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los procesos constitucionales: 10 años de la novena época. IN: **Discursos**, México, SCJN, 2005, p. 30.

Também interessante observar os debates para a feitura do atual texto constitucional mexicano sobre a democratização da Corte Máxima. Naquele momento, a composição do tribunal e não o acesso a este é que se pretendia mais democrático.

Por proposição do deputado José María Truchuelo, a fim de manter a congruência democrática, “*era indispensable la elección popular de un ministro por cada uno de los estados de la República*”<sup>92</sup>.

O deputado Fernando Lizardi pretendia a eleição dos ministros por parlamentares, conferindo aos primeiros legitimação indireta. Alberto González, todavia, advertiu sobre a possibilidade de que “*los auténticos representantes de la nación*” considerassem apenas o “*partido político y no los méritos de los aspirantes a ocupar el cargo*”<sup>93</sup>, manifestando-se no mesmo sentido de Truchuelo.

Rafael Martínez de Escobar atentou que se para nomeação à Corte houvesse atuação do Poder Executivo, então os ministros “*iban a deber los favores de su elección*”<sup>94</sup>, comprometendo severamente suas funções.

Dentre outras manifestações e pontuações, o texto constitucional mexicano prevê que a Corte será composta por onze ministros eleitos pelo Congresso.

Ligeiramente vistos os mecanismos postos pela constituição mexicana, verifica-se a criação de mecanismos outros, para além do estrito controle de constitucionalidade, que podem ter maior eficiência e certamente contam com particular ligação com o princípio democrático, dada a amplitude de acesso.

Encerradas essas observações necessárias sobre o direito estrangeiro, retoma-se o sistema brasileiro para esmiuçar as ações nele previstas, aprofundando a perspectiva pátria.

---

<sup>92</sup> LÓPEZ AGUILAR, Heriberto Benito. **El control jurídico del poder político en México**. Toluca: IEEM, 2011, p. 187.

<sup>93</sup> LÓPEZ AGUILAR, Heriberto Benito. **El control jurídico del poder político en México**. Toluca: IEEM, 2011, p. 187.

<sup>94</sup> LÓPEZ AGUILAR, Heriberto Benito. **El control jurídico del poder político en México**. Toluca: IEEM, 2011, p. 188.

## 2. AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO MODELO BRASILEIRO

### 2.1. Lei nº 9868/99

A partir dos contornos gerais fixados no capítulo anterior sobre modelos de controle de constitucionalidade no Brasil, na Colômbia e no México, passa-se à análise mais detida das vias práticas do sistema brasileiro a partir das legislações em vigor.

Principia-se pela Lei nº 9868-99 que, conforme já ventilado, foi editada com atraso significativo de onze anos<sup>1</sup>, e cuida do processamento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade – genérica e por omissão – e da ação declaratória de constitucionalidade.

A propositura de ações diretas de inconstitucionalidade é facultada ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de Assembléia Legislativa ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao Governador de Estado ou Governador do Distrito Federal, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao partido político com representação no Congresso Nacional e à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional<sup>2</sup>.

Ocorre que nem todos os legitimados o são em plenitude. Em verdade, apenas Presidente e Procurador-Geral da República são, “assim como os partidos com representação no Congresso Nacional, as Mesas do Senado e da Câmara e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, *legitimados universais*”,

---

<sup>1</sup> A fim de ilustrar a expectativa na produção desta lei: “Não há lei, portanto, que trate especificamente da ação direta de inconstitucionalidade. Já era o momento de o país elaborar legislação pertinente.” (CLEVE, Clemerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 156).

<sup>2</sup> art. 12-A da Lei n.9.868/99.

sendo que em face desses, não seria possível o controle *in concreto* da legitimidade *ad causam*<sup>3</sup>, sendo que, sobre os dois primeiros, há certa resistência doutrinária<sup>4</sup>.

Demais legitimados – Mesa de Assembléia Legislativa ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou Governador do Distrito Federal, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional – possuem legitimidade mitigada, ou especial, devendo “demonstrar *pertinência temática*, também denominada *representatividade adequada*”<sup>5</sup>.

Esta *pertinência temática* deve ser entendida como “exigência de correlação entre as prerrogativas ou fins institucionais do órgão ou entidade legitimado para propositura da ação direta com aquele ato normativo por meio dela questionado”<sup>6</sup>.

Entende-se essa restrição constitucional em virtude da “garantia constitucional advinda do *devido processo legal*”<sup>7</sup>, além do fato de que “esses órgãos não dispõem de interesse genérico na preservação da supremacia constitucional”, sendo, portanto, imprescindível “a demonstração do interesse de seus filiados e associados na questão constitucional”<sup>8</sup>.

Interessante notar que a doutrina pouco – ou nada – questiona este tolhimento de legitimidade operado por mera exegese da corte constitucional. Entretanto, como se verá adiante, ao se tratar da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o debate é caloroso e tende à opinião de que o aumento do rol de legitimados para a propositura da ADPF, feito por lei ordinária – cuja feitura fora ordenada pela constituição – é inconstitucional.

---

<sup>3</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 370.

<sup>4</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 370: “A necessidade de controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva. A lição deveria aplicar-se também ao controle concentrado de constitucionalidade. Nem o Presidente da República nem o Ministério Público (no caso, o Procurador-Geral da República) poderiam ser considerados legitimados universais...”. Compartilha deste posicionamento Gilmar Ferreira Mendes, na obra **Jurisdição Constitucional**, em sua 3ª Edição pela Editora Saraiva, 1999, p. 145. Sustentam-se no fato de que tal exigência não se encontra na Constituição, sendo leitura restritiva que não se coaduna com seu texto.

<sup>5</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 213.

<sup>6</sup> BINEMBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 144.

<sup>7</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 371.

<sup>8</sup> CLEVE, Clemerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade**, p. 163.

Esta incongruência se revela incompatível com a leitura sistêmica do ordenamento jurídico no sentido de que conquistas em termos de acesso à justiça, pois direito fundamental, devem ser sempre preservadas, mas restrições devem ser afastadas.

Nesse sentido, de preservação das conquistas em termos de direitos fundamentais, Clèmerson Clève, afirma ser necessário hodiernamente um jurista que compreenda “que a Constituição não está aí para ser subordinada a determinadas políticas, para ser instrumentalizada, para ser banalizada, para ser fragmentada”<sup>9</sup>.

Assim, não parece compatível com a lógica constitucional do direito fundamental de acesso à justiça, a incongruência acima apontada ou mesmo a restrição de legitimidade para propositura de ações de controle de constitucionalidade, a menos que se entenda que este último instituto não se preste a realizar materialmente a constituição.

Ainda em termos de legitimação, causa estranheza o fato de que diante de falta de legitimidade o Supremo Tribunal Federal negue seguimento às ações<sup>10</sup>, quando, na verdade, deveria “providenciar a sua substituição, quer pelo Procurador-Geral da República, quer por outro legitimado, convocado, ao processo por meio de publicação de edital”<sup>11</sup>, dado o interesse de todos na preservação da constituição.

---

<sup>9</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. IN: MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 58.

<sup>10</sup> ADI nº 4361, Rel. Min. Luiz Fux, j. 9.2.10: “O Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que apenas as confederações sindicais de terceiro grau estão aptas a deflagrar o controle concentrado de normas, excluindo-se os sindicatos e as federações, ainda que possuam abrangência nacional... Nego seguimento a esta ação direta”; ADI nº 4036, Rel. Ayres Britto, j. 19.5.10: “Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB) e pelo Sindicato Nacional dos Membros da Advocacia-Geral da União (SINMAGU)... Este Supremo Tribunal Federal já afirmou, numerosas vezes, a ilegitimidade de tal pessoa jurídica para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade: ADI 324, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADI 444, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 1.409, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 1.471, Rel. Min. Néri da Silveira; ADI 1.565, Rel. Min. Néri da Silveira; ADI 1.532, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI 2.368, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADI 2.685, Rel. Min. Sydney Sanches; ADI 3.906, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. [...]Ante o exposto, nego seguimento à ação.”

<sup>11</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 372.

Esta questão assume relevância ao se constatar que 57,4% das ADI<sup>12</sup> e 76,5% das ADIOM<sup>13</sup> intentadas tiveram como legitimados aqueles especiais, de legitimação restringida, ou seja, grande parcela das ações diretas.

