

Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO E A
ADMISSIBILIDADE DE *AMICUS CURIAE***

GISELE TROYANO PETINARI

SÃO PAULO – SP
2010

GISELE TROYANO PETINARI

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO E A
ADMISSIBILIDADE DE *AMICUS CURIAE***

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* TeleVirtual em Direito Constitucional, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional.

**Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

Orientador: Prof. Mário Luiz Ramidoff

**SÃO PAULO – SP
2010**

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas na presente monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

São Paulo, 03 de setembro de 2010.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo o estudo do controle de constitucionalidade concentrado e a admissibilidade da figura do *amicus curiae*. A análise do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos se mostra importante por ser tema de notável relevância para a ciência jurídica e para o ordenamento jurídico pátrio, pois é uma das formas de proteção da Carta Magna contra possíveis violações. A participação da figura do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade também se destaca por favorecer a ampliação da jurisdição constitucional, tornando-a mais eficiente e possibilitando a prolação de decisões mais adequadas aos interesses comuns da coletividade.

Palavras-chave: Constituição, Controle de Constitucionalidade, *Amicus Curiae*.

ABSTRACT

This work aims at studying concentrated judicial review and admissibility of the *amicus curiae* figure. The analysis of the concentrated judiciary review of laws and normative acts is important because it is the theme of remarkable relevance for the legal science and national legal planning, for this is a form to protect the Magna Carta against possible violations. The participation of the *amicus curiae* figure in the concentrated judiciary review also outstands, given that it favors the expansion of the constitutional jurisdiction, making it more efficient and making it possible the rendition of decisions most appropriate to the common interests of the collectivity.

Key words: Constitution, Judicial Review, *Amicus Curiae*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	3
1.1 Fundamentos do Controle de Constitucionalidade	3
1.2 Espécies de Inconstitucionalidade	4
1.3 Órgãos de Controle de Constitucionalidade	6
1.4 Sistemas e Vias de Ação do Controle de Constitucionalidade	7
1.5 Momento do Controle de Constitucionalidade	9
1.6 Evolução do Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade	10
1.6.1 A Constituição de 1824	10
1.6.2 A Constituição de 1891	11
1.6.3 A Constituição de 1934	11
1.6.4 A Constituição de 1937	12
1.6.5 A Constituição de 1946	13
1.6.6 A Emenda Constitucional nº 16, de 1965	14
1.6.7 A Constituição de 1967/1969	14
1.6.8 A Constituição de 1988	15
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO	17
2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade	20
2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	23
2.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade	26
2.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	28
3 O AMICUS CURIAE NO CONTROLE CONCENTRADO DE	
CONSTITUCIONALIDADE	33
3.1 Apontamentos Iniciais	33
3.2 Admissibilidade de <i>Amicus Curiae</i> nas Ações de Controle de	
Constitucionalidade Concentrado	35
3.2.1 Requisitos para participação	39
3.2.2 Momento para intervenção	40
3.2.3 Prazo para manifestação	41
3.2.4 Poderes Processuais	42
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa à análise do controle de constitucionalidade concentrado e a admissibilidade da figura do *amicus curiae*.

O controle de constitucionalidade é questão fundamental para o direito constitucional, assim como para a aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a guarda da Constituição e a defesa dos princípios e valores nela contidos.

Da mesma forma, o estudo da intervenção do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade se mostra relevante, pois com sua participação ocorre a democratização das discussões em matéria constitucional. Há a oportunidade de entidades ou órgãos participarem do processo de controle de constitucionalidade, objetivando complementar informações sobre casos relevantes, favorecendo, assim, a prolação de uma decisão mais adequada aos interesses comuns da sociedade.

Para alcançar o objetivo proposto, é realizado o estudo do controle de constitucionalidade, compreendendo os fundamentos do controle, as espécies de inconstitucionalidade, sistemas e vias de ação, órgãos de controle, bem como as classificações decorrentes do momento em que é exercido o controle. Examina-se, também, a evolução histórica do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, fazendo referência ao tratamento que lhe é dado pelas Constituições Brasileiras, desde 1891 até a atual Carta Magna, de 1988.

Posteriormente, é analisado, de forma individualizada, o controle de constitucionalidade concentrado, abrangendo origem histórica, conceito, os aspectos que o diferenciam do controle difuso, bem como a atuação do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União nessa espécie de controle.

Ainda, no capítulo que trata do controle de constitucionalidade concentrado, são estudadas as ações através das quais é exercido, exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, o controle abstrato das leis em face da Constituição Federal, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

No último capítulo, a figura do *amicus curiae* é examinada no contexto do controle de constitucionalidade concentrado. Contudo, são mencionados, nos apontamentos iniciais, o significado da expressão, origem histórica, natureza jurídica, previsão legal do instituto e importância para o ordenamento jurídico pátrio.

Além disso, é feita a análise da admissibilidade do instituto, especificamente, em cada uma das ações de controle concentrado de constitucionalidade, incluindo os requisitos para participação, momento e prazo para a intervenção, bem como os poderes processuais do *amicus curiae* nas referidas ações.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 Fundamentos do Controle de Constitucionalidade

A concepção de controle de constitucionalidade está vinculada, segundo Alexandre de Moraes, à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais¹.

Afirma Walber de Moura Agra²:

O controle de Constitucionalidade advém, basicamente, da supremacia e da suprallegalidade de que goza a Constituição. Parte-se da premissa de que a Carta Magna é a lei mais importante do ordenamento jurídico. Para Carl Schmitt, a lei fundamental é uma norma absolutamente inviolável e suas regulamentações não podem ser desobedecidas pelo legislador infraconstitucional.

Uma das funções precípua do controle de constitucionalidade é a garantia dos direitos fundamentais, para que os cidadãos possam usufruí-los na sua inteireza.

A hierarquia normativa é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, visto que é na Constituição, ápice do sistema normativo, que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo.

Acrescente-se a isso o fato de que, nas Constituições rígidas, as normas elaboradas pelo poder constituinte originário são colocadas acima de todas as outras normas do ordenamento jurídico. Há, portanto, uma superioridade da norma magna em relação às normas produzidas pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, existe um procedimento diferenciado para a modificação da Constituição, mais trabalhoso do que o previsto para a alteração das leis ordinárias, a fim de preservar o conteúdo da Carta Magna, em virtude de sua supremacia em face das outras normas jurídicas.

¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, p. 554.

² AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 529.

Destarte, a observância do princípio da supremacia constitucional é pressuposto para a existência do controle de constitucionalidade. Se não houver hierarquia entre a Carta Magna e a legislação infraconstitucional, não há necessidade de controle de constitucionalidade, pois o Poder Legislativo realiza tal atribuição.

Por fim, ressalte-se que a proteção dos direitos fundamentais é também uma das finalidades do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, leciona Alexandre de Moraes³:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

1.2 Espécies de Inconstitucionalidade

Em um Estado Democrático e Republicano as leis são elaboradas segundo a vontade de seu povo, pelos representantes eleitos. Por isso, tanto as leis quanto os atos normativos editados pelo Poder Público gozam de presunção de constitucionalidade ou presunção de legitimidade, devendo ser considerados legítimos até que venham a ser formalmente reconhecidos como inconstitucionais.

Dessa forma, inconstitucional é qualquer ação ou omissão contrária à Constituição. O dispositivo de qualquer norma jurídica, ou seja, de lei complementar, lei ordinária, decreto ou resolução, que contiver matéria incompatível com o texto constitucional ou cuja aprovação desobedeça a requisitos inerentes ao processo legislativo, é passível de ser declarado inconstitucional, mediante decisão do Poder Judiciário.

A inconstitucionalidade pode decorrer de uma ação (inconstitucionalidade positiva) ou de uma omissão (negativa). A inconstitucionalidade por ação ocorre quando a Constituição é ofendida através de uma conduta comissiva praticada pelo Poder Público, como na aprovação de lei em desacordo com a Constituição. Por sua vez, verifica-se a inconstitucionalidade por omissão quando a afronta à Carta Magna resulta de uma omissão do legislador, no momento em que deveria, por exigência

³ MORAES, Alexandre. op. cit., p. 554.

constitucional, editar uma norma regulamentadora, para tornar viável o exercício de determinado direito assegurado constitucionalmente.

Importante transcrever a ressalva feita por Luís Roberto Barroso⁴, a respeito da inconstitucionalidade por omissão:

A simples inércia, o mero *não fazer* por parte do legislador não significa que se esteja diante de uma omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo.

A doutrina ainda diferencia inconstitucionalidade por omissão total e por omissão parcial. A omissão total se dá quando o legislador não elabora a norma, que estaria sujeito a criar por força de determinação constitucional. A omissão parcial ocorre quando o Poder Público elabora a norma de maneira insatisfatória, incapaz de atender às exigências da norma constitucional de comando.

A inconstitucionalidade também pode ser formal ou material.

Há inconstitucionalidade formal quando é desrespeitado o procedimento previsto para a elaboração da norma, como no caso de uma lei ordinária que está disciplinando matéria reservada à lei complementar. O conteúdo da norma pode ser plenamente compatível com a Constituição, porém a norma não foi elaborada de modo adequado, abordando matéria reservada à outra espécie normativa ou aprovada com quorum menor que o necessário, como no caso de uma Emenda Constitucional não aprovada em dois turnos em ambas as casas do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros (Constituição Federal, art. 60, § 2º).

Já a inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo da norma contrariar a Constituição, como por exemplo, uma lei ordinária que institui a prisão perpétua no Brasil, violando a cláusula pétreia do art. 5º, XLVII, “b” da Constituição Federal. Ainda que o processo legislativo tenha sido estritamente obedecido, a norma contém matéria incompatível com a Constituição.

Podemos, ainda, classificar a inconstitucionalidade em total ou parcial. Nesse sentido, é a distinção de Barroso⁵:

A inconstitucionalidade será *total* quando colher a íntegra do diploma legal impugnado. E será *parcial* quando recair sobre um ou vários dispositivos, ou

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 33.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 39.

sobre fração de um deles, inclusive uma única palavra. A lei não perde, contudo, sua valia jurídica, por subsistirem outros dispositivos que lhe dão razão para existir. Como regra, será total a inconstitucionalidade resultante de vício formal, seja por defeito de competência ou de procedimento. A inconstitucionalidade material, por sua vez, poderá macular a totalidade do ato normativo ou apenas parte dele.

