

**“DA AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE E DA  
AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE”**

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,**

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, Paulista e Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e do Centro de Extensão Universitária - CEU.

O artigo 102, inciso I, letra “a”, da Constituição Federal na redação ofertada pela E.C. 3/93, dispõe:

*“Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*I. processar e julgar, originariamente:*

*a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação*

*declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.*

Por outro lado, o artigo 103 veiculado está com o seguinte discurso:

*“Art. 103 Podem propor a ação de inconstitucionalidade:*

*I. o Presidente da República;*

*II. a Mesa do Senado Federal;*

*III. a Mesa da Câmara dos Deputados;*

*IV. a Mesa da Assembléia Legislativa;*

*V. o Governador de Estado;*

*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.*

*§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.*

*§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.*

*§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.*

*§ 4º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República”.*

Os dois dispositivos conformam o controle concentrado de constitucionalidade, sendo a ação direta de inconstitucionalidade uma declaratória de constitucionalidade em seus efeitos, sempre que a norma não seja declarada inconstitucional e a declaratória de constitucionalidade uma direta de

inconstitucionalidade quando a norma tida por constitucional seja declarada inconstitucional <sup>1</sup>.

O nome, portanto, das ações diz respeito à forma de pedir, sendo o resultado comum às duas, pois, em ambas, tanto pode ser declarada a

---

<sup>1</sup> *Edvaldo Brito esclarece: “São estudados dois tipos de controle de constitucionalidade: o difuso e o concentrado. É equívoco falar de um terceiro, o que seria misto.*

*Diz-se que é difuso o controle exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário que, conhecendo, no caso concreto, a ofensa à Constituição, protege o direito subjetivo sob sua apreciação, afastando os efeitos da lei transgressora de referência a esse direito.*

*Essa lei, contudo, pode, como norma origem de uma outra cadeia de relações jurídicas, ser considerada aplicável.*

*É nessa difusão que se pode levar, diretamente, ao órgão do Judiciário incumbido de guardar a Constituição, pretensão que tenha na sua base uma lei imprestável para qualquer caso e que, por isso, tenha ela própria de ser extirpada do sistema. Neste caso, configura-se o chamado controle abstrato operado pela via da ação direta de inconstitucionalidade. É errado, pois, dizer que este é o controle concentrado.*

*Há controle concentrado naqueles sistemas jurídicos, como o alemão, que prevêm um órgão com a exclusividade de apreciar e decidir sobre a constitucionalidade das leis. Nesse tipo, portanto, somente um órgão tem a competência. Tanto que, verificada por qualquer outro, no caso concreto, a ofensa, este suspenderá a apreciação do caso, submeterá o incidente àquele, aguardando a decisão para, então, reiniciar o procedimento.*

*No Brasil, o controle é difuso. Foi implantado no bojo de uma ruptura institucional que provocou a manifestação do poder constituinte, de que o povo é titular, e este, na institucionalização que criou, inseriu esse controle como instrumento que assegura o princípio federativo que opera os efeitos descritos supra, isto é, permite a descentralização do poder” (Ação declaratória de constitucionalidade, Ed. Saraiva, 1996, p. 46).*

constitucionalidade, como a inconstitucionalidade da norma.

O art. 103, por outro lado, em seu “caput”, define as pessoas legitimadas a propor a ação direta de inconstitucionalidade, todas representativas de instituições, mesmo quando se refere a uma pessoa física, ou seja, Presidente da República, Governador de Estado, Procurador Geral da República, visto que apenas enquanto no comando dos Poderes Executivos Federais e Estaduais ou do Ministério Público Federal têm legitimidade para agir <sup>2</sup>.