Atente-se ainda que em casos de ADIOM aqueles legitimados com iniciativa legislativa devem ser afastados, pois são “responsáveis ou co-responsáveis pelo eventual estado de inconstitucionalidade”, sendo “eles os destinatários primeiros da ordem judicial de fazer, em caso de procedência da ação”<sup>14</sup>.

Sendo preenchida adequadamente a legitimação, a petição inicial deve ser endereçada ao Supremo Tribunal Federal, apontando o dispositivo de lei ou ato normativo que se pretende questionar – ou a falta deste, no caso de ADIOM – sem olvidar a demonstração da afronta à constituição, porém, “o STF, tal como ocorre com o magistrado em qualquer demanda, não fica adstrito aos fundamentos jurídicos trazidos pelo demandante”<sup>15</sup>.

Objeto da ação direta de inconstitucionalidade são atos normativos da esfera federal ou estadual, “*todos os atos normativos primários da União ou dos Estados*”<sup>16</sup>, podendo-se questionar (i) dispositivos constitucionais feitos pelo poder constituinte derivado, (ii) leis de toda espécie – inclusive aqueles atos que operam força de lei, como as medidas provisórias, (iii) decretos legislativos, (iv) decretos do Poder Executivo, “atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público criadas pela União”<sup>17</sup>, (v) regimentos internos do Tribunais Superiores e (vi) “os atos normativos que, ostentando embora o nome ou a roupagem formal de ato secundário, na verdade pretendem inovar autonomamente na ordem jurídica.”<sup>18</sup>.

---

<sup>12</sup> Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>> Acessado em 21.04.12.

<sup>13</sup> Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adolegitimado>> Acessado em 21.04.12.

<sup>14</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1351.

<sup>15</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 373.

<sup>16</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1272.

<sup>17</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1275.

<sup>18</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 204.



Por sua vez, a ADIOm tem por objeto atingir “a inércia ilegítima em editar quaisquer dos atos normativos primários suscetíveis de impugnação em ação direta de inconstitucionalidade”<sup>19</sup>.

Havendo legitimidade e adequação do objeto, a ADI comporta o pedido de “emissão de um juízo provisório sobre o tema, mediante a concessão de medida cautelar”<sup>20</sup> a fim determinar a suspensão dos feitos que tramitem fulcrados no ato impugnado, bem como, porventura, fazer latente a produção de efeitos do objeto da ação.

Entretanto, “não se admite a tutela de urgência na ADIN por omissão”<sup>21</sup>, pois inócua, visto que a inconstitucionalidade é devido à ausência de certo elemento normativo, que não pode ser produzido pelo Poder Judiciário.

Em que pese a inadmissibilidade da intervenção de terceiros, a legislação admite a figura do *amicus curiae*. Justifica-se a vedação dada a natureza objetiva da ação, pois se “impede que se possa alegar violação a qualquer direito individual específico”, gerando “absoluta impossibilidade de prejuízo a direito subjetivo”<sup>22</sup>.

A figura do *amicus curiae* objetiva “viabilizar a participação no processo de interessados e afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade”, bem como proporcionar ao Tribunal uma decisão “com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.”<sup>23</sup>

Recebida a inicial e dado prosseguimento à ação, o relator determinará a intimação do órgão ou autoridade responsável pelo ato a fim de que preste as informações necessárias no prazo de trinta dias<sup>24</sup>. Atente-se que “não se justifica o

---

<sup>19</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 286.

<sup>20</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1286

<sup>21</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 409.

<sup>22</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 390.

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, jul – set, 2009. Disponível em <HTTP://www.direitodoestado.com.br/rede.aps.> Acessado em 1º de Setembro de 2011.

<sup>24</sup> Art. 6º, *caput* e parágrafo único da Lei 9868/99 e art. 170, §2º do RISTF.

pedido de informações quando o órgão responsável pela edição do ato for o mesmo órgão requerente”<sup>25</sup>

Findo este prazo, havendo ou não informações, os autos serão remetidos, por prazos sucessivos de quinze dias, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para que se pronunciem de acordo com suas funções constitucionais, quais sejam respectivamente defender<sup>26</sup> e emitir parecer<sup>27</sup> a respeito da norma impugnada.

Assentada a manifestação do Advogado-Geral da União, o parecer do Procurador-Geral da República e finda a manifestação do *amicus curiae*, a ação está madura para julgamento.

O ministro relator, então, lançará relatório, com cópia aos demais integrantes da Corte, pedindo dia para julgamento.

O julgamento deverá “contar com o voto de, no mínimo 8 ministros, ainda que tomados em sessões distintas.”<sup>28</sup>, sendo que para a declaração de (in)constitucionalidade é preciso o voto congruente de seis ministros<sup>29</sup>.

Havendo enfim o consenso mínimo, “a decisão final proferida nestes procedimentos” pode ser objetada apenas pela via dos “embargos de declaração”<sup>30</sup>.

Transcorrido o prazo para o único recurso cabível, a decisão transita em julgado. Embora não seja cabível nem mesmo ação rescisória, adverte-se que “a

---

<sup>25</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 380.

<sup>26</sup> Art. 103, §3º CF, e art. 12-E, §2º Lei 9868/99 afirmados por extensa jurisprudência ADI 1350, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.2.05; ADI 1.616, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24.5.01, ADI 242, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 20.10.94, ADI 3522, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.10.94.

<sup>27</sup> Art. 103, §1º CF e art. 12-E, §3º Lei 9868/99. Ainda que as disposições sejam expressas, a jurisprudência tem relativizado a necessidade da oitiva prévia do Ministério Público na pessoa do Procurador-Geral da República: “O preceito inserto no §1º do art. 103 da CF há de merecer interpretação teleológica. Visa ao conhecimento da matéria pelo Ministério Público, não implicando, necessariamente, seja-lhe enviado automaticamente todo e qualquer processo. O pronunciamento do Órgão pode ocorrer na assentada em que apreciado o recurso. Precedente: RE 177.137-2/RS, relatado pelo Min. Carlos Velloso, perante o Pleno, em 24-5-1995” (AI 158.725-AgR-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.12-95, 2ª T.)

<sup>28</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 401.

<sup>29</sup> Art. 23 Lei 9868/99.

<sup>30</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 402. Art. 26 Lei 9868/99.

coisa julgada não é, entretanto, capaz de impedir que o órgão legislativo volte a praticar inconstitucionalidade editando novo ato com o mesmo conteúdo anterior”<sup>31</sup>.

A eficácia diretamente produzida é *erga omnes* “estendendo seus efeitos para além das partes (no sentido formal) residentes na relação processual objetiva”<sup>32</sup>; e *ex tunc*, ou seja, operando efeitos retroativamente. Entretanto, é dado à Corte operar modulação, de modo a “restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou outro momento que venha a ser fixado”<sup>33</sup>, desde que o faça por maioria de dois terços dos julgadores<sup>34</sup>.

Sumariamente analisado o trâmite das ações diretas de inconstitucionalidade, passa-se à visão geral da Ação Declaratória de Constitucionalidade a fim de completar as figuras criadas pela lei em comento.

A proposta de Emenda à Constituição nº 130/92, do deputado Roberto Campos, foi – adaptada – convertida na Emenda Constitucional nº 3 de 1993, fixando “a competência do STF para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”<sup>35</sup>.

Seu objetivo é solidificar a presunção relativa de constitucionalidade de certo ato normativo, tornando-a presunção absoluta; “é certificar, de forma plena e intangível, uma situação jurídica já existente, a saber, esta presunção de legitimidade da norma.”<sup>36</sup>.

Com a edição da lei em comento, a legitimação para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade ficara restrita ao Presidente da República, Mesas das Casas Parlamentares e Procurador-Geral da República<sup>37</sup>.

Entretanto, com a Emenda Constitucional nº 45/04, ficou outorgado “a todos os legitimados para a ADI a legitimidade para a propositura da ADC”<sup>38</sup>. Afirma-se

---

<sup>31</sup> CLEVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade**, p. 241.

<sup>32</sup> CLEVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade**, p. 240

<sup>33</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1292.

<sup>34</sup> Art. 27 Lei 9868/99.

<sup>35</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1293.

<sup>36</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 356.