Inconstitucionalidade direta ocorre quando a invalidade resulta do confronto direto entre norma infraconstitucional (leis e atos normativos primários) e a Constituição.

Temos a inconstitucionalidade indireta, também denominada reflexa, quando o defeito do ato não viola diretamente a Constituição, ou seja, antes de o ato ofender o texto constitucional, contraria uma lei.

Há, por fim, a distinção entre inconstitucionalidade originária e derivada.

Inconstitucionalidade originária quando o vício ocorre no momento da produção da lei, isto é, no momento do seu ingresso no ordenamento jurídico a lei era incompatível com a Constituição.

Denomina-se inconstitucionalidade superveniente quando a invalidade decorrer do conflito entre uma norma infraconstitucional e o texto constitucional futuro, ou seja, uma nova Constituição ou emenda.

Ressalte-se que, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁶, no direito brasileiro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a existência de inconstitucionalidade superveniente. Na superveniência de texto constitucional ocorre “a simples revogação do direito pretérito com ele materialmente incompatível”.

1.3 Órgãos de Controle de Constitucionalidade

A depender da natureza do órgão que exercerá a fiscalização, poderemos classificar o controle de constitucionalidade em judicial, político ou misto.

Se a competência para declarar a inconstitucionalidade da lei for outorgada, pela Constituição, ao Poder Judiciário, dizemos que o controle é judicial ou jurisdicional.

⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 17.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁷ afirmam que:

O sistema jurisdicional nasceu nos estados Unidos da América, primeiro Estado a reconhecer a competência dos juízes e tribunais do Poder Judiciário para, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, declarar a inconstitucionalidade das leis.

Já o controle de constitucionalidade político ocorre quando a Constituição outorga a competência para a fiscalização do ato normativo a um órgão que não faça parte do Poder Judiciário.

Segundo Luís Roberto Barroso⁸:

A expressão controle *político* sugere o exercício da fiscalização de constitucionalidade por órgão que tenha essa natureza, normalmente ligado de modo direto ao Parlamento. Essa modalidade de controle costuma ser associada à experiência constitucional francesa. De fato, remonta ao período revolucionário o empenho em criar um órgão político de controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade misto se verifica quando a competência para declarar a inconstitucionalidade de algumas normas é atribuída a um órgão político e de outras ao Poder Judiciário. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁹ citam como exemplo a Suíça, “em que as leis nacionais submetem-se a controle político e as leis locais são fiscalizadas pelo Poder Judiciário.”

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adota o sistema judicial para a fiscalização da validade das normas. Contudo, há resquícios do controle político, conforme ressalta Walber de Moura Agra¹⁰:

O controle de constitucionalidade exercido no Brasil é de teor jurídico, ficando a cargo do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, há resquícios de controle político quando o Presidente veta um projeto de lei sob alegação de sua inconstitucionalidade, ou quando a propositura legislativa é declarada inconstitucional pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados ou do Senado. Nesses casos, o controle será político, porque serão as contingências da conveniência e da oportunidade que irão ditar se as normas são ou não constitucionais.

1.4 Sistemas e Vias de Ação do Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade judicial, sob o aspecto subjetivo ou orgânico, pode ser difuso ou concentrado.

⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 17.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 42.

⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 18.

¹⁰ AGRA, Walber de Moura. op. cit., p. 537-538.

Assevera, André Ramos Tavares¹¹ que pode ser exercido, o controle de constitucionalidade, “por um único órgão, caso em que se denomina controle concentrado, ou por diversos órgãos, caso em que se denomina difuso.”

No sistema difuso de controle de constitucionalidade, também chamado de concreto ou indireto, a competência para fiscalizar a validade das leis é outorgada a todos os componentes do Poder Judiciário. Nesse sentido, Pedro Lenza¹²:

O sistema difuso de controle de constitucionalidade significa a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade.

O modelo difuso de controle da validade das leis, isto é, a idéia de que os membros do Poder Judiciário, juízes e tribunais, só devem aplicar aos casos a eles submetidos as leis que considerem compatíveis com a Constituição surgiu nos Estados Unidos da América e foi difundido para os mais diversos ordenamentos constitucionais.

O sistema concentrado de constitucionalidade, também denominado de abstrato ou direto, verifica-se quando a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei é conferida somente a um órgão de natureza jurisdicional ou a um número limitado de órgãos. Significa dizer que somente o órgão de cúpula do Poder Judiciário realiza o controle.

Tal sistema teve sua origem na Áustria, influenciado por Hans Kelsen, conforme lecionam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹³:

Para Kelsen, a fiscalização da validade das leis representava tarefa especial, autônoma, que não deveria ser conferida a todos os membros do Poder Judiciário, já encarregados de exercerem a jurisdição, mas somente a uma Corte Constitucional, que deveria desempenhar exclusivamente essa função. Sob esse pensamento, foi criado o Tribunal Constitucional Austríaco, com a função exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Na visão de Kelsen, a função precípua do controle concentrado não seria a solução de casos concretos, mas sim a anulação genérica da lei incompatível com as normas constitucionais.

Sob o panorama formal, o controle de constitucionalidade judicial pode ser exercido pela via incidental (de defesa ou de exceção) ou pela via principal (abstrata ou de ação direta).

¹¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 226.

¹² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 222.

¹³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 19.

Pela via incidental, o controle de constitucionalidade será exercido como questão prejudicial e premissa lógica do pedido principal, sendo um mero incidente processual. O provimento judicial pretendido é o afastamento da aplicação da lei, considerada inconstitucional, ao caso *sub judice*. A decisão não retira a norma do ordenamento jurídico, isto é, os efeitos gerados são *inter partes*.

No controle de constitucionalidade pela via principal, o provimento judicial visado é o reconhecimento ou não de constitucionalidade da norma, ou seja, o objeto principal é a declaração ou não de compatibilidade da lei com a Constituição.

Dessa forma, em regra, o sistema difuso é exercido pela via incidental e o modelo concentrado é exercido pela via principal. Contudo, essa regra comporta exceções. Assim afirma Pedro Lenza¹⁴:

No direito brasileiro, como exceção à regra do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, podemos pensar em situação na qual o controle será concentrado (em órgão de cúpula, com competência originária), mas incidental, discutindo-se a questão de constitucionalidade como questão prejudicial ao objeto principal da lide.

O citado autor exemplifica a situação referindo-se a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o *habeas data*, nos termos do artigo 102, I, “d”, da Constituição Federal. Com efeito, tais ações cuidam de interesses concretos, porém é atribuída competência ao órgão máximo do Poder Judiciário para apreciá-las.

1.5 Momento do Controle de Constitucionalidade

Considerando o momento em que é exercido, o controle pode ser preventivo ou repressivo.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹⁵ fazem a seguinte exposição, sobre controle de constitucionalidade preventivo:

Ocorrerá o controle de constitucionalidade preventivo (a priori) quando a fiscalização da validade da norma incidir sobre o projeto, antes de a norma estar pronta e acabada. É o caso, no Brasil, do veto do Chefe do Executivo por inconstitucionalidade (veto jurídico), uma vez que incide sobre projeto de lei (CF, art. 66, § 1o).

¹⁴ LENZA, Pedro. op. cit., p. 222-223.

¹⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 21.

A respeito do controle de constitucionalidade repressivo, assevera André Ramos Tavares¹⁶:

O controle repressivo, também denominado corretivo, sucessivo ou *a posteriori*, é exercido apenas após a lei já ter integrado o sistema normativo. O controle repressivo pode ser exercido igualmente pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo ou pelo próprio Judiciário.

1.6 Evolução do Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade

1.6.1 A Constituição de 1824

Na Constituição de 1824, primeira Carta Magna Brasileira, não existia o controle de constitucionalidade judicial. Era previsto um rudimentar controle político de constitucionalidade, através do qual era atribuída ao Poder Legislativo, composto do Senado e da Assembléia Geral Legislativa, a competência para “fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” e, ainda, “velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da nação” (artigo 15, Constituição Imperial de 1824¹⁷).

Em decorrência de grande influência francesa e inglesa, o Poder Judiciário era impedido de atuar no controle constitucional. A esse respeito, leciona Walber de Moura Agra¹⁸:

Assim, na Constituição de 1824 não havia controle de constitucionalidade pelo Judiciário por causa da supremacia do Parlamento (influência francesa) e da relevância do princípio da legalidade, que expressava a vontade geral (influência francesa), devendo a fiscalização constitucional ser efetuada por quem realiza as normas, o Poder Legislativo.

No mesmo sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹⁹ afirmam que nessa concepção de Estado, na qual o Judiciário não exercia o controle de constitucionalidade, derivada notoriamente da doutrina francesa de separação rígida de poderes, era inadmissível a possibilidade de um poder invalidar os atos produzidos por outro poder. Desta maneira, preservava-se o equilíbrio e a harmonia que deveria haver entre os poderes e evitava-se os abusos decorrentes da concentração de poderes.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 225.

¹⁷ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 07 jul. 2010.

¹⁸ AGRA, Walber de Moura. op. cit., p. 534.

¹⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 22.

1.6.2 A Constituição de 1891

A Constituição de 1891, profundamente inspirada pela doutrina norte-americana, aboliu o sistema predominantemente político de controle de constitucionalidade, adotado pela Constituição anterior, atribuindo ao Poder Judiciário a competência para fiscalizar a compatibilidade das normas com a Carta Magna.

O controle de constitucionalidade, segundo Agra²⁰, “passou a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que sucedeu o antigo Supremo Tribunal de Justiça, existente no Império”.

Cabe transcrever os ensinamentos de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino²¹, a respeito do sistema adotado pela Carta Magna de 1891:

(...) a arguição de inconstitucionalidade somente era possível na via incidental, diante de um caso concreto, mediante provocação dos litigantes diretamente interessados. A declaração da inconstitucionalidade da lei, portanto, em nenhuma hipótese a retirava do ordenamento jurídico, mas, tão-somente, afastava sua aplicação ao caso concreto. Não havia a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade abstrata, de uma lei em tese, independentemente de interesses subjetivos específicos, mediante ação direta.