---

*<sup>2</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina: “Legitimação. No direito anterior, somente o Procurador-Geral da República podia propor a ação direta de inconstitucionalidade. Ora, dados os vínculos que essa autoridade tinha, sob as Constituições anteriores, com o Poder Executivo, em geral só propunha ele à apreciação do Supremo Tribunal Federal pedido de decretação de inconstitucionalidade em que tivesse interesse o Governo. E, evidentemente, não submetia ao Supremo inconstitucionalidades constantes de atos normativos do Executivo federal. Forte era, por isso, a reivindicação de que a titularidade da ação direta fosse estendida a outros. É o que fez a Constituição em vigor, como se vê.*

*A Constituição, porém, não quis abrir a todos o direito de ação, temendo, por certo, submergir o Supremo Tribunal Federal, sob um dilúvio de ações diretas. Estabeleceu por isso, taxativamente, um elenco de titulares. Tal elenco leva em conta a importância do titular no sistema político, ou sua representatividade, quer política, quer social.*

*Legitimação de partido político. A hipótese do inc. VIII tem suscitado algumas dúvidas. O texto, porém, é claro. A titularidade somente é dada a partido político que tenha*

Por outro lado, nem todos têm direito de propor qualquer ação, pois deverá haver sempre pertinência temática entre aquele que propõe e o interesse imediato que pretende proteger, em nível de controle abstrato de constitucionalidade, para evitar efeitos danosos pelo cumprimento de lei tida por inconstitucional em sua área de atuação.

A Mesa da Assembléia Legislativa do Amazonas não terá direito a propor ação direta de inconstitucionalidade sobre lei, que diga respeito à remuneração dos servidores do Estado de São Paulo.

O interesse imediato no afastamento do mundo jurídico da norma tida por inconstitucional é que legitima a autoridade a propô-la, exceção feita a

---

*representação no Congresso Nacional. Esta restrição visa a limitar a legitimação apenas a partidos que, tendo representação no Congresso Nacional, dessa forma demonstrem um mínimo de representatividade.*

*Legitimação de confederação sindical ou entidade de classe. O critério de representatividade é que dita somente ser dada a titularidade da ação direta a confederação sindical ou entidade de classe . Mas, no caso desta, deve ela ter âmbito nacional. Por âmbito nacional deve-se entender estar aberta a membros de todos os cantos do território brasileiro, sem exceção” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 2, Ed. Saraiva, 192, p. 229).*

duas pessoas, ou seja, Procuradoria Geral da República, por seu Procurador Geral, e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, que poderão propô-las sobre qualquer tema e sobre atos ou leis emanados de qualquer das duas esferas federativas (União e Estados).

É que as duas instituições essenciais à administração da Justiça, nos termos do artigo 127 a 133 da lei suprema, exercem sua função de defensores da lei na plenitude, o Ministério Público em termos oficiais e a Ordem dos Advogados, sem a vinculação expressa com o Poder, o que lhe outorga mais liberdade, visto que seus dirigentes não são nomeados pelo Poder Executivo, como ocorre com o Procurador Geral da República <sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Os artigos 127 e 133 da Constituição Federal estão assim redigidos: “Art. 127 O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os

Tem, pois, o Ministério Público, obrigação específica de ser o guardião da lei, enquanto o Conselho Federal, a obrigação genérica, por decorrência de sua ação, sendo mais condicionada a competência do “parquet” e mais abrangente a da OAB.

Discute-se se os partidos políticos com representação no Congresso Nacional teriam a mesma competência abrangente do MP e da OAB, pois mesmo em Estados onde o partido inexistente, sua representação nacional dar-lhe-ia tal competência para atalhar leis ou atos inconstitucionais. Tenho para mim que a tese é correta, já havendo decisões neste sentido <sup>4</sup>.

---

*planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.*

*§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.*

...

*“Art. 133 O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.*

<sup>4</sup> Na ADIN 1396-SC reconheceu-se tal direito, estando a emenda assim redigida: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1396-SC (Medida Liminar) (Tribunal Pleno)

*Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio*

*Reqte: Partido dos Trabalhadores*

*Recdo: Governador do Estado de Santa Catarina*

Quanto às Confederações Sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, houve, na prática, considerável redução do espectro daquelas legitimadas, admitindo, hoje, o Supremo, apenas as confederações nacionais, sendo que as instituições de classe de âmbito nacional (associações civis ou sindicatos) já não são mais aceitas como entidades representativas de categorias para esse fim. E as próprias Confederações Nacionais devem ser as únicas representantes da categoria, muito embora mais de uma possa estar legitimada para propor ação direta contra norma que atinja duas ou mais categorias.

