

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Regina Tamami Hirose

**Atos Normativos e Controle
Concentrado de Constitucionalidade**

São Paulo

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Regina Tamami Hirose

**Atos Normativos e Controle
Concentrado de Constitucionalidade**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado sob orientação do Professor Doutor Luiz Alberto David Araujo.

São Paulo

2010

Banca Examinadora

“A coisa principal da vida não é o conhecimento, mas o uso que se faz dele”.
Talmude

Dedico este trabalho à minha família e aos meus amigos, com amor. Por me apoiarem e me compreenderem nos momentos em que tive de me ausentar devido aos estudos.

AGRADECIMENTOS

A Deus que conhece o meu coração e a minha alma.

Ao Prof. Luiz Alberto David Araujo, por suas oportunas e relevantes contribuições.

À minha família e ao Miguel, que sabem o significado de suas vidas em minha vida e o significado deste trabalho em nossas vidas.

RESUMO

A tônica do presente trabalho gira em torno do controle concentrado de constitucionalidade realizado por via da ação direta de inconstitucionalidade, objetivando, precipuamente, focar a natureza, o alcance e as características das leis e dos atos normativos para efeitos de fiscalização abstrata executada no âmbito da Suprema Corte brasileira. Sem dúvida, a aludida ação revela-se como importante instrumento para assegurar a supremacia das normas plasmadas na Constituição Federal, sendo tema recorrente em estudos acadêmicos e no cotidiano dos operadores do Direito. Assim, na elaboração do trabalho aqui apresentado procurou-se traçar as nuances e particularidades de pontos preponderantes que bem a caracterizam, notadamente com relação à competência, legitimação ativa, legitimação passiva, processo, julgamento, efeitos e modalidades das decisões. No que respeita especificamente ao objeto da ação direta de inconstitucionalidade, ponto central e fulcral das pesquisas empreendidas, buscou-se conferir especial atenção às múltiplas espécies de leis e atos normativos passíveis de controle concentrado à luz da doutrina pátria e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Atos normativos; Ação direta; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The general tone of this paper addresses the concentrated control of constitutionality performed by means of direct action of unconstitutionality, essentially, aiming at focusing on nature, reach, and characteristics of laws and regulatory acts for the purposes of abstract inspection carried out on the grounds of Brazilian Supreme Court. Indeed, the referred action poses as an important instrument to ensure the supremacy of rules molded in the Federal Constitution, being a recurring topic in academic studies and in Legal operators' routine. Therefore during the elaboration of the job herein presented there was an attempt to outline the nuance and particularities of predominant points that characterize it, especially regarding to competence, standing to sue, standing to be sued, lawsuits, judgment, effects and decisions models. Regarding specifically the object of unconstitutionality direct action, core and foundations of research applied, there was an attempt to pay special attention to the several types of laws and regulatory acts subject to concentrated control in light of Brazilian doctrine and Federal Supreme Court jurisprudence.

Keywords: Regulatory acts; Direct action; Unconstitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E GARANTIA DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	
1.1 Constituição e constitucionalismo.....	14
1.2 Unidade normativa da Constituição	20
1.3 Conceito e pressupostos do controle de constitucionalidade.....	24
1.3.1 Conceito.....	24
1.3.2 Pressupostos.....	25
1.3.2.1 A Constituição formal	25
1.3.2.2 A Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema	26
1.3.2.3 A previsão de um órgão competente.....	29
CAPÍTULO 2 – MATRIZES HISTÓRICAS E EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	
2.1 Considerações preambulares	33
2.2 Sistema americano ou difuso de controle de constitucionalidade e o caso <i>Marbury & Madison</i>	33
2.3 Sistema austríaco ou concentrado de controle de constitucionalidade e a contribuição de Kelsen	36
2.4 Evolução do controle da constitucionalidade no Brasil.....	38
2.4.1 Constituição de 1824	38
2.4.2 Constituição de 1891	39
2.4.3 Constituição de 1934	39
2.4.4 Constituição de 1937	40
2.4.5 Constituição de 1946	41
2.4.6 Emenda Constitucional 16/65.....	41
2.4.7 Constituição de 1967/1969	42
2.4.8 Constituição de 1988	43
CAPÍTULO 3 – ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE E MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	
3.1 Considerações preliminares.....	45
3.2 Espécies de inconstitucionalidade	45
3.2.1 Inconstitucionalidade formal, material e orgânica.....	45
3.3 Inconstitucionalidade por ação e por omissão.....	48
3.3.1 Inconstitucionalidade total e parcial	49
3.3.2 Inconstitucionalidade originária e superveniente	49
3.3.3 Inconstitucionalidade antecedente e consequente.....	51
3.4 Modalidades de controle de constitucionalidade.....	53
3.4.1 Quanto à natureza do órgão de controle	53
3.4.1.1 Controle político.....	53

3.4.1.2	Controle judicial.....	54
3.4.1.3	Controle misto.....	55
3.4.2	Quanto ao momento de exercício do controle.....	55
3.4.2.1	Controle preventivo.....	55
3.4.2.2	Controle repressivo.....	56
3.4.3	Quanto ao órgão judicial que exerce o controle.....	57
3.4.3.1	Controle difuso.....	57
3.4.3.2	Controle concentrado.....	57
3.4.4	Quanto à forma ou modo de controle judicial.....	57
3.4.4.1	Controle por via incidental.....	57
3.4.4.2	Controle por via principal ou ação direta.....	58

CAPÍTULO 4 – CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.....