<sup>37</sup> Art. 13 da Lei n.9.868/99

<sup>38</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1294.

que, tendo em vista que a ampliação se deu no corpo da constituição, a lei ordinária deve se adaptar à nova realidade, sendo lida, portanto, conforme a disposição ampliativa da constituição<sup>39</sup>, contando, ainda, com as suas restrições – no caso de legitimação especial, ou mitigada, como acima se mencionou.

A petição inicial deve ser remetida ao Supremo Tribunal Federal, apontando o ato normativo que se pretende ver declarado constitucional. Uma vez que milita a favor do ato uma presunção relativa, deve ser ainda demonstrada “controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do ato objeto da demanda”<sup>40</sup>, sendo que este debate deve grave “a ponto de gerar insegurança jurídica, abalando a presunção de legitimidade de que goza todo ato normativo”<sup>41</sup>.

O ato apresentável em ADC é “lei ou ato normativo federal autônomo (não regulamentar) devidamente promulgado”<sup>42</sup>.

Tal qual na ações precedentes, nesta a *causa petendi é aberta* “o que significa que o Tribunal poderá basear-se em outros fundamentos que não aqueles trazidos pelo requerente”<sup>43</sup>.

Recebida a inicial e sorteado o relator, este poderá analisar cautelar requerida, emitindo juízo instável sobre o tema. O relator pode ainda, liminarmente, indeferir petições não fundamentadas ou manifestamente improcedentes, conforme art. 15, sob o pretexto de celeridade processual.

Vedada a intervenção de terceiros, admite-se, porém, o auxílio do *amicus curiae*, conferindo “caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade”<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> Sobre o tema, Fredie Didier Jr e outros anotam: “A EC 45/2004 ampliou o rol de legitimados à propositura da ADC. Agora, os legitimados para a ADIN são os mesmos legitimados para a ADC. Assim, o art. 13 da Lei Federal n. 9.868/1999, redigido com base na redação anterior da CF/88, em que a legitimidade para a propositura da ADC era restrita, deve ter o seu texto adequado à nova realidade constitucional.” – *Obra Citada*, nota de rodapé 83, p. 365.

<sup>40</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 373.

<sup>41</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 374.

<sup>42</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1297.

<sup>43</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1299.

<sup>44</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1300.

Procedimento singelo e célere, para a análise da ADC é preciso “apenas que o Procurador da República seja ouvido, como *custus legis*, no prazo de 15 dias”<sup>45</sup>. O julgamento se dá pela manifestação mínima de oito ministros<sup>46</sup>, sendo preciso a maioria de ao menos seis<sup>47</sup>, para a emissão de decisão válida.

Havendo o consenso do quórum mínimo, com a procedência, “declara-se constitucional o ato federal objeto de discussão, o que torna absoluta (*iuris et de iure*), e não mais relativa (*iuris tantum*), a presunção de sua legitimidade frente ao ordenamento constitucional”<sup>48</sup>.

Após, o responsável – órgão ou autoridade – pelo ato deve ser comunicado.<sup>49</sup> Enfim, atente-se que os efeitos desta decisão “tem, como regra, eficácia retroativa (*ex tunc*)”<sup>50</sup>, podendo, tal qual as ações diretas de inconstitucionalidade, haver modulação, desde que preenchido o requisito de aprovação por dois terços dos votantes.

Também é de se dizer que os efeitos são *erga omnes*, visto que reveste o ato de presunção absoluta de constitucionalidade e a norma vincula todos os que se encontra na esfera de soberania do país que a produziu.

A aplicação do instituto é bastante restrita, como demonstra a experiência do Supremo Tribunal Federal: das trinta ações intentadas, um terço não foi conhecido, um terço obteve procedência – parcial ou total – e um terço aguarda julgamento, sendo que desta parcela apenas duas ações tiveram liminares deferidas<sup>51</sup>.

Interessante observar que, apesar do que se pode depreender de imediato – que o instituto serve apenas aos interesses daqueles que projetaram, votaram e sancionaram o ato –, doze das trinta ações foram propostas pelo Conselho Federal

---

<sup>45</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 386.

<sup>46</sup> Art. 22, Lei nº 9868/99

<sup>47</sup> Art. 23, Lei nº 9868/99

<sup>48</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 413.

<sup>49</sup> Art. 25, Lei nº 9868/99

<sup>50</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 413.

<sup>51</sup> Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adc>> Acessado em 30.04.12.

da OAB ou confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional<sup>52</sup>, ou seja, quase metade das ações intentadas, o que pode revelar certo interesse mais social do que institucional na declaração de constitucionalidade de certos atos.

Feitas as considerações preliminares sobre esta espécie legislativa a fim de explanar o trâmite de três ações de controle de constitucionalidade, passa-se à análise de outra normativa, que vem tratar da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

## 2. 2. Lei nº 9882/99

Com a portaria nº 572/97, o Ministro da Justiça Iris Rezende constituiu comissão especial a fim de propor regulamentação ao art. 102, §1º da Constituição Federal.

A comissão – composta por Ives Gandra Martins, Arnaldo Wald, Oscar Dias Corrêa, Gilmar Ferreira Mendes e presidida por Celso Ribeiro Bastos – elaborou “o primeiro esboço do anteprojeto que haveria de regular a argüição de descumprimento de preceito fundamental.”<sup>53</sup>.

Meses antes, a deputada Sandra Starling propusera o Projeto de Lei nº 2.872 pretendendo criar uma “reclamação”, aproximada à ADPF.

Em 1998, o Substitutivo Prisco Viana deu parecer positivo com algumas adaptações que acolheram propostas da comissão especial.

As orientações finais da Comissão Celso Bastos, foram complementadas por Gilmar Ferreira Mendes “introduzindo-se o incidente de inconstitucionalidade”<sup>54</sup>.

Aprovada a Lei nº 9882/99, viabilizou-se a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, que “sem dúvida, introduz profundas

---

<sup>52</sup> Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adclegitimado>> Acessado em 12.11.12.

<sup>53</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1305

<sup>54</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1305

alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, todas com um grande potencial para aperfeiçoá-lo.”<sup>55</sup>.

Dentre as potencialidades do instituto, são citadas: (i) ampliação do leque de situações que podem ser objeto de controle concentrado – a expressão “ato do poder público” leva o controle de constitucionalidade para além dos meros atos normativos; (ii) antecipação das decisões sobre controvérsias constitucionais pelo STF – questões que seria debatidas longamente em processos ordinários, para, quiçá, depois de muito tempo chegarem ao Supremo Tribunal Federal, podem, de antemão, serem apreciadas; (iii) análise de fatos e prognoses – possibilidade de fatos, geradores do ato e decorrentes dele, bem como aqueles possivelmente oriundos das decisões; (iv) abertura procedimental – a positivação da figura do *amicus curiae*, é tomada como “medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira”<sup>56</sup> – e (v) valor das decisões – o direcionamento dado pelo STF terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculantes, dando maior valor, peso, para as decisões, que seriam tomadas nas outras esferas sem estes atributos.

A nova lei trouxe esperanças no cenário jurídico brasileiro de “alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo nosso Pretório Excelso”, sendo “um instrumento de fortalecimento da missão que a Constituição reservou ao Supremo Tribunal Federal”<sup>57</sup>.

Legitimados para a propositura de ADPF<sup>58</sup>, são aqueles mesmos para a propositura das demais ações, fazendo-se as mesmas ressalvas.

---

<sup>55</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, jul – set, 2009. Disponível em <HTTP://www.direitodoestado.com.br/rede.aps.> Acessado em 1º de Setembro de 2011, p. 1.

<sup>56</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, jul – set, 2009. Disponível em <HTTP://www.direitodoestado.com.br/rede.aps.> Acessado em 1º de Setembro de 2011, p. 5. Ainda que de alta relevância a atuação do *amicus curiae*, é de se observar que sua esfera de ações ainda não se encontra pacificada. O Supremo Tribunal Federal já lhe reconheceu – ADI 2.130/SC – a possibilidade de realizar sustentação oral. Entretanto, há discussão sobre sua capacidade recursal, sendo a favor Fredie Didier Jr, Nelson Nery Jr e Carlos Del Prá e contrária Mirella de Carvalho Aguiar – conforme citação do primeiro em “Aspectos Processuais...”, p. 399.

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 563.