---

*Legitimação: Ação direta de inconstitucionalidade – Partidos políticos – Amplitude. Os partidos políticos têm legitimidade para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da matéria versada, na norma atacada, não se aplicando, em consequência, as restrições decorrentes da pertinência temática. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1096/RS, relatada pelo Ministro Celso de Mello, e cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça da União de 22 de setembro de 1995.*

*Ação direta de inconstitucionalidade – Liminar – Vencimentos – Respeito ao teto constitucional – Limitação de pagamento. O tema está, de início, submetido à reserva legal, descabendo a disciplina mediante decreto do Poder Executivo. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 482/RJ, relatada pelo Ministro Néri da Silveira (Revista Trimestral de Jurisprudência nº 150, à página 374)” (RTJ 163:530).*

Por outro lado, nesta contínua redução do campo de abrangência dos legitimados para suscitar o controle concentrado, que a jurisprudência foi conformando nos 12 anos de aplicação da Constituição, o próprio ato normativo federal ou estadual passível de ser atacado por essa via, passou a ser de difícil configuração, à luz da teoria de que as inconstitucionalidades indiretas não podem ser examinadas pela Suprema Corte. O ato normativo, quando ultrapassa o espectro da lei, violentando-o, é imediatamente ilegal e apenas por decorrência mediatamente, inconstitucional <sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> *Leia-se a ementa da ADIN 1258-PR: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1248-PR (Medida Liminar) (Tribunal Pleno)*

*Relator: O Sr. Ministro Néri da Silveira*

*Repte: Conf. Nacional da Indústria – CNI*

*Recco: Governador do Estado do Paraná*

*Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Alteração nº 150 introduzida pelo art. 1º do Decreto nº 2665, de 29/10/1993, do Estado do Paraná, que modificou dispositivos do regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 1966, de 22/12/1992, do referido Estado. 3. Não se trata de decreto autônomo do Decreto Paranaense nº 2665/1993, pois nada mais fez do que incluir no Regulamento do ICMS (Decreto nº 1966/1992) o novo tratamento dispensado (Convênio 63/89), no que se refere a créditos do tributo incidentes na aquisição de matérias-primas e material secundário na fabricação de papel de imprensa. 4. Não se tratando de decreto autônomo, o Decreto nº 2665/1993 não pode ser atacado em ação direta de inconstitucionalidade, que não é via adequada à mera declaração de ilegalidade de norma regulamentar. 5. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, julgando-se prejudicado o pedido de cautelar” (RTJ 164:493).*

Neste sentido, a ementa da ADIN 1347/95, para bem sintetizar a quase impossível procedibilidade de ações diretas sobre atos normativos federais ou estaduais:

**“Supremo Tribunal Federal**

DESCRIÇÃO: AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA  
CAUTELAR.

NÚMERO: 1347

JULGAMENTO: 05/09/1995

E M E N T A

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
- **INSTRUCAO NORMATIVA** - PORTARIAS N.  
24/94 E N. 25/94 DO SECRETÁRIO DE  
SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO -  
PREVENÇÃO CONTRA SITUAÇÕES DE DANO  
NO AMBIENTE DE TRABALHO - CONTROLE  
MÉDICO DE SAÚDE OCUPACIONAL - ATO  
DESVESTIDO DE NORMATIVIDADE  
QUALIFICADA PARA EFEITO DE IMPUGNAÇÃO  
EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE

CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO NÃO CONHECIDA.

PARAMETRICIDADE E CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO.

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, EM TEMA DE AÇÃO DIRETA, QUALIFICA-SE COMO O ÚNICO INSTRUMENTO NORMATIVO REVESTIDO DE PARAMETRICIDADE, PARA EFEITO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

AÇÃO DIRETA E **OFENSA FRONTAL** A CONSTITUIÇÃO.

O CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, PARA EFEITO DE SUA VALIDA INSTAURACAO, SUPÕE A OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO DE LITIGIOSIDADE CONSTITUCIONAL QUE RECLAMA A EXISTÊNCIA DE UMA NECESSÁRIA RELAÇÃO DE CONFRONTO IMEDIATO ENTRE O ATO ESTATAL DE MENOR POSITIVIDADE JURÍDICA E O TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REVELAR-SE-Á PROCESSUALMENTE INVIÁVEL A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO DIRETA, QUANDO A SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - QUE SEMPRE