Foi instituído no direito brasileiro, portanto, um sistema de controle judicial difuso, pela via concreta, com geração de efeitos *inter partes*. Contudo, não havia um instituto que uniformizasse as decisões. Somente com o advento da Constituição de 1934, o Senado Federal passou a ter competência para determinar a suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

1.6.3 A Constituição de 1934

A Constituição de 1934 trouxe significativas inovações em matéria de controle de constitucionalidade, na medida em que atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de uma lei, com eficácia *erga omnes*, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto submetido ao Poder Judiciário.

²⁰ AGRA, Walber de Moura. op. cit., p. 534.

²¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 23.

Nesse sentido, tornou-se possível a atribuição de efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade, deixando de existir somente a eficácia *inter partes*. Além disso, foi instituída a denominada Reserva de Plenário (art. 179, da Constituição de 1934²²), segundo a qual somente a maioria absoluta dos Tribunais poderia declarar a inconstitucionalidade de uma norma, privilegiando o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e a segurança jurídica. A reserva de plenário vem regulada atualmente no art. 97 da Constituição Federal, que assim dispõe: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”²³.

Cabe frisar, ainda, que foi introduzida, no texto constitucional de 1934 (artigo 12, inciso V, § 2º), a representação interventiva que, nas palavras de Luís Roberto Barroso, seria “um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal”²⁴. Nas palavras de Barroso:

A lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros (os denominados princípios constitucionais *sensíveis*, constantes do art. 7º da Carta) precisava ser previamente submetida à mais alta corte, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua inconstitucionalidade.

1.6.4 A Constituição de 1937

A Constituição de 1937 manteve a previsão sobre a necessidade de manifestação da maioria absoluta dos membros do Tribunal sobre a inconstitucionalidade de uma lei.

Contudo, representou um verdadeiro retrocesso no sistema de constitucionalidade brasileiro, tendo em vista que deixou de constar a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a representação interventiva. Além disso,

²² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 07 jul. 2010.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 07 jul. 2010.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 63.

atribuiu poderes ao Presidente da República para submeter novamente ao Parlamento, a fim de fosse confirmada a legitimidade, uma norma já declarada inconstitucional pelo Tribunal.

O Poder Judiciário foi, dessa forma, demasiadamente enfraquecido e a tripartição de poderes quase anulada.

Disponha o artigo 96, em seu parágrafo único²⁵:

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

André Ramos Tavares afirmou que a Constituição de 1937 trouxe “uma inusitada modalidade de ‘reconstitucionalização’ de lei inconstitucional, para fazê-la prevalecer contra a Constituição”²⁶.

Ressalte-se que, não está prevista na Constituição Federal de 1988, a possibilidade de o Poder Legislativo anular a decisão judicial que considerou inconstitucional a lei ou ato normativo. Tal dispositivo não poderá ser incluído na Constituição por meio de Emenda, pois “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação de Poderes”, conforme dispõe o art. 60, § 4º, III da Constituição Federal²⁷.

1.6.5 A Constituição de 1946

Na Constituição de 1946, foram extintos os vestígios autoritários presentes na Carta de 1937 e houve o retorno das disposições previstas na Constituição de 1934, como a reserva de plenário, a atribuição de efeitos *erga omnes* à pronúncia de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário e a representação interventiva.

Afirma Walber de Moura Agra²⁸:

²⁵ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 07 jul. 2010.

²⁶ TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 274.

²⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 07 jul. 2010.

²⁸ AGRA, Walber de Moura. op. cit., p. 535.

Fato importante foi a extinção do dispositivo que atribuía ao Procurador-Geral da República a função de comunicar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado, para que este pudesse suspender a execução da lei. A comunicação passou a ser feita pelo próprio Supremo, diminuindo o procedimento burocrático.

1.6.6 A Emenda Constitucional nº 16, de 1965

Em 1965, foi instituído no Brasil o controle abstrato de normas, com a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que deveria ser ajuizada exclusivamente pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de um salto qualitativo em matéria de controle de constitucionalidade, uma vez que se tornou possível declarar a inconstitucionalidade em tese, sem vinculação a um interesse concreto, deixando de ser necessária a lesão a um interesse subjetivo específico, sendo suficiente a arguição da inconstitucionalidade para a defesa do interesse público e do ordenamento jurídico. A respeito da introdução do controle abstrato de normas, cabe transcrever a observação de Gilmar Ferreira Mendes²⁹:

De anotar, porém, que o maior mérito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob o império das Constituições de 1946 (Emenda n. 16, de 1965) e de 1967/69, está relacionado com a definição da natureza jurídico-processual do processo de controle abstrato. A identificação da natureza objetiva desse processo, a caracterização da iniciativa do Procurador-Geral da República como simples impulso processual e o reconhecimento da eficácia *erga omnes* das decisões de mérito proferidas nesses processos pelo Supremo Tribunal Federal configuraram, sem dúvida, conquistas fundamentais para o mais efetivo desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil.

1.6.7 A Constituição de 1967/1969

Tanto a Constituição de 1967 como a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 mantiveram os controles concentrado, pela via abstrata (direta), e difuso, pela via concreta (incidental), tais como previstos no texto constitucional de 1946, com as alterações introduzidas pela Emenda nº 16, de 1965.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 314.

1.6.8 A Constituição de 1988

A atual Carta Magna manteve o controle difuso, podendo qualquer órgão do Poder Judiciário afastar lei considerada inconstitucional ao caso concreto, que lhe é submetido.

Uma das novidades da Constituição de 1988 foi a valorização do controle abstrato de normas, mediante a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem como através da ampliação dos legitimados para a propositura dessas ações, retirando o monopólio até então existente do Procurador-Geral da República.

O art. 125, § 2º da atual Magna Carta permite aos estados-membros instituir o controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, o que fortalece substancialmente o controle de constitucionalidade no Brasil.

A Emenda Constitucional nº 3 de 1993 instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade, cujo provimento judicial visa à declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com a finalidade de pôr termo à controvérsia judicial a respeito de sua validade, sendo que a competência para o processamento e julgamento dessa ação foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

A Lei nº 9.882/99 disciplinou a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, §1º da Constituição Federal, ação que visa ao afastamento do ato ou omissão que cause ou venha a causar lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental previsto da Constituição. Outrossim, a referida lei possibilitou a declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*, de modo que o Supremo Tribunal Federal pode atribuir efeitos não-retroativos à sua decisão, fixando o termo inicial a partir do qual a sentença produzirá efeitos.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, denominada “Reforma do Judiciário”, modificou substancialmente o capítulo destinado ao Poder Judiciário e, em matéria de controle de constitucionalidade, estendeu o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal às Ações Diretas de Inconstitucionalidade e não só às Ações

Declaratórias de Constitucionalidade, nos termos do art. 102, § 2º da Constituição Federal.

Portanto, pode-se concluir que o sistema constitucional brasileiro, o qual inicialmente nem contemplava o controle de constitucionalidade, evoluiu de um controle difuso, de inspiração norte-americana, para um controle judicial misto, no qual coexistem o controle concentrado e o difuso, com sensível valorização da via abstrata a partir da Carta Magna de 1988.

Atualmente, no sistema constitucional brasileiro, as seguintes ações integram o controle de constitucionalidade, na via abstrata: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADInPO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A Carta Magna de 1988 regula a declaração de inconstitucionalidade na via abstrata (concentrada) no art. 102, I, “a”, enquanto que tal declaração na via concreta (difusa) está prevista no art. 102, III, “a”, “b” e “c”.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO

O controle de constitucionalidade concentrado, também denominado de controle por via principal, por ação direta, controle abstrato ou controle reservado, teve sua origem na Áustria, na Constituição de 1920, através da qual foi criado o primeiro tribunal dedicado ao exercício específico da jurisdição constitucional. No sistema jurídico brasileiro, foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que modificou a Carta Magna de 1946, atribuindo competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Diversamente do modelo difuso, no qual qualquer órgão do Poder Judiciário pode realizar o controle, no modelo concentrado (ou abstrato), a competência para realizar o controle é atribuída a um único órgão ou a um número limitado deles. A esse respeito, cabe transcrever os ensinamentos de Luís Roberto Barroso³⁰:

No caso brasileiro, a Constituição prevê a possibilidade de controle concentrado, por via principal, a ser desempenhado:

- a) no plano federal, e tendo como paradigma a Constituição da República, pelo *Supremo Tribunal Federal*, na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a) e na ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);
- b) no plano estadual, e tendo como paradigma a Constituição do Estado, pelo *Tribunal de Justiça*, na representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais (art. 125, § 2º).

No sistema difuso, embora seja um controle judicial, não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada, através de aplicação de lei, pelo órgão julgador. Portanto, pode se afirmar que a inconstitucionalidade é examinada em tese ou abstrato, visto que o controle é exercido em uma ação cuja questão principal a ser enfrentada é o juízo de constitucionalidade, ou seja, a finalidade da ação é unicamente o exame da validade da lei.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 135.

O autor da ação não precisa comprovar o prejuízo concreto que a norma, eivada de vício de inconstitucionalidade, produziu, já que não se trata de uma ação vinculada a relações jurídicas específicas. O interesse de agir existe na alegação de que tal norma viola dispositivo constitucional. Afirmam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo³¹:

Enfim, o autor da ação judicial não alega a existência de lesão a direito próprio, pessoal, mas atua como representante do interesse público, na defesa da Constituição e da higidez do ordenamento jurídico. Por isso a doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm afirmado que o processo instaurado para a efetivação do controle abstrato de normas possui a natureza de processo objetivo, que não conhece partes, destinando-se, fundamentalmente, à defesa da Constituição.

Ressalte-se que, no controle de constitucionalidade concentrado, não cabe a qualquer interessado o direito de propositura da ação. Há a um rol específico e taxativo de membros e entidades, conforme previsão dos incisos I a IX do art. 103 da Constituição Federal. Embora nem todos possam questionar a inconstitucionalidade da norma em tese, deve-se destacar que a Carta Política de 1988 ampliou substancialmente o rol dos legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Basicamente, são quatro ações através das quais é exercido, exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, o controle abstrato em face da Constituição Federal: a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Cabe mencionar que, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADIn interventiva) não pode, na maioria das vezes ser considerada como controle abstrato, pois, em que pese seja uma ação direta de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, possui objeto específico e concreto. Isto quer dizer que, embora o objeto da representação interventiva seja a apreciação de lei em confronto abstrato com algum princípio constitucional sensível, a finalidade dessa ação sempre será, nas palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino³², “a ulterior decretação da intervenção”. Tal ação não será objeto de estudo no presente trabalho.

³¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 66.

³² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 67.

É relevante, por fim, destacar a atuação do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União.

O Procurador-Geral da República é o chefe do Ministério Público da União, tendo papel fundamental na efetivação do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, uma vez que a Carta Magna de 1988 outorgou-lhe competência para a propositura das ações diretas (Constituição Federal, art. 103, VI), dispondo ele da prerrogativa de ser ouvido previamente em todas as ações diretas de inconstitucionalidade, bem como em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 103, § 1º).

Dessa forma, é visível a intenção da Constituição Federal de atribuir ao Procurador-Geral da República o papel de defensor do interesse público e da integridade do ordenamento jurídico. Sua prévia manifestação não se refere ao mérito da ação, mas tão-somente à possibilidade jurídica do pedido, equivalendo a uma espécie de exame de admissibilidade da ação.

Nada impede que, posteriormente, o Procurador-Geral da República se manifeste pelo indeferimento do pedido, embora tenha opinado favoravelmente ao processamento da ação. De fato, não se confundem o direito de manifestação prévia com o direito de manifestação quanto ao mérito do pedido.

Portanto, o Procurador-Geral da República atua com total independência e imparcialidade, desvinculado a qualquer interesse subjetivo, defendendo a integridade do sistema constitucional brasileiro, seja através da manutenção da norma ou mediante a retirada dela do ordenamento jurídico.

Já o Advogado-Geral da União tem um papel diverso, uma vez que é um verdadeiro defensor da norma considerada inconstitucional. De fato, o Advogado-Geral da União atua com parcialidade, sempre defendendo o texto impugnado, ainda que seja manifesta a incompatibilidade da norma com o sistema constitucional, nos termos do art. 103, § 3º da Constituição Federal. O fundamento da participação do Advogado-Geral da União é a observância ao princípio do contraditório, possibilitando interpretações distintas, a fim de que o Supremo Tribunal Federal possa decidir pela procedência ou não do pedido.

Frise-se, ainda que os pareceres do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União têm caráter opinativo, não estando o Supremo Tribunal Federal vinculado a nenhum deles.

Finalmente, é preciso destacar que, nos processos de controle abstrato, não se admite a intervenção de terceiros, conforme previsão expressa do art. 7º, *caput*, da Lei 9.868/99, isto porque não há interesses subjetivos a serem discutidos nestes processos. No entanto, é possível a intervenção de terceiro não-legitimado na condição de *amicus curiae*, conforme será analisado posteriormente.

2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) ou ação de inconstitucionalidade genérica, prevista na alínea “a” do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal, é cabível contra leis ou atos normativos, estaduais ou federais que se mostrarem incompatíveis com o sistema constitucional, isto é, tem por finalidade única o reconhecimento da invalidade da lei ou ato normativo impugnado, extirpando-o do ordenamento jurídico. Ressalte-se a observação de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino³³:

Essa a primeira noção a ser fixada a respeito da ação direta de inconstitucionalidade: trata-se de ação inserida no âmbito do chamado controle abstrato de normas, cuja finalidade não é a tutela de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse pessoal juridicamente protegido que esteja sofrendo lesão ou ameaça de lesão; cuida-se de instrumento de defesa da Constituição, da harmonia do sistema jurídico, com o fim de expelir do ordenamento as leis incompatíveis com a Lei Maior.

Todavia, a ação direta de inconstitucionalidade somente pode ser proposta em face de atos normativos primários, federais ou estaduais, capazes de modificar o ordenamento jurídico. Luís Roberto Barroso³⁴ afirma que não são objeto de ADIn “os atos normativos secundários, os de efeitos concretos, os anteriores à Constituição ou já revogados, os que ainda estejam em processo de formação e os que não têm suficiente grau de normatividade”.

Dessa forma, podemos afirmar que são passíveis de controle de constitucionalidade por ADIn as seguintes espécies normativas, previstas no artigo 59 da CF: emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decretos legislativos e resoluções, decretos autônomos, legislação estadual, tratados internacionais.

³³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 68.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 161.

Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade. Dessa forma, ele exerce, de modo concentrado, o controle abstrato de constitucionalidade das normas em face da Carta Magna.

Ressalte-se que, em se tratando de ação que tem por objeto a proteção de um bem de ordem pública, uma vez ajuizada, não cabe a desistência do pedido, em respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Também, não há prazo prescricional ou decadencial para a propositura da ADIn, porém somente serão impugnados atos ou leis expedidos após a Constituição Federal de 1988 e que ainda estejam em seu período de vigência.

Em que pese não haja conflito de interesses entre partes, é comum o emprego da nomenclatura legitimação ativa e passiva. Barroso³⁵ esclarece que, na prática, o Supremo Tribunal Federal utiliza “*requerente e requerido*”, respectivamente, para designar o autor do pedido e o órgão do qual emanou o ato impugnado.”

Quanto à legitimação passiva, Luís Roberto Barroso³⁶ ensina que ela “recai sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação, aos quais caberá prestar informações ao relator do processo.”

O artigo 103 da Constituição Federal³⁷ dispõe sobre os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ainda que o Presidente da República tenha sancionado uma norma anteriormente, permanece sua competência para impetrar a ação direta de inconstitucionalidade.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 139.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 139.

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 07 ago. 2010.

É entendimento do Supremo Tribunal Federal a necessidade de demonstração do interesse de agir para o ajuizamento da ADIn, o que a doutrina denominou de pertinência temática, embora a Constituição não tenha instituído nenhuma diferenciação entre os legitimados ativos. Portanto, podemos afirmar que existem os legitimados especiais e os legitimados universais.

Na definição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino³⁸, os legitimados especiais somente poderão impetrar a ação direta de inconstitucionalidade se demonstrarem o seu interesse de agir, ou seja, “ a relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções exercidas pelo órgão ou entidade”:

São legitimados especiais: as confederações sindicais, as entidades de classe de âmbito nacional, as Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e os Governadores dos estados-membros e do Distrito Federal.

Quanto aos legitimados universais, Walber Moura Agra³⁹ preleciona que, “independentemente da matéria”, eles podem propor a ADIn “acerca de qualquer tema, havendo ou não pertinência temática.” Finaliza trazendo o seguinte rol:

Têm competência universal: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional.

O mencionado autor também afirma que “O Advogado-Geral da União deve ser ouvido em todas as ações diretas de inconstitucionalidade (...) e tem a função de defender a norma impugnada”.

Contudo, se a defesa da constitucionalidade do ato normativo for contrária aos interesses da União, o Advogado-Geral da União pode manter-se silente, deixando de defender a norma impugnada, visto que, nos termos do artigo 131 da Constituição, a Advocacia Geral da União tem a atribuição de defender os interesses do Governo Federal.

Cabe esclarecer, ainda, que é necessária, para a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, a chamada efetivação da reserva de plenário. Agra⁴⁰ menciona que:

O quórum necessário para que uma norma seja declarada inconstitucional é de maioria absoluta nos órgãos colegiados (art. 97 da CF), presentes no mínimo 2/3 dos seus membros. Nos juízos monocráticos, a decisão do juiz singular é suficiente para declarar a sua inconstitucionalidade.

³⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 71.

³⁹ AGRA, Walber de Moura. op. cit., p. 549.

⁴⁰ AGRA, Walber de Moura. op. cit., p. 550.

Cabe mencionar que o Procurador-Geral da República, além de ser um dos legitimados para a propositura das ações do controle abstrato, atua como fiscal da Constituição, visto que o art. 103, § 1º, da Constituição Federal outorga-lhe o direito de manifestação em todas as ações de jurisdição concentrada.

Cumpra, ainda, esclarecer quais são os efeitos das decisões definitivas de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁴¹ afirmam que essas decisões “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Os referidos autores sintetizam do seguinte modo:

Em regra, podemos afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade é dotada de:

- a) eficácia contra todos (*erga omnes*);
- b) efeitos retroativos (*ex tunc*);
- c) efeito vinculante;
- d) efeito repristinatório em relação à legislação anterior.

Por fim, saliente-se que o art. 102, inciso I, alínea “p”, da Constituição Federal dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade. O autor deve alegar a presença dos pressupostos de *fumus boni juris* e *periculum in mora* para que o pedido de cautelar seja apreciado. A cautelar, além de suspender a vigência da norma impugnada até o julgamento do mérito, implica em repristinação provisória e tácita de eventual lei que tenha sido revogada pela norma atacada.

2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADInPO) é forma abstrata de controle de omissão por parte de órgão identificado constitucionalmente como competente para adotar providências que garantam eficácia a dispositivo constitucional.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino explicam que⁴²:

⁴¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 100.

⁴² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 117.

(...) a ADInPO é também ação direta de inconstitucionalidade. Ou, melhor dizendo, temos uma só ação direta de inconstitucionalidade, que ora é proposta visando à reparação de uma conduta comissiva, situação em que assume a natureza jurídica de ADIn genérica, ora é proposta visando à reparação de uma omissão inconstitucional, quando então é denominada ADInPO.

A violação à Constituição pode resultar não só de uma ação, mas também de uma omissão, ou seja, nas situações em que permanecem inertes órgãos que são encarregados de elaborar normas indispensáveis à eficácia e aplicabilidade de lei constitucional. Nessa direção, é o ensinamento de Walber de Moura Agra⁴³:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão não incide contra uma inconstitucionalidade material, em que sua expulsão do ordenamento representa a solução do problema. Sua finalidade é regulamentar determinada situação jurídica para que os cidadãos possam exercer os direitos contidos na Constituição. A norma não é expulsa do ordenamento; muito pelo contrário, há a exigência de uma regulamentação do comando normativo. Necessita-se, na maioria dos casos, da atuação do Poder Legislativo que não pode se manter omisso diante da exigência da Carta Magna.

Dessa forma, quando um direito constitucional não puder ser exercido devido à ausência de regulamentação por parte de legislador infraconstitucional, o Supremo Tribunal Federal tem a competência para, em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, garantir a regulamentação do comando constitucional, a fim de assegurar a fruição do referido direito.

A regulamentação de dispositivo constitucional de forma imperfeita, ou seja, sem permitir que o dispositivo tenha eficácia normativa, também pode ensejar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A esse respeito, Gilmar Ferreira Mendes⁴⁴, faz a diferenciação entre omissão total e omissão parcial:

Como *omissão* deveria ser entendida não só a chamada *omissão absoluta* do legislador, isto é, a total ausência de normas, como também a *omissão parcial*, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de *dever constitucional de legislar*.