<sup>58</sup> art. 2º, I da Lei n. 9.882/99

O projeto aprovado pelo Congresso Nacional e submetido ao crivo presidencial sofreu veto, dentro outras questões, quanto à legitimação do cidadão, que era prevista no art. 2º, II da Lei nº 9882/99.

Segundo a Mensagem de Veto nº 1807/99, a ausência de requisitos a limitar o acesso do cidadão “e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas”.

Entretanto, a doutrina adverte que a acessibilidade por parte do cidadão a este instituto “afigura-se recomendável e até mesmo inevitável em muitos casos”<sup>59</sup>, ou ainda de maneira mais incisiva, afirma que o veto “infirmo o postulado democrático de abertura do processo constitucional ao cidadão e do acesso à justiça de todos aqueles que pretendam buscar uma prestação jurisdicional na defesa de seus interesses constitucionalmente protegidos”<sup>60</sup>.

Ainda a Mensagem de Veto nº 1807/99 sustenta que “o amplo rol de entes legitimados” é suficiente e “assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania”.

Todavia, os legitimados não se vinculam, necessariamente, às demandas sociais, de modo que “nada poderá fazer o cidadão, a não ser sofrer solitariamente o amargo desgosto de ver-se desassistido de qualquer medida para a proteção de seu direito consagrado num preceito fundamental da Constituição”<sup>61</sup>, caso seja olvidado pelos legitimados.

Pressupor que haverá “elevação excessiva do número de feitos”, é admitir intensa violação de preceitos fundamentais. Diante deste grave reconhecimento, imperiosa a criação de mecanismos de solução e não o obstar destes.

Ainda mais, vetar o acesso do cidadão ao Supremo Tribunal Federal, é negar-lhe direito de petição, ferindo direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV.

---

<sup>59</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1313

<sup>60</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 451.

<sup>61</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 452.



Ainda que se entenda, como pretendeu a Mensagem de Veto nº 1807/99, que a elevação de ações seria decorrente não da persistente violação a preceitos fundamentais, mas do mero ímpeto de ingressos de ações, sem a “correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas”, a razão de veto padece de vício insanável, visto que a isto equivale afirmar que os procuradores dos cidadãos – eis que certamente lhes seria exigido, tendo em vista que se exige de alguns dos demais legitimados – são incapazes de reconhecer uma lide merecedora de análise pela Corte máxima do país. Opera a fundamentação do veto ou presunção de inabilidade técnica ou presunção de má-fé.

Para além das razões do veto, a doutrina tende a afirmar inconstitucional o aumento do rol de legitimados, bem como dos atos que podem ser objetados perante o Supremo Tribunal Federal, por lei ordinária, “ao menos até que sobrevenha alteração do texto constitucional, que confira ao Pretório Excelso competência para julgar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais ou anteriores à Constituição.”<sup>62</sup>

Sustenta-se que a *Lex Máxima* “apenas previu que a lei fixaria a *forma* pela qual seria apreciada a ADPF, não permitindo, de maneira alguma, que o diploma infraconstitucional ampliasse as competências do Pretório Excelso”<sup>63</sup>, de modo que o “legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal”<sup>64</sup>.

Há ainda a corrente doutrinária, sustentada por Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Márcio F. Elias Rosa, Marisa F. Santos e Léo Van Holthe, citados por Paulo Dantas<sup>65</sup>, que afirma não haver inconstitucionalidade dos itens supracitados.

Compartilha-se do posicionamento destes. É preciso o entendimento de que a Constituição estabelece os parâmetros mínimos quando determina que o legislador ordinário regulará sobre certo tema, de modo que a ampliação das

---

<sup>62</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 253.

<sup>63</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 254.

<sup>64</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 646.

<sup>65</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 254 – 255.

margens do instituto criado pelo texto constitucional – desde que sistematicamente compatível com a totalidade da Constituição – deve ser permitida.

Ao afirmar que ao Supremo Tribunal Federal cabe julgar ações fundadas em certos tipos de atos normativos e propostas por determinadas pessoas, não se operou, necessariamente, a exclusão das demais hipóteses.

Ainda que se deva pesar a segurança jurídica oferecida pelo trâmite de uma emenda constitucional, sobremaneira maior do que aquela ofertada pelo processo legislativo ordinário, é preciso também considerar a teleologia dessa seguridade.

Os trâmites rigorosos estabelecidos para emenda constitucional não foram pensados para impedir o dilargamento de benefícios à sociedade, de liberdades do cidadão.

A via restritiva desmotivada é a lógica operacional de um regime ditatorial, logo, incompatível com o princípio democrático, devendo ser evitada.

A leitura compatível com a Constituição, tomando-a como “uma narrativa libertária e igualitária ou não é Constituição!”<sup>66</sup>, é aquela que emancipa o cidadão, retirando-lhe as amarras que o impedem de exercer sua cidadania adequada e diretamente.

Havendo compatibilidade entre a função do Supremo Tribunal Federal e aquelas descritas na lei, e sendo direito fundamental o acesso do cidadão ao judiciário, parece imperativo o reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo vetado e dos demais objetados.

As restrições apontadas pela doutrina se afiguram excessivo preciosismo com as formas, olvidando a finalidade e o conteúdo normativo do instituto.

Atente-se que tramita perante o Supremo Tribunal Federal a ADI 2.231, proposta pela OAB, na época presidida Reginaldo de Castro, contra a íntegra da lei que ora se comenta.

O então presidente da OAB publicou na Folha de São Paulo artigo sobre o tema. O primeiro, sob o título de “Reféns da Bagunça”, mais caloroso, critica-se que “ninguém soube de nada: nem mídia, nem sociedade civil organizada, nem mesmo a

---

<sup>66</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. IN: MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 50.

maioria dos que votaram a lei ou instituições especializadas, como Ordem dos Advogados do Brasil e Associação dos Magistrados do Brasil”<sup>67</sup>.

Posteriormente, editorial do mesmo jornal lamentava que “a regulação do descumprimento de preceito fundamental tenha sido feita sem um debate amplo, pesando os prós e os contras de matérias tão importante”<sup>68</sup>.

Longe de pretender discutir o trâmite da referida lei e as objeções feitas pelo advogado supracitado, é de se notar que as propostas de lei são públicas, houve a instalação de comissão de juristas exclusivamente para este fim cerca de um ano antes da aprovação da lei, sendo dificultosa a crença no fato de que a sociedade teria ficado completamente à margem do processo legislativo.

Não se pode imputar como vício do processo legislativo a falta de acompanhamento dos cidadãos, sobretudo em vista a disponibilidade dos meios para tanto.

A ADI 2.231 foi distribuída ao Ministro Néri da Silveira em 27.06.00 e teve o julgamento de sua liminar suspenso por pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence em 05.12.00, que foi renovado em 28.04.04. Com a aposentadoria deste, ascendeu à relatoria o Ministro Menezes Direito. Em 28.07.09, o Senado Federal juntou informações. Em 01.09.09, com o falecimento do relator, sucedeu-o o Ministro Dias Toffoli, que ainda não se manifestou nos autos, ou seja, o feito ainda pende de julgamento.

De todo modo, afirma-se que “o julgado do STF sobre a admissibilidade da ADPF 54 parece ter superado o debate sobre a constitucionalidade da Lei n. 9.882/99”<sup>69</sup>.

A figura da ADPF assumiu relevância, tendo sido julgadas, por seu intermédio, questões de profundo envolvimento social, como a permissão da interrupção da gestação de fetos anencefálicos sem que isto configure crime (ADPF 54) e a declaração de constitucionalidade do sistema de cotas da Universidade de Brasília (ADPF 186), o que leva a corroborar que esta figura encontrou assento no ordenamento jurídico, restando superadas as objeções que lhe eram dirigidas.

---

<sup>67</sup> CASTRO, Reginaldo. Reféns da Bagunça. In: **Folha de São Paulo**, caderno I, p. 3 de 14 de Março de 2000.

<sup>68</sup> Editorial **Folha de São Paulo** de 15 de Março de 2000.

<sup>69</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1307.

Até fevereiro de 2012, conforme sítio eletrônico do STF<sup>70</sup>, foram distribuídas 266 arguições de descumprimento de preceito fundamental, sendo que oitenta e seis ainda aguardam julgamento.