DEVE TRANSPARECER IMEDIATAMENTE DO CONTEÚDO MATERIAL DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO - DEPENDER, PARA EFEITO DE SEU RECONHECIMENTO, DO PRÉVIO EXAME COMPARATIVO ENTRE A REGRA ESTATAL QUESTIONADA E QUALQUER OUTRA ESPÉCIE JURÍDICA DE NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL, COMO OS ATOS INTERNACIONAIS -INCLUSIVE AQUELES CELEBRADOS NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (O. I. T) - QUE JÁ SE ACHAM INCORPORADOS AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL, POIS OS TRATADOS CONCLUÍDOS PELO ESTADO FEDERAL POSSUEM, EM NOSSO SISTEMA NORMATIVO, O MESMO GRAU DE AUTORIDADE E DE EFICÁCIA DAS LEIS NACIONAIS.

INTERPRETAÇÃO ADMINISTRATIVA DA LEI E CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO.

SE A **INSTRUÇÃO NORMATIVA**, EM DECORRÊNCIA DE MÁ INTERPRETAÇÃO DAS LEIS E DE OUTRAS ESPÉCIES DE CARÁTER EQUIVALENTE, VEM A POSITIVAR UMA EXEGESE APTA A ROMPER A HIERARQUIA

**NORMATIVA** QUE DEVE OBSERVAR EM  
FACES DESSES ATOS ESTATAIS PRIMÁRIOS,  
AOS QUAIS SE ACHA VINCULADA POR UM  
CLARO NEXO DE ACESSORIEDADE, VICIAR-  
SE-Á DE ILEGALIDADE - E NÃO DE  
INCONSTITUCIONALIDADE -, IMPEDINDO, EM  
CONSEQUÊNCIA, A UTILIZAÇÃO DO  
MECANISMO PROCESSUAL DA FISCALIZAÇÃO  
**NORMATIVA** ABSTRATA. PRECEDENTES: RTJ  
133/69 - RTJ 134/559.

O EVENTUAL EXTRAVASAMENTO, PELO ATO  
REGULAMENTAR, DOS LIMITES A QUE SE  
ACHA MATERIALMENTE VINCULADO PODERÁ  
CONFIGURAR INSUBORDINAÇÃO  
ADMINISTRATIVA AOS COMANDOS DA LEI.  
MESMO QUE DESSE VÍCIO JURÍDICO  
RESULTTE, NUM DESDOBRAMENTO  
ULTERIOR, UMA POTENCIAL VIOLAÇÃO DA  
CARTA MAGNA, AINDA ASSIM ESTAR-SE-Á  
EM FACE DE UMA SITUAÇÃO DE  
INCONSTITUCIONALIDADE MERAMENTE  
REFLEXA OU OBLIQUA, CUJA APRECIÇÃO

NAO SE REVELA POSSÍVEL EM SEDE JURISDICIONAL CONCENTRADA”<sup>6</sup> .

Em todas as ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade, o Procurador Geral deverá ser previamente ouvido. No

---

<sup>6</sup> “LEGISLAÇÃO: LEG-FED CFD-\*\*\*\*\* ANO-1988 ART-00001 INC-00004 ART-00196 ART-00200 INC-00002 \*\*\*\*\* CF-88 CONSTITUICAO FEDERAL LEG-FED DEL-005452 AN-1943 ART-00155 ART-00168 PAR-00001 PAR-00003 ART-00169 ART-00200 INC-00006 \*\*\*\*\* CLT-43 CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO LEG-FED LEI-006514 ANO-1977 ART-00003 PAR-00002 LEG-FED LEI-007855 ANO-1989 LEG-FED LEI-008213 ANO-1991 ART-00019 ART-00023 LEG-FED DEC-000611 ANO-1992 ART-00139 ART-00143 LEG-FED PRT-000024 ANO-1994 SECRETÁRIO DE SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHO. LEG-FED PRT-000025 ANO-1994 SECRETÁRIO DE SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHO. OBSERVAÇÃO: VOTAÇÃO: UNÂNIME. RESULTADO: NÃO CONHECIDA A AÇÃO E PREJUDICADA A MEDIDA CAUTELAR. VEJA RP-1266, RTJ-124/18, ADIMC-561, ADIMC-996, RTJ-133/69, RTJ-134/559. N. PP.: (18). ANÁLISE: (JBM). REVISÃO: (NCS). INCLUSÃO: 07.12.95, (LSS).: ALTERAÇÃO: 15.02.96, (LSS).: ORIGEM: DF - DISTRITO FEDERAL PUBLICAÇÃO: DJ DATA-01-12-95 PP-41685 EMENT VOL-01811-02 PP-00241 RELATOR: CELSO DE MELLO SESSÃO: TP - TRIBUNAL PLENO” (Jurisprudência Informatizada Saraiva).

passado, antes da lei 9867/99, tinha a prerrogativa de falar após a leitura do relatório da medida cautelar, apesar de a parte proponente estar impedida de produzir sustentação oral.