É entendimento do STF, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁴⁵, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão também alcança “a omissão de órgãos administrativos que devam editar atos administrativos em geral, necessários à concretização de disposições constitucionais.”

Cabe esclarecer que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão segue a ação direta de inconstitucionalidade genérica quanto aos legitimados ativos,

⁴³ AGRA, Walber de Moura. op. cit., p. 551.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 344.

⁴⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 117.

rito processual e *quorum* de manifestação, aplicando-se, naquilo que não conflite com a natureza dessa ação, os dispositivos da Lei 9.868/99.

Os legitimados para figurarem no pólo passivo da ADInPO, conforme se verifica do exposto acima, são os órgãos ou autoridades omissos, que não adotaram as medidas necessárias para a realização concreta dos preceitos constitucionais.

Verifica-se, também, que a ADInPO tem por objeto a denominada omissão inconstitucional. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁴⁶ defendem que:

Observa-se, assim, que as hipóteses de ajuizamento desta ação não decorrem de toda e qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas sim daquelas omissões relacionadas com as normas constitucionais de eficácia limitada de caráter mandatório, em que a sua plena aplicabilidade está condicionada à ulterior edição dos atos requeridos pela Constituição.

É desnecessária a manifestação do Advogado-Geral da União, visto que não há norma ou ato impugnado a ser protegido, não ocorrendo nem mesmo a citação deste.

Todavia, a manifestação do Procurador-Geral da República é obrigatória, nos termos do art. 103, § 1º, da CF.

Os efeitos temporais da ADInPO são *ex tunc*, retroagindo até a data do surgimento da inconstitucionalidade. Ao seu turno, os efeitos subjetivos são *erga omnes*, ou seja, a regulamentação do dispositivo constitucional propiciará sua eficácia para todos os cidadãos.

É descabida, segundo o Supremo Tribunal Federal, a concessão de medida cautelar em ADInPO, tendo em vista que a decisão de mérito apenas certifica a ocorrência de omissão, não podendo supri-la.

Por fim, cabe ressaltar que, embora na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção o provimento judicial reconheça igual situação (omissão constitucional de órgão legislativo ou administrativo), há significativas diferenças entre tais ações. A esse respeito, leciona Walber de Moura Agra⁴⁷:

Enquanto o mandado de injunção destina-se à proteção de direitos subjetivos dos cidadãos, pressupondo interesse jurídico de seu autor, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por não ter pressuposto a necessidade de garantir um direito subjetivo, configurando-se como controle abstrato, prescinde da existência de interesse jurídico específico.

⁴⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 119.

⁴⁷ AGRA, Walber de Moura. op. cit., p. 555.

Também difere essas duas ações, a legitimação ativa. Enquanto o mandado de injunção pode ser proposto pelo titular do direito subjetivo, a ADInPO somente pode ajuizada pelas pessoas e órgãos arrolados no art. 103, incisos de I a IX, da CF.

O julgamento da ADInPO é de competência exclusiva do STF. Já o mandado de injunção pode ser apreciado por outros órgãos do Poder Judiciário.

2.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade

Introduzida pela Emenda Constitucional nº 3/93 à Constituição Federal, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) decide se a norma é ou não constitucional, vinculando todas as decisões dentro do Poder Judiciário ao que for estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal. Luís Roberto Barroso⁴⁸ ilustra:

Previu-se, assim, um mecanismo pelo qual se postula ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento expresso da compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição, em hipóteses nas quais esse ponto tenha se tornado objeto de interpretações judiciais conflitantes. Trata-se de uma retificação da presunção.

A finalidade da medida é muito clara: afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria.

Dessa forma, para o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, é indispensável a existência de relevante controvérsia entre os órgãos do Poder Judiciário que esteja colocando em risco a presunção de constitucionalidade da lei ou ato normativo.

O objeto da ADC está limitado exclusivamente às leis ou atos normativos federais que tenham sido editados sob a égide da Carta Magna de 1988. Assim, ensina Gilmar Ferreira Mendes⁴⁹:

O objeto da ADC segue o mesmo paradigma da ADI para o direito federal: lei ou ato normativo federal autônomo (não-regulamentar) devidamente promulgado, ainda que não esteja em vigor. Assim, caberia ADC em face de emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, decreto legislativo, tratado internacional devidamente promulgado, decreto do Executivo de perfil autônomo, resolução de órgão do Poder Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça. Tal como sucede em relação à ADI, a ADC não pode ter por objeto ato normativo revogado.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 203.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1135.

Na ADC não há legitimado passivo, ou seja, não existe pedido de informações para órgãos ou autoridades das quais a lei emanou, como acontece na ADIn. Isto ocorre porque, nesta ação, não há impugnação a um ato normativo ou lei, mas uma solicitação de declaração de sua constitucionalidade.

A ação declaratória de constitucionalidade possui alguns aspectos comuns em relação à ação direta de inconstitucionalidade. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁵⁰ esclarecem que a ADC tem a mesma natureza jurídica da ADIn e exemplificam os pontos em comum:

(a) são ações do controle abstrato, (b) instauram processos tipicamente objetivos de fiscalização da validade das leis e atos normativos, pois têm objeto principal a controvérsia constitucional em si, (c) podem ser ajuizadas pelos mesmos legitimados e (d) são da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal quando propostas em face da Constituição Federal.

Os autores ressaltam que apenas um aspecto diferencia essas duas ações, qual seja, o pedido do autor. Dessa forma, enquanto na ação direta de inconstitucionalidade o pedido é a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, na ação declaratória de constitucionalidade o pedido é pela declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo. Situação que, nas palavras de André Ramos Tavares⁵¹, é chamada de “ação direta de inconstitucionalidade com sinal invertido, trocado”.

A ação declaratória de constitucionalidade também pode ser proposta a qualquer tempo, não se sujeitando a prazos de decadência ou prescrição e, uma vez proposta, não há a possibilidade de desistência.

A atuação do Procurador-Geral da República também é obrigatória, podendo emitir parecer pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Quanto ao Advogado-Geral da União, o STF afastou a necessidade de sua citação na ADC, visto que a ação não visa a atacar o ato, mas preservar a presunção de constitucionalidade, não havendo razão para que este órgão atue como defensor desta mesma presunção. Não se aplica, portanto, o contido no art. 103, § 3º, da CF.

Cabe esclarecer que os efeitos da decisão de mérito na ADC são exatamente os mesmos da ADIn, ou seja, possui eficácia *erga omnes*, efeitos retroativos (*ex tunc*), vinculante e repristinatório em relação à legislação anterior.

⁵⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 123.

⁵¹ TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 314.

Ainda, ressalte-se que as decisões em ADC são irrecorríveis, com exceção da possibilidade de se opor embargos de declaração, e também não podem ser objeto de ação rescisória, assim como ocorre na ADIn.

Por fim, compete esclarecer que é cabível a propositura de medida cautelar em sede de ação direta de constitucionalidade, que consistirá na determinação que os juízes e os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o julgamento definitivo da ADC pelo STF, possuindo efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

2.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) foi prevista na Constituição de 1988, no art. 102, § 1º, e regulamentada, onze anos depois, pela Lei 9.882/1999.

O art. 1º da Lei 9.882/1999⁵² assim prevê:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Tal ação tem por objetivo evitar o descumprimento de preceito fundamental, ampliando o grau de proteção jurisdicional. Também, garante plena eficácia aos preceitos fundamentais, tanto no aspecto positivo como no seu aspecto negativo.

O conceito de descumprimento não pode ser confundido com o de inconstitucionalidade, visto que é mais amplo e compreende a violação de norma constitucional fundamental por qualquer comportamento, isto é, a Constituição pode ser descumprida por um ato normativo ou não normativo (atos administrativos, de execução material, por exemplo).

⁵² BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acesso em 15 ago. 2010.

Quanto ao conceito de preceito, cumpre transcrever os ensinamentos de Walber de Moura Agra⁵³:

Preceito, segundo o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, significa “determinação, ordem, prescrição”. O real conceito de preceito fundamental não está claro nem na doutrina, nem na jurisprudência. O seu conceito não deve ficar restrito apenas aos direitos fundamentais, contidos principalmente nos artigos 5º a 17 da Constituição, e às cláusulas pétreas. Qualquer direito fundamental defendido pela Constituição, esteja contido na Ordem Econômica, ou na Organização dos Poderes, deve ser definido como preceito fundamental e resguardado por intermédio de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Contudo, o referido autor ainda afirma que, não havendo uma definição legal para preceito fundamental, “a sua determinação deve ser indicada pelas decisões do STF.”

Com a regulamentação da ADPF, o sistema de controle de constitucionalidade foi completado, tendo em vista que questões não abrangidas pelas demais ações de controle abstrato passaram a ser objeto de análise. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁵⁴ exemplificam:

Os exemplos mais notórios são a possibilidade de impugnação de atos normativos municipais em face da Constituição da República e o cabimento da ação quando houver controvérsia envolvendo direito pré-constitucional. Ainda, impende observar que a ADPF não se restringe à apreciação de atos normativos, podendo, por meio dela, ser impugnado qualquer ato do Poder Público de que resulte lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição Federal.

Podemos dizer que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser preventiva, quando a ameaça for exequível, ou repressiva, quando o prejuízo já houver ocorrido.

A doutrina também classifica a ADPF em duas modalidades, quais sejam, a arguição direta ou autônoma e a arguição incidental ou por derivação. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes⁵⁵ explica:

Como típico instrumento do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, a ADPF tanto pode dar ensejo à impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levem à impugnação de lei ou ato normativo.

No primeiro caso, tem-se um tipo de controle de normas em *caráter principal*, opera-se de forma direta e imediata em relação à lei ou ato normativo.

No segundo, questiona-se a legitimidade de lei tendo em vista a sua aplicação em uma dada situação concreta (*caráter incidental*). Aqui a instauração do controle de legitimidade da norma na ADPF repercutirá

⁵³ AGRA, Walber de Moura. op. cit., p. 562.

⁵⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 130.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 1149.

diretamente sobre os casos submetidos à jurisdição ordinária, uma vez que a questão prejudicial a ser dirimida nesses processos será levada à apreciação do Supremo Tribunal.