As estatísticas oferecidas pelo Supremo Tribunal Federal ainda revelam que 128 arguições não foram conhecidas. Destas, conforme sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, aproximadamente<sup>71</sup> 46 arguições tiveram esse destino por falta de legitimidade da parte, o que pode ser lido como outro indício da necessidade de legitimação do cidadão.

Havendo legitimidade, é preciso que a utilização da ADPF seja o único meio eficaz para afastar a lesão ou sua potencialidade a preceito fundamental, chamado de princípio de subsidiariedade.

Restritivamente, “a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial.”<sup>72</sup>.

Essa leitura deve ser feita com o cuidado já descrito quanto às restrições em seara constitucional. A doutrina parece condescendente e afirma que “é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento”<sup>73</sup>; quando não crítica voraz, afirmando que “a subsidiariedade é uma opção caprichosa e infundada do legislador”<sup>74</sup>, pois a ADPF “é medida tão primordial (ou principal) quanto a ação direta de inconstitucionalidade – ou até de relevância superior, se se quiser.”<sup>75</sup>.

Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido implacável, não conhecendo de 36 arguições com fundamento no princípio da subsidiariedade, conforme dados do sítio eletrônico do STF.

---

<sup>70</sup> Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adpf>> Acessado em 03.10.12.

<sup>71</sup> Diz-se aproximadamente, pois o número de ações distribuídas e julgadas pode ter se ampliado após o levantamento dos dados.

<sup>72</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1317

<sup>73</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1322.

<sup>74</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Brasileiro Concretizado**. São Paulo: Método, 2006, p. 261

<sup>75</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Brasileiro Concretizado**. São Paulo: Método, 2006, p. 263.

Caso preenchida a legitimidade e sendo a única via eficaz, a petição inicial deve atender ao objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ADPF tem como escopo “evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal”, bem como “repará-las, quando causadas pela conduta comissiva ou omissa de qualquer dos poderes públicos”<sup>76</sup>, além de tratar de relevantes controvérsias constitucionais.

Em verdade, o objeto abarcado é bem mais amplo, sendo ameaça de lesão ou lesão efetiva a preceito fundamental, que deve ser lido para além dos princípios, direitos e garantias fundamentais.

Na categoria de preceito fundamental, ainda se encontram elencados pela doutrina: “princípios e regras da Constituição indispensáveis à caracterização e existência do ente estatal”<sup>77</sup>; cláusulas pétreas<sup>78</sup>; princípios sensíveis, “que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal”<sup>79</sup>.

Há ainda a proteção dos princípios que emanam das figuras acima postas, como a “cidadania e a dignidade da pessoa humana” que se estão “inexoravelmente na categoria constitucional de ‘preceitos fundamentais’.”<sup>80</sup>.

Certamente que estas afirmações não solvem o problema da definição do objeto, apenas remetem-no ao preenchimento dos conceitos acima lançados. Apesar da crítica já apresentada – de que o legislador ordinário ter-se-ia utilizado de artimanha para ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal – parece saudável que o objeto esteja atrelado a elementos fluidos, fazendo com que seu conteúdo real somente possa ser extraído hermeneuticamente, conferindo dinamicidade à constituição e possibilitando sua leitura atualizada ao contexto.

---

<sup>76</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 644

<sup>77</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 247.

<sup>78</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 247.

<sup>79</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 312. Ainda a doutrina explicita que “Esses princípios são aqueles que estão enumerados no art. 34, VII, que constituem o fulcro da organização constitucional do País, de tal sorte que os Estados federados, ao se organizarem, estão circunscritos à adoção: (a) da forma republicana de governo; (b) do sistema representativo e do regime democrático; (c) dos direitos da pessoa humana; (d) da autonomia municipal; (e) da prestação de contas da administração pública, direta e indireta” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 612).

<sup>80</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Brasileiro Concretizado**. São Paulo: Método, 2006, p.229.

Assim, pode ser impugnado por meio de ADPF o direito pré-constitucional; a lei municipal – sem que com isso “o STF aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os Municípios”, sendo suficiente que se “decida uma questão-padrão com força vinculante”<sup>81</sup>; decisões judiciais – pretenda-se questionar a interpretação da constituição dada pelo magistrado, ou decisão judicial carente de fundamentos legais e que atinja situações individuais afrontando a constituição; ato regulamentar e norma revogada, “tendo em vista o interesse jurídico da solução quanto à legitimidade de sua aplicação no passado”<sup>82</sup>.

Observe-se que todos os itens elencados no parágrafo anterior devem potencial ou efetivamente lesionar preceitos fundamentais.

Ainda se ressalte que na modalidade incidental, o objeto será a “existência de controvérsia judicial ou jurídica relativa à constitucionalidade da lei ou à legitimidade do ato para a instauração da arguição de inconstitucionalidade.”<sup>83</sup>

Substancialmente compatível, a petição deve ser endereçada ao Supremo Tribunal Federal, onde será sorteado relator entre os ministros.

Caso haja pedido neste sentido, é possível o deferimento, por maioria absoluta dos membros do Tribunal, de liminar possibilitando a suspensão “direta do ato impugnado” bem como “que os juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais ou de qualquer outra medida que guarde relação com a matéria discutida na ação”<sup>84</sup>.

Pendente o julgamento do ADI 2.231, poder-se-ia objetar a inaplicabilidade do dispositivo que permite a concessão de liminar. Entretanto, em virtude do art. 170, §1º do Regimento Interno do STF<sup>85</sup>, não se pode “afastar a possibilidade de legitimamente pedir a concessão de medida liminar”<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1327.

<sup>82</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1333.

<sup>83</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1316.

<sup>84</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1342.

<sup>85</sup> Art. 170, §1º RISTF: Se houver pedido de medida cautelar, o Relator submetê-la-á ao Plenário e somente após a decisão solicitará as informações.

<sup>86</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Brasileiro Concretizado**. São Paulo: Método, 2006, p. 252.

Analisada a liminar, o relator deverá solicitar informações a respeito do ato impugnado junto às autoridades responsáveis por este<sup>87</sup>. No prazo de dez dias para a juntada das informações, devem ser feitos os pedidos de habilitação para participação na ação como *amicus curiae*.

As partes de processos em se originaram a argüição, no caso incidental, poderão ser ouvidas. Embora seja “um *limitado* direito de participação no processo objetivo submetido à apreciação do STF”<sup>88</sup>, sua ocorrência depende do crivo do relator<sup>89</sup>.

Aclarada a questão fática, densificado o convencimento, havendo informações ou não, o relator juntará aos autos o relatório da ação e pedirá dia para julgamento.

Incluída em pauta, a argüição deverá ser apreciada por, no mínimo, oito ministros, e “embora o texto seja silente”, deve haver a “maioria absoluta dos membros do Tribunal”<sup>90</sup> para a procedência ou improcedência.

A decisão tomada terá eficácia *erga omnes*, vinculante e *ex tunc*, sendo que, pela maioria de dois terços do Tribunal, os efeitos podem ser modulados quanto à projeção no tempo, incidindo de maneira *ex nunc* ou a termo inicial escolhido pela Corte.

Neste trâmite têm sido julgadas relevantes questões sociais, como o reconhecimento da união estável homoafetiva (ADPF 132), a permissão da interrupção gestacional de fetos anencefálicos (ADPF 54) e ainda a constitucionalidade da política afirmativa de cotas raciais em universidades públicas (ADPF 186), reafirmando a importância do instituto.

Feito um panorama do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, colombiano e mexicano, estando ponderadas as ações do primeiro sistema abordado, ressaltando suas problemáticas, passa-se a sugestões para o aperfeiçoamento do arquétipo brasileiro de defesa da Constituição.

---

<sup>87</sup> Art. 6º da Lei 9882/99

<sup>88</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1340.

<sup>89</sup> Art. 6º, §1º da Lei 9882/99: “**Se entender necessário, poderá** o relator ouvir as partes...” (grifei).

<sup>90</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1343.

### 3. PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DO MODELO BRASILEIRO

O capítulo que se inaugura buscará traçar possibilidades teóricas e práticas a partir das análises do capítulos anteriores, pelas quais, pode-se afirmar que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade carece de mecanismos de democratização, de inclusão do cidadão no acionamento da defesa constitucional.