A exigência, não só para as ações de controle concentrado, mas também de controle difuso, vinha atrasando, consideravelmente, o andamento das ações, pois não obstante a inquestionável capacidade de seus integrantes, o Ministério Público Federal não possui quadros suficientes para manifestar-se com celeridade sobre todas as ações, grande parte delas permanecendo anos nos gabinetes da Procuradoria, para que seus membros se manifestem <sup>7</sup>.

A ação direta de inconstitucionalidade comporta a declaração do vício por omissão de autoridade administrativa ou legislativa que deixe de atuar no sentido de tornar efetivo o conteúdo de norma

---

<sup>7</sup> José Cretella Jr. *Ensina: “O Procurador-Geral da República tem, conforme expresse mandamento constitucional, **legitimatio ad causam** para propor ação de inconstitucionalidade. Além disso, deverá ser previamente ouvido sempre que esse tipo de ação for proposto pelas partes credenciadas pela Constituição, neste art. 103” (Comentários à Constituição de 1988, vol. VI, Forense Univ., 1992, p. 3108).*

constitucional. Tal declaração não pode ser pleiteada cautelarmente, mas, uma vez julgada procedente, cabe ao Poder Executivo adotar as medidas necessárias para cumprir a decisão em 30 dias e ao Legislativo tomar providências para sanar o seu comportamento omissivo e inconstitucional. Não há prazo para este produzir a norma exigida <sup>8</sup>.

De rigor, a adoção da fórmula de inconstitucionalidade por omissão do direito português, foi adaptada no Brasil, pois se fosse dado prazo ao Legislativo para produzir a norma e este não a produzisse, apenas restaria ao Poder Judiciário determinar a prisão por desacato. Se cumprida a ordem, tal ação geraria problemas

---

<sup>8</sup> O § 1º a 4º do art. 103 da C.F. estão assim redigidos: § 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

§ 4º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República”.

constitucionais graves, como o de violação do direito de não serem processados sem autorização da própria casa. Se, por outro lado, não fosse cumprida a determinação pretoriana, haveria autêntica ruptura institucional, com o guardião da Constituição, que é a Suprema Corte, não mais tendo qualquer força institucional <sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Canotilho lembra que: “Dever de legislação e direito à legislação. A inconstitucionalidade por omissão é um instituto que reflete as insuficiências resultantes da redução do Estado de direito democrático “aos processos” e instrumentos típicos dos ordenamentos liberais. Com efeito, a generalidade da doutrina não reconhece um direito subjetivo dos cidadãos à actividade legislativa. Embora haja um dever jurídico-constitucional do legislador no sentido de este adoptar as medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição, a esse dever não corresponde automaticamente um direito fundamental à legislação. Daí a insistência na necessidade de institucionalização de formas democráticas tendentes a um maior reforço da protecção jurídica contra omissões inconstitucionais (acções populares, direito de iniciativa legislativa popular, petições colectivas, e, em geral, formas de acentuação da democracia participativa). A Constituição afastou, porém, qualquer possibilidade de acções populares universais, de acções individuais de defesa e de acções administrativas contra comportamentos omissivos do legislador (cfr. Art. 283/1).

A inconstitucionalidade da omissão legislativa não se conexas necessariamente com os prazos ou tempos dentro dos quais deveria ter havido a interpositio legiferante necessária para tornar exequíveis os preceitos constitucionais. De um modo geral, o legislador constituinte fixa prazos quando se trata de ordens de legislar. Na hipótese de omissões derivadas de não cumprimento de imposições constitucionais, os “momentos” decisivos para a verificação da existência da inconstitucionalidade são mais a importância e indispensabilidade da mediação legislativa para dar

De qualquer forma, a não-produção normativa necessária para que a Constituição seja cumprida caracteriza procedimento inconstitucional do Poder Legislativo, que não fortalece a democracia.