A competência para julgamento da ADPF é originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme estabelecido no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e no art. 1º da Lei 9.882/1999.

Os legitimados para a propositura da ADPF, conforme previsão do art. 2º, inciso I, da Lei 9.882/99, são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical com representação de classe de âmbito nacional (art. 103 da CF/88).

Ressalte-se a previsão do § 1º do art. 2º da Lei 9.882/99, nos termos do qual é facultado ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de ADPF ao Procurador-Geral da República, que decidirá sobre o ajuizamento, após examinar os fundamentos jurídicos do pedido.

Contudo, esse dispositivo não confere a ninguém a legitimidade para propor a ADPF, visto que o Procurador-Geral da República já é um dos legitimados previstos no rol do artigo 103 da Constituição Federal. Além disso, segundo a doutrina, tal dispositivo é considerado como norma inócua, posto que o Procurador-Geral da República não está obrigado a propor a ação, mesmo havendo a iniciativa do cidadão.

Sobre a legitimação passiva, cumpre reproduzir a lição de Luís Roberto Barroso⁵⁶:

No tocante à legitimação passiva, embora não se possa falar, naturalmente, em réus, caberá ao órgão ou agente ao qual se imputa a violação do preceito fundamental a prestação de informações, a exemplo do que ocorre com os demais processos objetivos.

Quanto ao objeto da ADPF, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁵⁷ trazem a seguinte definição:

A argüição, dessarte, tem potencialmente como objeto:
a) qualquer ato (ou omissão) do Poder Público, incluídos os não normativos, que acarrete lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição, visando a evitar ou reparar tal lesão;
b) leis e atos normativos federais, estaduais e municipais (e também os distritais, inclusive os editados com fulcro nas competências municipais do

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 261.

⁵⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 133.

DF), abrangidos os anteriores à Constituição, desde que exista acerca de sua aplicação relevante controvérsia constitucional e que a aplicação ou a não aplicação desses atos implique lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição.

Importante observar que a regra do § 1º, do art. 4º, da Lei nº 9.882/99⁵⁸ conferiu à ADPF a natureza de ação excepcional, subsidiária: “Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Contudo, pondera Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁵⁹:

Parte considerável da doutrina (Gilmar Ferreira Mendes, Celso Ribeiro Bastos, Daniel Sarmento, entre outros) aponta para a necessidade de não se adotar uma interpretação literal do citado § 1º, do art. 4º, da Lei nº 9.882/99. Isto porque, em nosso ordenamento jurídico, se for levado em conta todo e qualquer meio processual existente, sempre haverá algum mediante o qual se possa impugnar o ato que se entenda estar ofendendo ou na iminência de ofender preceito fundamental. Para esses autores, caso o dispositivo em comento seja tomado com excessivo rigor, a ADPF restará quase inteiramente despida de aplicabilidade.

Referente à possibilidade de desistência da ação, a Lei nº 9.882/99 não faz menção, mas é entendimento doutrinário que, por ter característica de processo objetivo, é vedada a desistência, uma vez proposta da ação.

Quanto ao julgamento da ADPF, André Ramos Tavares⁶⁰ afirma que o quórum de instalação da sessão de julgamento e o quórum para julgamento obedecem ao modelo geral do processo objetivo, aduzindo que: “Assim, inicia-se o julgamento desde que presentes oito ministros (art. 8º da Lei n. 9.882/99), e, para a decisão, exige-se o voto de pelo menos seis dos ministros.”

Ainda, a respeito dos efeitos da decisão em ADPF, afirma Tavares que:

A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/99), alcançando, na dicção da lei, “os demais órgãos do Poder Público”, o que tornaria, nesse ponto a decisão em A.D.P.F., mais ampla que a proferida em ADIn ou A.D.C., nas quais a vinculação opera “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

Há, na Lei 9.882/99, art. 5º e § 1º, previsão de possibilidade de concessão de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental,

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acesso em 15 ago. 2010.

⁵⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 139.

⁶⁰ TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 300.

mediante decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Esclarece, ainda, Gilmar Ferreira Mendes⁶¹:

“Em caso de extrema urgência ou de perigo de lesão grave, ou ainda durante o período de recesso, a liminar poderá ser concedida pelo relator *ad referendum* do Tribunal Pleno”.

A respeito da manifestação do Advogado-Geral da União, a Lei da Arguição faz referência apenas quando trata da concessão de medida liminar, facultando ao relator determinar a sua oitiva antes de outorgar a medida. Contudo, ressalte-se a exigência constitucional expressa (§ 3º, do art. 103, da CF) no tocante a presença do Advogado-Geral da União sempre que se tratar de impugnação de ato normativo, devendo funcionar como curador do ato.

Em relação ao Procurador Geral da República, além de legitimado ativo, pode atuar como *custos legis*. Nesse sentido, André Ramos Tavares⁶²: “Ora, o Ministério Público, indiferentemente de ocupar a posição de autor da ação ou não, sempre há de oferecer seu parecer, enquanto ocupar a posição constitucional de *custos legis*.”

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. op cit., p. 1176.

⁶² TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 298.

3 O *AMICUS CURIAE* NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Apontamentos Iniciais

A expressão *amicus curiae*, no plural *amici curiae*, significa, literalmente, amigo da corte. Pode ser entendido como uma pessoa, entidade ou órgão que, embora não seja parte no processo, nele intervém para auxiliar o tribunal, prestando-lhe informações sobre questões fundamentais do processo, em especial aquelas voltadas para a matéria de direito objeto da lide, além disso representa o interesse da coletividade ou de grupos ou classes sociais.

Conceitua, Dirley da Cunha Júnior⁶³, o instituto do *amicus curiae* da seguinte maneira:

O *amicus curiae* é um terceiro especial que pode intervir no feito para auxiliar a Corte, desde que demonstre um *interesse objetivo* relativamente à questão jurídico-constitucional em discussão. É amigo da Corte, consoante ressoa de sua tradução mais fiel, podendo ser qualquer pessoa, humana ou jurídica, inclusive os legitimados não proponentes da ação.

Cabe ressaltar, ainda, a respeito do significado da expressão *amicus curiae*, as afirmações de Cassio Scarpinella Bueno⁶⁴:

A expressão latina é referida expressamente por Paulo Rónai, em clássica obra, e explicada como “amigo da cúria, isto é, da justiça. Diz-se de preito designado por um juiz para aconselhá-lo”. Essa primeira aproximação do significado da expressão é esclarecedora da função processual daquela figura e bastante rente às funções desempenhadas pelos seus mais remotos ancestrais no direito medieval inglês...

⁶³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – A intervenção do particular, do Co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In DIDIER JÚNIOR, Fredie, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos Polêmicos E Atuais Sobre Os Terceiros No Processo Civil (e assuntos afins)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 157-158.

⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro: Um Terceiro Enigmático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.

Segundo o referido autor há duas teses sobre a origem do instituto. A primeira, afirmando que teve sua origem no direito inglês, mais especificamente no direito penal inglês medieval, passando para os demais países, inclusive Estados Unidos, quando alcançou amplo desenvolvimento. A segunda teoria afirma que o instituto teve seu início no direito romano, na figura de um “colaborador neutro” dos juízes, nos casos em que a solução da lide envolvia questões não jurídicas, atuando com caráter desinteressado e imparcial.

Quanto à natureza jurídica, Oscar Valente Cardoso⁶⁵ afirma:

Sua natureza jurídica e processual é controvertida, havendo quem sustente se terceiro, assistente, terceiro ou assistente atípicos (qualificados por requisito de admissibilidade), auxiliar da justiça, colaborador informal, forma especial de intervenção, ou ainda uma espécie de participação da sociedade (por meio de uma entidade representativa) no controle abstrato de constitucionalidade.

Podemos afirmar que, atualmente, o *amicus curiae* tem condições efetivas de trazer conhecimento para o juiz, voluntariamente ou quando devidamente provocado, aproximando-o da sociedade e contribuindo para a prolação de uma decisão que melhor resolva o conflito. Nesse sentido, Ieciona Cassio Scarpinella Bueno⁶⁶:

Trata-se de figura que a história do processo civil conhece, desde seus primórdios, como verdadeiro “portador” de conhecimentos alheios à formação do juiz, como portador de opiniões e informações com vistas a fornecer, para o magistrado, as melhores condições, as condições *ótimas* de julgamento de dada questão. Um julgamento que melhor realize a cada vez mais complexa e multifacetária tarefa da hermenêutica jurídica.

O citado autor ressalta que, com exceção do art. 23, § 1º, da Resolução n. 390/2004, a intervenção do *amicus curiae* não encontra no direito pátrio nenhum referencial expresso, ou seja, não há a previsão em lei ou ato normativo contendo a expressão *amicus curiae*. Há, na verdade, diversas situações em que a doutrina, de forma uniforme ou não, entende que o nosso direito acolheu aquilo que é chamado de *amicus curiae* no direito estrangeiro.

No caso, o controle de constitucionalidade é uma dessas situações. Embora haja consenso, da doutrina ou da jurisprudência, que se trata da figura interventiva do *amicus curiae*, a lei não o chama dessa maneira. O legislador optou por não nomeá-lo ou nomeá-lo de intervenção ou assistência, neste último caso, denominado pela doutrina de “assistência especial ou diferenciada”, visto que possui

⁶⁵ CARDOSO, Oscar Valente. **O Amicus Curiae e a Análise de Fatos no Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Direito Público, Brasília, v. 5, n. 27, p. 119-140, maio/jun. 2009.

⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. op cit., p. 36.

significado próprio e distinto da assistência prevista no Código de Processo Civil, já que para a admissibilidade do *amicus curiae* não se exige o requisito processual do interesse jurídico.

Alexandre de Moraes⁶⁷ destaca a importância do *amicus curiae* no controle concentrado diante da abstração e objetividade deste, pois permite ao STF levar em consideração os entendimentos doutrinários e as conseqüências da decisão sobre o tema em discussão.

Afirma, Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá⁶⁸, que “a figura do *amicus curiae* já se encontra entre nós desde 1978, introduzida pela Lei 6.616/78, que alterou a redação da Lei 6.385/76, que disciplina o mercado de valores imobiliários (art. 31)”, apontando outras hipóteses, dentre elas, o art. 89, da Lei 8.884/94, que regula a defesa da concorrência; o art. 14, § 7º, da Lei 10.259/2001, que instituiu o Juizado Especial Federal. Ressalta que as hipóteses têm um ponto de convergência: “todas criam a possibilidade de manifestação de um terceiro em benefício da corte”.