Resgatando a ressalva de que não se deve simplesmente importar mecanismos estrangeiros, mas, eventualmente, tomá-los como base para a construção de uma atuação tipicamente brasileira, adequada às nossas realidades institucionais e sociais, é plausível a conclusão de que os sistemas constitucionais de México e Colômbia oferecem figuras interessantes à construção de um controle de constitucionalidade democrático.

Busca-se trabalhar dois lados do mesmo objeto: o teórico e o prático. Essa opção dual se justifica pela advertência constante da vida acadêmica de que a teoria sem a prática é vã<sup>1</sup>. Acrescente-se que prática sem teoria adequadamente pensada é caminhar sem direção, experimentar atalhos na tentativa de aportar em local seguro.

Como último alerta, recorde-se que as possibilidades apresentadas não constituem rol exaustivo, mas provocativo, incitante de reflexão de novos meios.

#### 3. 1. Possibilidades Teóricas

Os caminhos teóricos à democratização do controle de constitucionalidade passam, necessariamente no caso brasileiro, por reforma constitucional, operada por emenda.

O modo mais breve de incluir o cidadão como legitimado ativo, seria realizar a inclusão de décimo inciso no art. 103 da Constituição Federal, solucionando a questão em face das ações diretas de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. A fim de atingir também a arguição de descumprimento de preceito fundamental, seria preciso vincular a legitimação cidadã no parágrafo primeiro do art. 102 da Constituição Federal, complementando-lhe com a

---

<sup>1</sup> Segundo Paulo Bonavides: “É essa, indubitavelmente, a grande tragédia jurídica dos povos do Terceiro Mundo. Têm a teoria mas não têm a práxis.” (**Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 10)



advertência de que a lei deverá reger os termos desta ação sem olvidar a legitimidade do cidadão para sua propositura.

Aparentemente a questão teórica estaria resolvida. Entretanto, esta proposta se mostra insuficiente.

Ocorre que certos legitimados, embora se encontrem expressos no texto constitucional, sofrem restrições de atuação em virtude da interpretação consolidada pela jurisprudência, conforme visto no capítulo anterior.

Assim, seria mais prudente que as inserções acima sugeridas viessem acompanhadas do esclarecimento de que esta legitimação não poderá sofrer restrições de quaisquer espécies, sendo, portanto, constitutiva do cidadão em legitimado universal.

Esta ressalva, contudo, geraria um conflito interno ao sistema de controle de constitucionalidade, pois não lograria sentido conferir tamanha possibilidade ao cidadão e tolhe-la dos ditos legitimados especiais.

Dito conflito interno, em verdade, oporia o texto estrito da Constituição à interpretação que lhe é dado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, a divergência se esvairia, pois o novo texto constitucional vincularia a atuação da Corte.

A jurisprudência aparentemente conflitante, não o seria, pois adequada ao texto constitucional vigente quando da redação dos acórdãos ou decisões monocráticas.

Relevante é que o fundamento para a participação geral dos indivíduos – que a defesa da Constituição, dado seu *status*, é interesse geral – exigiria o abarcamento dos legitimados, ditos, *especiais*, pois incluídos na generalidade social.

Embora todo o esforço argumentativo da jurisprudência para a criação da dicotomia entre legitimados especiais e universais restasse superado, a prolixidade do texto não se adéqua à melhor forma.

Mais acertada opção, ainda que drástica, seria amalgamar todos os incisos do art. 102 num único que afirmasse que todos os cidadãos, ocupantes ou não de cargos públicos, pessoas jurídicas, de direito público ou privado, estão legitimados à defesa da Constituição por meio das ações nela previstas.

Assim, nivelam-se todos os legitimados a um único posto, de defensores da Constituição. Ainda haveria como conseqüência a expansão do rol de legitimados

para propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental, pondo fim a uma redução inexplicável daquela relação de sujeitos.

Para além desses caminhos, que mantêm as ações hoje existentes, o direito estrangeiro analisado no capítulo anterior aponta uma nova vereda potencialmente trilhável.

Do direito colombiano, pode-se tomar a ação pública de inconstitucionalidade, criando nova figura no ordenamento brasileiro, sem que se altere as já existentes.

Assim, ter-se-ia a inserção de mecanismo muito abrangente, pelo qual todo cidadão poderia impugnar qualquer ato de ameaça concreta ou potencial à Constituição e sem a necessidade de advogado, como nos moldes colombianos.

Atente-se que a ação pública de inconstitucionalidade colombiana se refere a *todo ciudadano*, ficando à margem do controle de constitucionalidade as pessoas jurídicas, o que, no caso brasileiro, seria sanado com a ampla reforma constitucional acima proposta.

A maior contribuição mexicana é, sem dúvida, o recurso de amparo, eis que qualquer cidadão pode ajuizá-lo em proveito de direito fundamental pessoal ou de terceiro impossibilitado de o fazer.

Entretanto, esta figura não atende plenamente a defesa da Constituição. Protege, certamente, suas partes mais sensíveis e atinentes aos interesses individuais do cidadão, mas olvida questões que estejam para além dessas.

Na sistemática brasileira atual, o recurso de amparo aproxima-se da argüição de descumprimento de preceito fundamental, trazendo pouca inovação.

Adverte-se que a introdução de novas ações exige apuração acurada de suas procedibilidades, custos sociais e financeiros, em vista da alteração profunda do sistema de defesa constitucional. Uma vez que tais estudos são alheios ao escopo do presente trabalho, a análise que se segue se mantém nas primeiras hipóteses, ou seja, de ampliação do rol de legitimados, sem a supressão ou criação de ações.

Espraiadas algumas idéias a respeito da adequação teórica da Constituição ao fim proposto, necessário considerar que uma teoria asséptica é insensível às demandas da realidade, o que pode torná-la inócua.

Não há como ignorar o fato de que tamanha legitimidade tem o potencial de fazer eclodir enorme número de ações de modo a inviabilizar o trabalho nas Cortes Constitucionais, por exemplo.

No trecho que segue, buscam-se caminhos possíveis a partir da reforma teórica mais ampla, a última proposta. Faz-se esta escolha exatamente pela abrangência, que torna aquela reforma teórica mais complexa do ponto de vista procedimental. Ademais, se “a complexidade inibe a flexibilidade” e “as primeiras escolhas são especialmente cruciais”<sup>2</sup>, soluções em campos complexos, ou seja, restritos em possibilidades, tendem a ser mais efetivas.

### **3. 2. Possibilidades Práticas**

Nesta seara a problemática se avulta, identificando-se inicialmente dois pontos a se trabalhar.

O primeiro é a instrumentalização da legitimação cidadã – se individual ou com critério de numerosidade e como operacionalizar este requisito. A segunda questão é do processamento das ações.

Ambos serão tratados em conjunto eis que elementos intimamente conectados, cujo desmembramento pleno para análise individual desvirtuaria o escopo do presente estudo.

A processualística civil, que serve de base aos outros ramos processuais do direito, pretende na maior parte das vezes um processo individual, ou seja, afastando as possibilidades de cumulação de vários indivíduos num mesmo pólo.

Diz-se que o litisconsórcio ou mesmo a intervenção de terceiros gera ônus processuais disfuncionais, impondo aos litigantes demora excessiva, gastos mais robustos, logo, maior desgaste. O processo ideal, portanto, seria aquele em que há apenas um autor contra apenas um réu, sem o risco da intervenção de terceiros.

A processualística constitucional não deve operar da mesma forma, uma vez que o rito das ações de controle de constitucionalidade é sobremaneira abreviado e prescinde de custas.

Considere-se ainda que na defesa da constituição o desgaste dos participantes é mínimo, pois não se encontra um direito subjetivo exatamente ameaçado ou lesado – salvo nas hipóteses de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

---

<sup>2</sup> KISSINGER, Henry. **Diplomacia**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 10.

Entretanto, é preciso atentar que a teoria processual civil se ancora fundamentalmente em ações individuais pelo fato social de que os indivíduos tendem a buscar primeiramente seus próprios interesses. Aliás, esta é a justificativa da intervenção de terceiros e dos litisconsórcios nas lides cíveis.

A propositura de uma demanda com vistas meramente a benefícios pessoais é incompatível com as ações de controle de constitucionalidade, que almejam a defesa da Constituição.

Alie-se a este argumento que a legitimação individual possibilitaria o ingresso de diversas ações semelhantes ou mesmo idênticas, provindas do mesmo ou de vários locais do país.