Três últimos aspectos merecem rápida reflexão. O primeiro é que cabe ao Advogado Geral da União defender o texto ou ato impugnado. Tem-se entendido que tal obrigação deveria estar vinculada apenas aos atos e leis federais, pois a jurisprudência da Suprema Corte tem permitido que tal defesa se faça pelo Poder interessado, se o ato for estadual. Tal ocorreu, por exemplo, nas ADINs sobre o direito ou não de advogados e membros do Ministério Público ingressarem, diretamente nos Tribunais de Justiça, à luz do quinto constitucional, mesmo nos Estados onde existem Tribunais de Alçada. Na ocasião, os Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e São Paulo defenderam-se por seus procuradores gerais. Curiosamente, o Supremo Tribunal decidiu, em curto espaço de tempo, favoravelmente aos

---

*operatividade prática às normas constitucionais do que a fixação de eventuais limites ad quem” (Direito Constitucional, 5ª ed., Livr. Almedina, Coimbra, 1991, p. 1103).*

advogados e procuradores dos Estados do Rio Grande do Sul e Paraná, e não para aqueles do Estado de São Paulo, nada obstante as teses defendidas serem rigorosamente iguais. Posteriormente, unificou a jurisprudência, não permitindo o ingresso de advogados e membros do Ministério Público diretamente nos Tribunais de Justiça.

É de se entender, entretanto, que a defesa da AGU não impede a defesa dos demais poderes interessados <sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> O Ministro Marco Aurélio de Mello entende que apenas os profissionais de direito com capacidade postulatória podem representar ativa ou passivamente as autoridades legitimadas para atuar no controle concentrado de constitucionalidade: “VOTO. (Sobre preliminar de falta de capacidade postulatória). O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, distingo legitimação para a causa da capacidade postulatória. Legitimação para a causa realmente tem o subscritor da inicial, podendo, portanto, segundo o disposto no artigo 103, estar em juízo. Mas essa legitimação, a meu ver, não alcança, em si, a capacidade postulatória, porquanto a regra é no sentido de assistir essa capacidade postulatória ao profissional da advocacia. No caso, em se tratando de uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado, aquele que o representa, segundo a própria Carta, em Juízo, é o Procurador do Estado. A meu ver, o rol que se contém no artigo 103 da Constituição Federal diz respeito ao instituto da legitimidade e não da capacidade postulatória. Assim tenho me posicionado nas ações diretas de inconstitucionalidade das quais sou Relator; toda vez que me defronto com uma inicial subscrita apenas por Governador de Estado, determino --e até

O segundo ponto é o de que a ação declaratória só poderá ser proposta contra ato e norma federal e pelo Presidente da República, Mesa das duas casas do Congresso Nacional e pelo Procurador Geral da República.

E, por fim, o último ponto é o de que o efeito vinculante e a eficácia “erga omnes” seria apenas das ações declaratórias de constitucionalidade.

Não me parece ser a interpretação correta <sup>11</sup>.

Compreende-se a necessidade da declaração dos dois efeitos na ação declaratória de constitucionalidade, pois julgada procedente, confirma a validade do texto vigente e o duplo efeito

---

*aqui esses despachos têm sido observados—a regularização da capacidade postulatória.*

*Por esses motivos, peço vênua ao nobre Relator e também àqueles que entendem de forma diversa para entender que cabe, no caso concreto, a diligência propugnada pelo Ministério Público. É o meu voto”(ADIN 120-AM) (RTJ-163:438).*

<sup>11</sup> O § 2º do art. 102 da C.F. está assim redigido: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo”.

objetiva estancar a discussão da matéria nas instâncias inferiores.

Nas ações diretas de inconstitucionalidade, entretanto, um discurso declaratório seria desnecessário, na medida em que considerada inconstitucional a norma, tem esta sua eficácia suspensa e a suspensão desta eficácia tira força de imposição ao dispositivo.