3.2 Admissibilidade de *Amicus Curiae* nas Ações de Controle de Constitucionalidade Concentrado

Quanto à admissibilidade do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade, leciona Dirley da Cunha Júnior⁶⁹:

A intervenção de terceiro no processo de controle abstrato de constitucionalidade, na condição de *amicus curiae*, foi admitida pelo § 2.º, do art. 7.º da Lei 9.868/99, consoante o qual: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observando-se o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Como visto, anteriormente, embora não seja permitida a intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade, o parágrafo 2º, do art. 7º, da Lei 9.868/99 prevê expressamente o ingresso do *amicus curiae*, ainda que não denominado dessa maneira. Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno⁷⁰:

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 706.

⁶⁸ PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues Del. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos Polêmicos E Atuais Sobre Os Terceiros No Processo Civil (e assuntos afins)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 61.

⁶⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 157.

⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 132.

A questão quanto ao ingresso do *amicus curiae*, de qualquer sorte, está superada na atualidade. A Lei n. 9.868/99 (...) veda expressamente a intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade, no que é inequívoco o *caput* de seu art. 7º, *verbis*: “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”. Ao mesmo tempo, entretanto, o § 2º do dispositivo não pode ser entendido senão como forma clara quanto à possibilidade de determinadas entidades, sob algumas condições, serem chamadas a se manifestar em juízo e, nesse sentido, serem “terceiros intervenientes”.

O Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, não julga nenhuma situação concreta, ou seja, nenhum interesse ou direito subjetivado, razão pela qual é vedada a intervenção de terceiros.

Diferentemente, ocorre com o ingresso do *amicus curiae*, chamado por Cassio Scarpinella Bueno de “terceiro interveniente”. No caso, a intervenção desse “terceiro”, o *amicus curiae*, ocorre com o objetivo de contribuir para a prolação de uma decisão com mais qualidade, mais próxima da realidade social.

Gilmar Ferreira Mendes⁷¹ assevera que a autorização dada, pelo art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, ao relator para, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, constitui “inovação significativa no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade” e conclui:

Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações e repercussões.

Assim, depreende-se que é perfeitamente possível a admissão do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade.

Considerando que as características, processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade se aplicam à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, podemos afirmar que também é admissível a figura do *amicus curiae* nesta última.

Quanto à ação declaratória de constitucionalidade, apesar de estar expressamente proibida a intervenção de terceiros em seu art. 18, a Lei 9.868/99 deixa de dispor a respeito da intervenção de *amicus curiae*, isto é, não existe regra semelhante ao § 2º, do art. 7º, relativo à ação direta de inconstitucionalidade. A regra que previa tal possibilidade para a ação declaratória de constitucionalidade (§ 2º do art. 18) foi vetada quando da promulgação da lei 9.868/99.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1126.

Contudo, é pacífico o entendimento que é cabível a participação do *amicus curiae*. Isto porque, tanto a ADIn como a ADC possuem natureza idêntica. Nesse sentido, Gilmar Mendes⁷² ilustra:

Tendo em vista a idêntica natureza das ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade, não parece razoável qualquer conclusão que elimine o direito de manifestação na ação declaratória de constitucionalidade. O perfil objetivo desse processo recomenda igualmente a adoção do instituto apto a lhe conferir um caráter plural e aberto. Assim, a despeito do veto aos parágrafos do art. 18 da Lei n. 9.868/99, é de considerar aplicável à ação declaratória de constitucionalidade a regra do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, que admite o direito de manifestação de entidades representativas na ação direta de inconstitucionalidade.

No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno⁷³ afirma que o silêncio da lei não pode impedir, na ADC, o ingresso do *amicus curiae* com a finalidade de desempenhar o mesmo papel previsto no § 2º do art. 7º para a ADIn. Concluindo:

Até porque, para a ação declaratória de constitucionalidade, a Lei n. 9.868/99 preservou a possibilidade de o relator *instruir* o feito na linha do que os arts. 6º, 8º e 9º expressamente reservam para a ação direta de inconstitucionalidade.

Aqui, a exemplo que já acentuamos em diversos trechos deste trabalho, a utilidade da intervenção do *amicus* deriva muito mais do próprio sistema constitucional e de um novo paradigma de interpretação, compreensão e sistematização do direito do que, propriamente, do texto (expresso) da lei.

Pedro Lenza⁷⁴, para justificar a possibilidade de intervenção do *amicus* na ADC, ressalta o posicionamento do Presidente da República nas razões do veto do § 2º do art. 18:

(*Mensagem n. 1.674/99*): “o veto ao § 2.º constitui conseqüência do veto ao § 1.º. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2.º do art. 7.º”.

Quanto à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Gilmar Ferreira Mendes⁷⁵ afirma que o direito de participação das partes nesse processo é limitado, visto que, por ser demasiadamente amplo o universo dos possíveis interessados, o legislador pretendeu outorgar ao relator uma forma de controle quanto à participação desses interessados (art. 6º, § 1º, da Lei 9.868/99). Contudo, ressalta que:

Independentemente das cautelas que hão de ser tomadas para não inviabilizar o processo, deve-se anotar que tudo recomenda que, tal como

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 1138.

⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 176.

⁷⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 281.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 1174-1175.

na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental assumia, igualmente, uma feição pluralista, com a participação de *amicus curiae*.

Todavia, a Lei 9.882/99, que regulamenta o processo e julgamento da ADPF, não dispõe a respeito da intervenção do *amicus curiae*, isto é, não existe naquela lei uma regra similar à prevista no § 2º, do art. 7º, da Lei 9.868/99, para a ADIn.

Dessa forma, para Pedro Lenza⁷⁶, a admissibilidade do *amicus curiae* na ADPF dependerá da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao § 2º, do art. 6º, da Lei 9.882/99⁷⁷, cuja redação segue:

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

No entanto, embora o STF já tenha rejeitado a intervenção do *amicus curiae*, o referido autor conclui pela admissibilidade da sua presença, desde que presentes as hipóteses de cabimento. Cita, nesse sentido, os julgamentos das ADPF 46/DF (DJ de 20.06.2005, p. 7) e ADPF 73//DF (DJ de 08.08.2005, p. 27), nos quais foi aplicada, analogicamente, a Lei 9.868/99, na parte que disciplina a intervenção de terceiro na qualidade de *amicus curiae* (§ 2º, do art. 7º).

Importante transcrever a ressalva feita por Cássio Scarpinella Bueno⁷⁸, à respeito da admissibilidade do *amicus curiae*:

Considerando, contudo, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode assumir a feição de controle *abstrato e concentrado* de constitucionalidade e ter, por isso mesmo, efeitos *erga omnes* e efeitos vinculantes, não há como afastar a possibilidade de entidades de classe ou outros órgãos representativos de segmentos sociais pleitearem seu ingresso na qualidade de *amicus curiae*, fundamentando-se não só no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, aplicável à espécie por evidente analogia, mas, superiormente, na ordem constitucional.

Por fim, cabe ressaltar que, para o ingresso do *amicus curiae* nas ações de controle concentrado, será necessário o preenchimento de dois requisitos previstos no parágrafo 2º, do art. 7º, da Lei 9.868/99, conforme será analisado a seguir.

⁷⁶ LENZA, Pedro. op. cit., p. 281.

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acesso em 25 ago. 2010.

⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 181.

3.2.1 Requisitos para participação

Conforme se depreende da leitura do § 2º, do art. 7º, da Lei 9.868/99, os requisitos para a participação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade são: a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior⁷⁹:

A intervenção do *amicus curiae*, como terceiro *objetivamente* interessado, entretanto, está condicionada à verificação, por parte do relator da ação, da relevância da matéria e da representatividade do postulante, com o que se fixou uma espécie de “filtro” por meio do qual o relator admitirá ou não, a seu critério, a manifestação do amigo da corte.

No tocante a relevância da matéria, podemos afirmar que a intenção do legislador foi exigir do postulante a demonstração da relação de relevância entre a matéria discutida e a atividade perseguida pela entidade ou órgão.

Cabe ressaltar que o mero ajuizamento da ação de inconstitucionalidade faz com que a matéria nela veiculada seja relevante, visto que não é possível uma ação de controle de constitucionalidade de matéria irrelevante.

Portanto, a admissibilidade do *amicus curiae* dependerá da relevância da sua participação em relação à matéria *sub judice*.

Cassio Scarpinella Bueno⁸⁰ afirma, ainda, que deve ser entendido por relevância da matéria “a necessidade concreta sentida pelo relator de que outros elementos sejam trazidos aos autos para fins de formação de seu convencimento”. Significa dizer que, para o autor, se a matéria for exclusivamente de direito, dependendo apenas de exames de documentos que podem ser acostados com a petição inicial, não é necessária a participação do *amicus curiae*, podendo ser descartada.

A respeito da representatividade dos postulantes, é pacífico na doutrina que deve ser observado o mesmo referencial previsto no art. 103 da Constituição Federal, considerando os legitimados para o ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade. Nessa esteira, Edgard Silveira Bueno Filho⁸¹ ilustra:

Desde logo, consideram-se pré-qualificadas para tal as pessoas integrantes do rol do art. 103. Deveras, presume-se que quem pode propor a ação

⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 164.

⁸⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 140.

⁸¹ BUENO FILHO, Edgard Silveira. **Amicus Curiae – A Democratização do Debate nos Processos de Controle da Constitucionalidade.** Disponível em <HTTP://www.cjf.jus.br/revista/numero19/artigo9.pdf> Acesso em: 21 ago. 2010.

direta de controle goza da representatividade exigida pela lei. E essa representatividade foi reconhecida pelo texto constitucional.

Dessa forma, se já não fizer parte do processo, estarão sempre qualificadas para participar como *amicus curiae*. Bastará ao tribunal verificar se o manifestante tem interesse jurídico para justificar a sua participação no debate.

Do exposto, significa dizer que, desde que um dos entes listados no artigo 103, da CF, não tenha proposto a ação, poderá figurar como amigo da corte.