Ainda, a legitimação individual para a propositura de ações em defesa da Constituição é tema de preocupação do Estado brasileiro, sobretudo em face do potencial excessivo número de feitos.

Esta inquietação se dá, em grande parte, pelo fato de que as funções de última instância recursal de processos ordinários e de corte constitucional são desenvolvidas pelo mesmo órgão, o Supremo Tribunal Federal.

Embora haja grande receio, as estatísticas são menos alarmantes. Em 2011, o STF julgou 97.380 feitos<sup>3</sup>, sendo apenas 332 ações no âmbito de controle de constitucionalidade<sup>4</sup>, ou seja, as ações em defesa da Constituição perfizeram apenas 0,34% do total de ações tramitadas na Corte no ano passado.

O ano de 2007 apresentou o maior contingente de feitos julgados pelo STF, totalizando 159.522 ações, sendo 272 em controle de constitucionalidade, apenas 0,17% do total.

De 1990<sup>5</sup> até ano passado, o Supremo Tribunal Federal julgou 1.626.823 feitos, sendo 4.634 em controle de constitucionalidade, aproximadamente 0,28% do total, segundo seu sítio eletrônico.

No México, embora desconhecidas informações sobre a totalidade de processos em trâmite, a *Suprema Corte Nacional de Justicia de la Nación* conta com

---

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimen toProcessual>> Acessado em 23.07.12

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisa Classe>> Acessado em 23.07.12

<sup>5</sup> Utiliza-se este marco em virtude das tabelas oferecidas no sítio eletrônico do STF informarem dados por classe processual apenas a partir desta data.

813 *acciones de inconstitucionalidad*, de 1995 a 2012, tendo julgado 716 feitos, neste mesmo período, conforme seu sítio eletrônico de estatísticas<sup>6</sup>.

Para além das críticas já tecidas quando da análise da mensagem de veto à lei que regula a argüição de descumprimento de preceito fundamental, deve-se, ao menos potencialmente, considerar o aumento vertiginoso de feitos da natureza de controle de constitucionalidade a fim de, na medida que possível, sem comprometer o ideal democrático, contornar o problema.

Ainda problematizando a questão da legitimação individual, considere-se o empecilho apresentado pela doutrina da “questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível”<sup>7</sup>. Direitos individuais parecem sem jamais terem sido reclamados judicialmente por falta reconhecimento dessa possibilidade, tanto mais direitos de cunho mais abstrato, como a defesa da Constituição.

Por fim, embora as ações de controle de constitucionalidade não possuam custas, é inolvidável o gasto com advogados, impondo ônus nem sempre arcáveis individualmente. Advertência já feita pela doutrina no sentido de que “pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas”<sup>8</sup>, ponto sobretudo favorável à legitimação de pessoas jurídicas.

Por fim, a questão da legitimação individual de pessoas jurídicas esbarra na potencial sobreposição de interesses singulares ao interesse social de defesa da Constituição.

Em resumo, a legitimação individual do cidadão encontra diversos óbices desde o reconhecimento de uma ofensa à Constituição, passando pela profusão de ações intentadas com o conseqüente desgaste institucional, bem como o desvirtuamento do objetivo do controle de constitucionalidade, até a incapacidade ou mesmo desvantagem de suportar os gastos envolvidos.

A legitimação individual de pessoas jurídicas, embora supere, em grande medida, a questão do reconhecimento de ofensas objetáveis e do suporte financeiro para manutenção da ação, esbarra no potencial desvirtuamento do escopo do controle de constitucionalidade, bem como na eventual litispendência consumidora de energias excessivas para sua solução.

---

<sup>6</sup> <http://www2.scjn.gob.mx/alex/analisis.aspx> Acessado 31.07.12.

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 22.

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 21.

Assim sendo, passa-se a perquirir a viabilidade da exigência de certo número de pessoas e sua reunião para a propositura das ações de controle de constitucionalidade, o que será referido pelo nome de critério de numerosidade<sup>9</sup>.

O método não é inovação no ordenamento brasileiro, sendo já utilizado para leis de iniciativa popular, mecanismo previsto constitucionalmente como meio de realização da soberania do povo, e ainda para ações coletivas.

Em tratando de lei de iniciativa popular, para ficar na seara constitucional, o artigo 14, III da Constituição Federal tem suas exigências explicitadas no artigo 61, §2º do mesmo diploma, sendo preciso que o projeto seja subscrito por, no mínimo, *um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitorados de cada um deles*.

Em números concretos, considerando apenas os cinco Estados com maior número de eleitores, ou seja, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Bahia e Rio Grande do Sul, e considerando apenas o patamar mínimo, de três décimos por cento do eleitorado de cada ente, ter-se-iam aproximadamente 229.125 assinaturas, a partir de dados do Tribunal Superior Eleitoral<sup>10</sup>.

Por semelhante modo, mas utilizando os Estados com menor número de eleitores, ter-se-iam aproximadamente 9.995 assinaturas nos estados de Roraima, Amapá, Acre, Tocantins e Rondônia.

Note-se que, apesar da distribuição do patamar mínimo no número mínimo de estados, em nenhuma das hipóteses seria atingido o nível básico nacional de um por cento dos eleitores, ou seja, 1.405.909.

Obviamente que esta quantificação desconsidera o posicionamento geográfico e a composição socioeconômica de cada localização, fatores impactantes na possibilidade de obtenção de assinaturas. De todo modo, é de se considerar a afirmação de que “o número de assinaturas exigidas é alto demais”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Empréstase o termo da teoria das ações coletivas. Segundo Aluísio Castro Mendes, no livro **Ações Coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75), a verificação de numerosidade se dá quando “a classe seja tão numerosa que a reunião de todos os membros seja impraticável”, não sendo necessário demonstrar a impraticabilidade, mas “a extrema dificuldade ou inconveniência” do ajuntamento. Prossegue o referido autor defendendo que este critério melhor expressa o escopo das ações coletivas, ou seja, economia judicial e processual, bem como acesso à prestação jurisdicional.

<sup>10</sup> Disponível em < <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/quantitativo-do-eleitorado/consulta-quantitativo>> Acessado em 27.07.12

<sup>11</sup> Disponível em < <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1175608>> Acessado em 23.07.12

Necessária, portanto, solução coerente com a realidade contemporânea, atendente da demanda de um país continental como o Brasil, sem olvidar os avanços tecnológicos.

Em termos de progressos das técnicas, exemplo relevante é a identificação biométrica dos eleitores, já utilizada em 2010 por 60 municípios brasileiros<sup>12</sup>, elemento que poderá ser bastante útil para o registro dos indivíduos com vistas ao critério da numerosidade.

Assim, sugere-se que o Poder Executivo forneça locais físicos em diversos locais dos estados, para atuação de um novo órgão.

Qualquer indivíduo, pessoa física ou jurídica, poderia enviar a este local sua requisição para abertura de ação de controle de constitucionalidade sobre certo ato ou fato. Ao receber este requerimento, o novo órgão deveria dar-lhe forma jurídica e publicidade aos indivíduos.

Ainda é preciso que este órgão possua assessoria jurídica capacitada para prestar informações aos indivíduos sobre os objetivos da pretensa ação e suas possíveis conseqüências.

Por fim, utilizando-se de algum expediente de registro digital – a partir do cadastro de pessoa física ou do cadastro nacional de pessoa jurídica – aqueles que compactuarem com o objetivo da embrionária ação, poderiam ‘assiná-la’.

Tratando-se de pessoas físicas, esta sistemática é já possível a partir da identificação biométrica, como acima posto. Em se tratando de pessoa jurídica, o mesmo expediente pode ser adotado, sendo autorizado a emprestar sua identidade biométrica aquele que possuir mandato para tal fim.

Em um sistema integrado nacionalmente, todas as pretensas ações, apresentadas em quaisquer partes do país, estariam acessíveis a todos, propagando informação e dando ciência dos acontecimentos, aumentando a integração nacional.

Completado o número mínimo de adesões seria imperativa a apresentação da ação ao Poder Judiciário, consignando que os registros dos sufrágios para que aquela pretensão se convertesse em ação se encontram arquivados no órgão competente.