Leia-se, neste sentido, a ementa da Reclamação nº 447:

***“Supremo Tribunal Federal***

*DESCRIÇÃO: RECLAMAÇÃO.*

*NÚMERO: 447*

*JULGAMENTO: 16/02/1995*

*E M E N T A*

*DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL.*

*RECLAMAÇÃO. PRESERVAÇÃO DA  
COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL E **GARANTIA** DA **AUTORIDADE** DE  
SUAS DECISÕES. ARTIGO 102, I, "I", DA*

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 156 DO  
REGIMENTO INTERNO DO S. T. F.

1. Os julgamentos do S. T. F., nos Conflitos de Jurisdição e nos Recursos Extraordinários, referidos na Reclamação, têm eficácia apenas "inter partes", não "erga omnes", por encerrarem, apenas, **controle** difuso ("in concreto") de constitucionalidade.

2. E como a Reclamante não foi parte em tais processos, não pode se valer do art. 102, I, "l", da CF, nem do art. 156 do RISTF, para impedir a **execução** de outros julgados em que foi parte, e que sequer chegaram ao STF.

3. **A decisão proferida pela Corte, no julgamento de mérito de ação direta de inconstitucionalidade, esta, sim, tem eficácia "erga omnes", por envolver o controle concentrado ("in abstracto") de constitucionalidade, mas não comporta execução. E para preservação de sua autoridade, nessa espécie de ação, o S. T. F. só excepcionalmente tem admitido Reclamações, e apenas a quem tenha atuado no respectivo processo, não sendo esse o caso da Reclamante.**

4. *Reclamação conhecida, apenas em parte, e, nessa parte, julgada improcedente*”<sup>12</sup>.

Julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade, a retirada da eficácia da norma gera, de rigor, o duplo efeito, pois a própria norma é afastada do mundo jurídico.

O problema que se coloca, nos provimentos cautelares, é o fato de que, sua eficácia é quase sempre “ex nunc”, embora possa ser “ex tunc”. Já

---

<sup>12</sup> LEGISLAÇÃO: LEG-FED CFD-\*\*\*\*\* ANO-1988 ART-00102  
INC-00001 LET-L \*\*\*\*\*  
CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL LEG-FED RGI-\*\*\*\*\* ANO-  
1980 ART-00156 \*\*\*\*\*  
RIST-80 REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL LEG-FED LEI-008112  
ANO-1990 ART-00240 LET-D LET-E  
OBSERVAÇÃO: VOTAÇÃO: UNÂNIME. RESULTADO:  
CONHECIDA EM PARTE E JULGADA IMPROCEDENTE.  
VEJA ADI-492, RTJ-145/68.  
N. PP.: (9). ANÁLISE: (LMS). REVISÃO: (BAB/NCS).  
INCLUSÃO: 10.04.95, (LA).  
ORIGEM: PE - PERNAMBUCO  
PARTES: RECLTE.: PREFEITURA MUNICIPAL DO CARPINA  
ADV.: OMAR CRUZ E SILVA  
RECLDO.: PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO  
TRABALHO DA 6ª REGIÃO  
PUBLICAÇÃO: DJ DATA-31-03-95 PP-07772 EMENT VOL-  
01781-01 PP-00056  
RELATOR: SYDNEY SANCHES  
SESSÃO: TP - TRIBUNAL PLENO” (Jurisprudência  
Informatizada Saraiva).

as decisões definitivas têm eficácia “ex tunc”, mas, em alguns casos, pode ser “ex nunc”, como já alertei em parecer publicado na Revista do Tribunal Federal da 1ª Região e encampado pelo Ministro Octávio Gallotti, em liminar monocrática, concedida em mandado de segurança proposto com base em meu parecer <sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> *Escrevi: “O primeiro diz respeito à liminar concedida no processo cautelar da ação direta de inconstitucionalidade. Por ser da natureza dessa medida garantir os efeitos definitivos da ação –visto que no processo cautelar garante a liminar a utilidade do provimento decorrente de prestação jurisdicional principal, ao contrário da liminar em mandado de segurança, que garante o próprio direito lesado ou ameaçado—tem o STF entendido desde a Representação 1391/CE, que os efeitos da liminar são **ex nunc** e não **ex tunc**.*

*À primeira vista, poder-se-ia admitir, numa aproximação menos avisada, que tais efeitos permitiriam a existência de uma dupla interpretação, semelhante ao direito alemão, isto é, de que a norma seria constitucional e inconstitucional, sendo constitucional até a decretação de sua suspensão e inconstitucional a partir dela. Seria uma espécie de norma material hermafrodita, com duplo e simultâneo perfil de constitucionalidade e inconstitucionalidade, durante a vigência da liminar.*