Segundo Paulo de Tarso Duarte Menezes⁸², a representatividade deve ser analisada com fundamento nos requisitos exigidos para a pertinência temática dos legitimados para provocar o controle concentrado; desse modo, cumpre esse requisito a entidade que demonstrar que possui interesse institucional específico no tema em discussão.

Ainda, ensina Edgard Silveira Bueno Filho⁸³ que:

Haverá sempre outras entidades de notória representatividade que, por isso, serão facilmente admitidas ao debate, dependendo apenas do tema discutido. É o caso das associações de magistrados, de advogados, de outros profissionais liberais, de empresários, de defensores de direitos humanos, de consumidores, de meio ambiente etc., quando o ato normativo questionado tiver relação com a atividade por eles desenvolvida.

Ainda, destaca-se que a representatividade não deverá ser, necessariamente, nacional, posto que a lei assim não exigiu, além disso, o caráter nacional não confere, por si só, a representatividade à alguma entidade.

Por fim, ressalte-se que a lei não faz referência sobre a possibilidade de se admitir mais de um *amicus*, concluindo-se, portanto, que é possível a participação.

3.2.2 Momento para intervenção

O parágrafo 2º, do art. 7º da Lei 9.868/99 silencia a respeito do momento da intervenção do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade.

A intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, segundo a maior parte da doutrina, pode se dar a qualquer

⁸² MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. **Aspectos Gerais da Intervenção do *Amicus Curiae* nas Ações de Controle de Constitucionalidade pela Via Concentrada**. Direito Público, Brasília, n.17, p. 44-45, jul./set. 2007.

⁸³ BUENO FILHO, Edgard Silveira. op. cit., 88.

momento, desde que antes do início do julgamento da ação. Nesse sentido, Edgard Silveira Bueno Filho⁸⁴ assevera:

É que, tal como na assistência, o *amicus* pegará o processo no estado em que se encontra. Desse modo, se o julgamento já tiver sido iniciado com a leitura do relatório, não poderá promover a sustentação oral. Entretanto, será admitida a entrega de memoriais aos demais julgadores.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno⁸⁵, a indicação do processo para julgamento, com a inclusão em pauta, é o termo final para a intervenção do *amicus curiae*, pois se considera, a partir de então, que o relator encontra-se em condições de decidi-lo. O autor, ainda, preleciona:

Uma vez iniciado o julgamento, não deve ser admitido o ingresso do *amicus curiae*.

Isto porque, como já acentuamos, a pluralização do debate que esse especial terceiro provoca deve ser entendido como um ato que *precede* o início dos debates pelos ministros votantes e que tem como finalidade última *influenciar* a formação do convencimento de cada um dos julgadores, a começar pelo relator. Tal entendimento, a toda evidência, não pode excluir que, *durante o julgamento*, a pedido de um dos julgadores, manifeste-se, novamente, algum interveniente ou seja ouvido outra entidade na qualidade de *amicus*. Inclusive oralmente. O que releva, nesta hipótese, é que autor e réu tenham oportunidade de analisar esse novo elemento de convicção, em homenagem ao princípio do contraditório.

3.2.3 Prazo para manifestação

O parágrafo 2º, do art. 7º da Lei 9.868/99 também silencia quanto ao prazo para a manifestação do *amicus curiae*, o que gera divergência de entendimentos doutrinários.

Para alguns, se a lei silencia a respeito do prazo, significa que não há prazo para a manifestação, ou seja, a intervenção do *amicus* não se vincula ao prazo das informações. Nesse sentido, Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá⁸⁶:

5. O *amicus curiae* não está sujeito ao prazo do art. 6.º, parágrafo único, da Lei 9.868/99. Ou seja, lapso temporal em que se admite sua intervenção não se limita ao prazo da apresentação das informações da pessoa jurídica de direito público responsável pelo ato impugnado. Assim, não cabe falar em preclusão temporal ou consumativa com relação ao requerimento feito posteriormente às informações previstas no art. 6.º, parágrafo único, da LADIn.

⁸⁴ BUENO FILHO, Edgard Silveira. op. cit., 88.

⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 161-165.

⁸⁶ PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues Del. op. cit., p. 78.

Contudo, para Cassio Scarpinella Bueno⁸⁷, o silêncio da lei não afasta a necessidade de ser fixado um prazo judicial para tal manifestação, principalmente nos casos em que não é apresentada a manifestação escrita. Para o autor, “a fixação de um prazo judicial é essencial, outrossim, quando a iniciativa de ouvir entidades para os fins do precitado dispositivo legal partir do próprio Supremo Tribunal Federal”.

Esse também é o posicionamento de Edgard Silveira Bueno Filho⁸⁸:

Segundo a lei, deferida a participação do interessado no processo, terá ele o prazo do art. 6º, parágrafo único, para apresentar a sua manifestação: 30 dias. Embora não haja norma escrita, o *amicus curiae* terá o mesmo prazo das partes para produzir a sua sustentação oral.

3.2.4 Poderes Processuais

A manifestação do *amicus curiae* por escrito, nos processos que pode intervir, é perfeitamente admissível, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99.

A divergência doutrinária ocorre sobre a possibilidade de o *amicus curiae* apresentar suas razões oralmente, ou seja, realizar sustentação oral, isto porque não há previsão a respeito na citada lei e não houve no STF consenso sobre a questão.

Pondo fim à questão, a Emenda Regimental n. 15, de 30 de março de 2004, acrescentou novo § 3º ao art. 131 do Regimento Interno do STF, o qual passou a admitir expressamente a sustentação oral de quaisquer terceiros, entendendo-se como estes, inclusive, o *amicus curiae*.

O prazo para tanto está previsto no art. 132, § 2º, do mesmo regimento, conforme remissão feita pelo § 3º ao art. 131, ou seja, o *amicus curiae* terá o prazo de quinze minutos para realizar a sustentação oral, e, ainda, quando houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, terá o prazo contado em dobro.

Para Cassio Scarpinella Bueno⁸⁹, é acertada essa orientação normativa:

A sustentação oral do *amicus curiae* deve ser admitida como corolário de sua atuação e para que, na última oportunidade possível, possa ele levar a

⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. op cit., p. 166.

⁸⁸ BUENO FILHO, Edgard Silveira. op. cit., 88.

⁸⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. op cit., p. 171.

conhecimento de todos os Ministros votantes sua específica colaboração sobre a matéria, que, em última análise, justifica sua própria intervenção.

Quanto ao poder do *amicus curiae*, de recorrer contra decisão que indeferiu sua intervenção, Cassio Scarpinella Bueno⁹⁰ considera o tema controvertido na doutrina e na jurisprudência. Contudo, afirma que não existe previsão legal contrária, portanto, a posição mais acertada é aquela que entende ser recorrível a decisão que indeferiu o ingresso do *amicus*, “aplicando-se à hipótese a diretriz do *sistema processual civil* de que *toda* decisão monocrática proferida no âmbito dos tribunais é recorrível por intermédio do recurso de agravo, aqui na modalidade interna”. Além disso, o autor também entende cabível o recurso apresentado pelo *amicus curiae* de decisão final ou qualquer outra decisão.

Também é entendimento doutrinário que o *amicus curiae* pode tomar a iniciativa de requerer providências instrutórias.

Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá⁹¹ acrescenta que o *amicus curiae* pode, ainda, juntar documentos, solicitar ao relator sejam determinadas medidas para esclarecer matéria insuficientemente informada nos autos, inclusive, solicitar designação de perícia ou audiência pública.

⁹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. op cit., p. 171-172.

⁹¹ PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues Del. op. cit., p. 66.

CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos consiste na verificação da compatibilidade entre uma lei ou ato normativo com a Carta Magna, e tem como pressupostos a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional.

O controle de constitucionalidade concentrado é exercido exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, através das seguintes ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Nos processos de controle abstrato, não se admite a intervenção de terceiros, no entanto, é possível a intervenção de terceiro não-legitimado na condição de *amicus curiae*, que, do latim, significa amigo da corte.

O *amicus curiae* é uma pessoa, entidade ou órgão que intervém no processo, a fim de prestar informações sobre questões relevantes do processo, em especial aquelas voltadas para a matéria de direito objeto da lide, representando o interesse da sociedade.

O parágrafo 2º, do art. 7º, da Lei 9.868/99 prevê expressamente o ingresso do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade, apesar de não nomeá-lo dessa forma.

Quanto à ação declaratória de constitucionalidade, a Lei 9.868/99 não prevê a intervenção de *amicus curiae*. Contudo, por ter essa ação natureza idêntica a ação direta de inconstitucionalidade, é pacífico o entendimento que é cabível a participação do *amicus curiae*.

Em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Lei 9.882/99 também não dispõe a respeito da intervenção do *amicus curiae*.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado, analogicamente, a Lei 9.868/99, permitindo seu ingresso.

É exigido o preenchimento de dois requisitos para que haja a participação do *amicus curiae* nas ações de controle concentrado. Estão previstos no parágrafo 2º, do art. 7º, da Lei 9.868/99, quais sejam, a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Portanto, podemos concluir que o ingresso do *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, é perfeitamente admissível. Todavia, deverão ser preenchidos os requisitos legais, como relevância da matéria e representatividade do postulante.

O instituto do *amicus curiae*, voluntariamente ou quando devidamente provocado, traz esclarecimentos ao juiz e aproxima-o da sociedade, contribuindo para a prolação de uma decisão mais adequada aos interesses comuns da coletividade.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 07 jul. 2010.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 07 jul. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 07 jul. 2010.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 07 jul. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acesso em 15 ago. 2010.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. **Amicus Curiae – A Democratização do Debate nos Processos de Controle da Constitucionalidade**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero19/artigo9.pdf>> Acesso em: 21 ago. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARDOSO, Oscar Valenste. **O Amicus Curiae e a Análise de Fatos no Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Direito Público, Brasília, v. 5, n. 27, p. 119-140, maio/jun. 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – A intervenção do particular, do Co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos Polêmicos E Atuais Sobre Os Terceiros No Processo Civil (e assuntos afins)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. **Aspectos Gerais da Intervenção do Amicus Curiae nas Ações de Controle de Constitucionalidade pela Via Concentrada**. Direito Público, Brasília, n.17, p. 44-45, jul./set. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues Del. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie, WAMBIER, Teresa

Arruda Alvim (coords.). **Aspectos Polêmicos E Atuais Sobre Os Terceiros No Processo Civil (e assuntos afins)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.