---

<sup>12</sup> Disponível em <[www.tse.jus.br/hotSites/urnaEletronica/arquivos/Lista-cidades-onde-houve-votacao-urnas-leitor-biometrico-2010.xls](http://www.tse.jus.br/hotSites/urnaEletronica/arquivos/Lista-cidades-onde-houve-votacao-urnas-leitor-biometrico-2010.xls)> Acessado em 30.07.12

Ainda seria incumbência deste novo órgão, por meio de uma controladoria geral, zelar para que não hajam pré-ações com o mesmo escopo e tampouco sejam ajuizadas ações idênticas quanto ao objeto.

Esse mecanismo solve o problema da numerosidade, estimula a participação cidadã, criando uma arena pública de debate social e elide o problema do ajuizamento de diversas ações com o mesmo escopo.

Sugere-se a criação de um novo órgão estatal, com um espaço físico próprio e não meramente o lançamento de sítios eletrônicos uma vez que, segundo dados do IBGE<sup>13</sup>, em 2008, o Brasil contava com 56 milhões de usuários, com mais de dez anos, da rede mundial de computadores, sendo que no ano de 2009, o número de brasileiros com acesso à Internet chegou a 41,7% da população<sup>14</sup>.

Este percentual traz em si o problema histórico do Brasil, da distribuição. Segundo a pesquisa utilizada, 48,1% da população do Sudeste já se conectou à Internet, enquanto apenas 30,2% dos habitantes do Nordeste.

Ainda se considere que para referida pesquisa basta que o indivíduo declare “já ter usado a web”, o que não é necessariamente um hábito, uma possibilidade cotidiana.

Certamente o avanço das tecnologias e o acesso da população aos meios de comunicação mais modernos, trarão outras possibilidades de inserção do cidadão na efetiva cidadania, dando forma material ao princípio democrático.

---

<sup>13</sup> Disponível em <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1517](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1517)> Acessado em 27.09.12.

<sup>14</sup> Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/mais-brasileiros-conectados>> Acessado em 27.09.12.



## CONCLUSÃO

A vereda percorrida se iniciou na premissa de que o cerne da Constituição é o princípio democrático, o fio condutor de todos os tecidos constitucionais, sendo mesmo afirmada identidade entre o princípio democrático e a própria Lei Máxima.

Dada essa relação de pertinência, mostra-se necessário que todo o texto constitucional seja orquestrado pela democracia. Ainda se partiu do pressuposto de que este horizonte audacioso, dada a soberania popular, será melhor alcançado pelas mãos dos titulares do poder constitucional, isto é, os cidadãos.

Dentre os componentes da Constituição está seu meio de defesa: o controle de constitucionalidade, que também deve ser informado pelo princípio democrático. Aliás, sendo proteção da ordem constitucional, tanto mais deve ser operado pela sociedade cujo arcabouço jurídico se funda na norma que se quer conservar.

Experiências externas às brasileiras podem auxiliar na compreensão e estruturação do exercício da democracia direta em controle de constitucionalidade. Ainda que não se possa importar estruturas em sua integralidade, pois estas devem ser adequadas à sociedade em que se inserirão, as contribuições revelam a possibilidade de tornar efetiva a participação pretendida.

Nessa perspectiva, perquiriu-se, então, a incidência do princípio norteador, o democrático, no controle de constitucionalidade brasileiro, colombiano e mexicano, aprofundando-se no primeiro, abalizando os avanços dos dois últimos.

A Colômbia oferece à análise uma Constituição forjada em ambiente hostil, assaz conturbado pelos poderes paralelos do tráfico de drogas. Apesar deste cenário inóspito, o controle de constitucionalidade colombiano se revela sobremaneira democrático.

Ressaltada pela doutrina daquele país como um dos maiores da Carta de 1991, a criação da Corte Constitucional viabilizou a ação pública de inconstitucionalidade, pela qual qualquer cidadão se encontra legitimado para questionar a constitucionalidade de reformas constitucionais ou de leis e decretos com força de lei, prescindindo da representação por advogado.

Também se tornou possível a revisão de sentenças de tutela, permitindo qualquer pessoa, públicas ou privadas, agirem para proteger direitos fundamentais

ameaçados ou já afetados, sendo este mecanismo chamado de prática concreta quanto ao direito comum, ao direito da gente.

O México se expressa pelo juízo de amparo e pelos organismos autônomos protetores de direitos humanos. O primeiro é compartilhado por outros países latino americanos, obtendo grande prestígio. O segundo, aproxima cidadão e poder público, factibilizando a exigência de cumprimento de dispositivos constitucionais.

Quanto ao Brasil, concluiu-se pela profunda carência de democratização do acesso ao controle de constitucionalidade, conferindo legitimidade ao cidadão para exercício da democracia direta. Aportou-se na constatação do *status quo* e nas proposições de reformas constitucionais legitimantes do cidadão para o controle de constitucionalidade, bem como de criação de meios materiais para atingimento do escopo democrático.

Emendas constitucionais, bem como criação de instrumentos de realização prática do que se propugna, foram as sugestões singelamente postas, sendo as primeiras apresentadas em diversos graus de interferência no sistema atual.

As perspectivas que se lançaram não exaurem o tema, pois tampouco esta era a pretensão. Objetivou-se um panorama, no qual ficasse saliente a necessidade – e sobretudo a possibilidade – de democratização do controle de constitucionalidade brasileiro.

As bases teóricas apresentadas ainda requerem aprofundamento, a fim de que se consolide o cabedal democrático em tudo que emana da ordem constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Celso. Vocês se preparem, porque a política externa brasileira tomou novos rumos. IN: \_\_\_\_\_. **Conversas com Jovens Diplomatas**. São Paulo: Benvirá, 2011, p. 17 – 34.

BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893.

BARROSO, Luís Roberto. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Hipótese de cabimento. Decreto estadual anterior à Constituição de 1988 vinculando remuneração de servidores ao salário mínimo. IN: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. 2. Ed. Rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 396.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BINEMBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTERO BERNAL, Andrés. **Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina**. In: Revista Sequencia. N. 59. Dez. 2009, p. 271 – 298.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 339 – 428.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, Reginaldo. Reféns da Bagunça. In: **Folha de São Paulo**, caderno I, p. 3 de 14 de Março de 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. IN: MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 49 – 60.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón. Las partes en las controversias constitucionales. In: **Questiones Constitucionales**. Nº 16, enero-junio, 2007.

COSTA, Pietro. Soberania, Representação, Democracia: **ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

CUNHA JUNIOR, Dirley. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. IN: DIDIER JR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Podium, 2006, p. 429 – 500.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

FIX-ZAMUDIO, Hector; VALENCIA CARMONA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Notícia de um seqüestro**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Relato de um Náufrago**. Rio de Janeiro: Record, 2012.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Controle da Constitucionalidade pelo Poder Executivo. In: Misabel Abreu Machado Derzi. (Org.). **Separação de Poderes e Efetividade do Sistema Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Corte Constitucional Colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. In: **Instituciones Judiciales y Democracia**. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2011.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KISSINGER, Henry. **Diplomacia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

KATZ, Friedrich. O México: A República Restaurada e o Porfiriato, 1867 – 1910. In: BETHELL, Leslie (org). História da América Latina: **de 1870 a 1930**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 23 - 103.

LÓPEZ AGUILAR, Heriberto Benito. **El control jurídico del poder político en México**. Toluca: IEEM, 2011.

MENDES, Alúcio Castro. **Ações Coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, jul – set, 2009. Disponível em <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/rede.aps](http://www.direitodoestado.com.br/rede.aps)> Acessado em 1º de Setembro de 2011.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. **Derecho Constitucional Colombiano**. Bogotá: Ibañez, 2008.

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en la Constitución Mexicana. IN: **Questiones Constitucionales**, n. 18, enero-junio, 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SALGADO, Eneida Desiree. O desenvolvimento democrático e os direitos fundamentais: levando o direito de petição a sério. IN: I Seminário Ítalo-Brasileiro, 2011, Curitiba. **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil 2001**. Curitiba: Negócios Públicos, 2011, p. 66 – 82.

SILVA MEZA, Juan. Efectos de las Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los procesos constitucionales: 10 años de la novena época. IN: **Discursos**, México, SCJN, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil: **teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Brasileiro Concretizado**. São Paulo: Método, 2006.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. GARCIA, Maria (atualizadora). **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

WOMACK, John. A Revolução Mexicana, 1910 - 1920. In: BETHELL, Leslie (org). História da América Latina: **de 1870 a 1930**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p.105 - 191.