*Em outras palavras, numa visão mais apressada, aquela decisão tem sido interpretada como se norma material –não a processual—fosse constitucional e inconstitucional no tempo, valendo sua constitucionalidade anterior na plenitude até a declaração de sua inconstitucionalidade.*

*Meridianamente, não foi isto que a Suprema Corte decidiu naquela ocasião.*

*O que tem decidido a Suprema Corte, nas liminares concedidas contra o Poder Público no processo cautelar de ações diretas, é que a liminar suspende a eficácia e a vigência da norma, mas não desconstitui ainda as relações jurídicas constituídas e completadas. Em outras palavras, as relações jurídicas já*

---

constituídas, à luz de um direito tido por constitucional, não serão desconstituídas por força da medida liminar, mas apenas pela decisão definitiva ou pela discussão em sede de controle difuso.

Se a mera suspensão da vigência e eficácia da norma com efeitos **ex nunc** exteriorizasse a constitucionalização desta norma no tempo pretérito, atingido estaria o próprio direito à discussão da relação jurídica conformada pela norma, via controle difuso, visto que ao declarar, o Supremo Tribunal Federal, a norma inconstitucional, para o futuro, consolidaria a sua constitucionalização da norma para o tempo pretérito, aberração inadmissível no direito pátrio.

E, à nitidez, fosse correta esta exegese, a eficácia **ex nunc** e o efeito vinculante teriam, de forma absoluta, assegurado a inconstitucionalidade futura, vedando ao Poder atuar de acordo com a norma, e garantindo ao Poder Público a constitucionalidade pretérita, sem qualquer direito do cidadão, seja via controle difuso, seja pela negativa de cumprimento de lei ou ato não-constitucional, de opor-se à norma tida por violadora da lei suprema.

Nada seria tão ilógico quanto ofertar esta visão e hermafroditismo jurídico, com dupla conformação da norma, a de ser e não ser constitucional no tempo.

Há, portanto, que distinguir os dois efeitos da liminar, ou seja, o primeiro de suspender a vigência e eficácia da norma a partir daquele momento e o segundo, o de considerar aquela norma inconstitucional desde o início, não se admitindo existência ou não do vício, à luz do enfoque temporal.

E, à nitidez, se há suspensão da eficácia e vigência **ex nunc**, a desconstituição de situações definitivas só se dará após a decisão definitiva na ação principal.

O que em nenhum momento, em face dos elementos atrás apresentados, pode-se admitir, é a complementação de relação ainda não definitivamente constituída ou completada, após o julgamento da medida cautelar em sentido contrário.

Neste ponto, há de se considerar uma dupla face do mesmo assunto.

Se, à luz do direito tido por inconstitucional, tiver sido relação jurídica constituída e completada, nem por isto, em sede de controle difuso de constitucionalidade, estará o prejudicado pela constituição impedido de contestar tal situação, correndo o processo judicial seu caminho normal para que se manifeste o Poder Judiciário sobre a materialidade do direito para o que há

Todas as considerações que fiz até o presente decorrem do processo conformado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, à falta de regulamentação processual. Tal disciplina acaba agora de ser editada, com a lei 9867/99, explicitando muitos dos aspectos aqui levantados e que passamos, Gilmar e eu, a comentar. O artigo 1º apenas declara que a lei dispõe sobre o processo e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade para o Supremo Tribunal Federal, sendo, pois, dispositivo que praticamente reproduz o objeto da lei, cuja dicção é quase a mesma:

---

*de se levar em consideração –sem ainda estar obrigado de forma vinculada— a sinalização da Suprema Corte. Se, todavia, a relação jurídica não tiver sido definitivamente constituída e completada, à evidência, não poderá o Poder Público tentar completá-la sob a alegação de que a eficácia da medida vale para o futuro, e que a norma que lastreou seu pedido seria constitucional para o passado” (Aspectos práticos*

*“Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”.*

SP., 09/10/00.

IGSM/mos

AADI E ADC

---

*da teoria da imposição tributária, Nova Alvorada Edições,*

---

*1996, p. 203/209).*