		60
4.1	Considerações prévias.....	60
4.2	Características gerais do controle concentrado.....	61
4.3	Natureza da questão constitucional.....	65
4.4	Ação direta de inconstitucionalidade.....	66
4.4.1	Generalidades.....	66
4.4.2	Competência.....	71
4.4.3	Legitimação ativa e passiva.....	74
4.4.3.1	Legitimação ativa.....	75
4.4.3.2	Legitimação passiva.....	81
4.4.4	Processo e julgamento.....	82
4.4.4.1	Petição inicial.....	82
4.4.4.2	Desmembramento da ação direta de inconstitucionalidade.....	85
4.4.4.3	Impossibilidade de desistência.....	86
4.4.4.4	Atuação do relator e pedido de informações.....	87
4.4.4.5	Impossibilidade de intervenção de terceiros.....	89
4.4.4.6	Admissibilidade de <i>amicus curiae</i>	90
4.4.4.7	Atuação do Advogado-geral da União.....	92
4.4.4.8	Atuação do Procurador-geral da República.....	96
4.4.5	Medida cautelar.....	97
4.4.6	Decisão final.....	105
4.4.6.1	Efeitos da decisão e coisa julgada.....	107
4.4.6.2	Efeitos objetivos da decisão.....	111
4.4.6.3	Efeitos subjetivos da decisão.....	115
4.4.6.4	Efeitos transcendentais.....	124
4.4.6.5	Efeitos temporais.....	127
4.4.6.6	Efeito repristinatório.....	130
4.4.7	Modalidades de decisão.....	133
4.4.7.1	Declaração de nulidade total.....	134
4.4.7.2	Declaração de nulidade parcial.....	137
4.4.7.3	Declaração de nulidade parcial sem redução de texto.....	138
4.4.7.4	Interpretação conforme a Constituição.....	139

CAPÍTULO 5 – OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.....

5.1	Breves considerações.....	143
5.2	Noção de atos normativos e objeto da ação direta de inconstitucionalidade.....	143

5.3	Espécies de atos normativos sujeitos ao controle por ação direta de inconstitucionalidade	147
5.3.1	Emenda constitucional.....	147
5.3.2	Lei complementar	152
5.3.3	Lei ordinária.....	156
5.3.4	Lei delegada.....	157
5.3.5	Medida provisória.....	164
5.3.6	Decreto legislativo	168
5.3.7	Resolução.....	170
5.3.8	Decreto autônomo.....	172
5.3.9	Leis ou atos normativos estaduais	175
5.3.10	Leis ou atos normativos distritais	177
5.3.11	Tratados internacionais.....	179
5.3.12	Regimento de tribunal.....	185
5.3.13	Parecer da consultoria geral da República.....	186
5.3.14	Resoluções e deliberações administrativas de tribunais	187
5.3.15	Leis orçamentárias	189
5.4	Casos em que o Supremo Tribunal Federal tem afastado o controle concentrado de constitucionalidade	190
5.4.1	Normas constitucionais originárias.....	191
5.4.2	Atos normativos secundários	192
5.4.3	Atos normativos de efeitos concretos	194
5.4.4	Leis anteriores à Constituição de 1988.....	197
5.4.5	Lei já revogada ou de eficácia exaurida	198
5.4.6	Lei revogada ou que tenha perdido a sua vigência após a propositura da ADI	199
5.4.7	Alteração do parâmetro constitucional invocado	200
5.4.8	Divergência entre a ementa da lei e o seu conteúdo	201
5.4.9	Lei ou ato normativo municipal.....	201
5.4.10	Proposta de emenda constitucional ou projeto de lei.....	204
5.4.11	Súmula	207
5.4.12	Convenções e acordos coletivos de trabalho	209
5.4.13	Sentenças normativas.....	211
5.4.14	Respostas do Tribunal Superior Eleitoral	212
	CONCLUSÃO.....	213
	REFERÊNCIAS	216

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivo precípuo focar a natureza, o alcance e as características específicas das leis e dos atos normativos para efeitos de fiscalização abstrata, por via da ação direta de inconstitucionalidade, no âmbito da Suprema Corte brasileira.

Partindo-se do pressuposto de que a ação direta de inconstitucionalidade constitui-se em um importante instrumento para assegurar a supremacia das normas plasmadas na Constituição Federal, o direcionamento dos estudos e das pesquisas para a elaboração da dissertação aqui apresentada envolveu leituras tanto de conceituados trabalhos jurídicos, de diversos doutrinadores pátrios, quanto de exames da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

Considerando que, nos dias hodiernos, é vasto o estudo a respeito da ação direta de inconstitucionalidade, sendo tema recorrente em obras acadêmicas e no cotidiano dos operadores do Direito, buscou-se, no presente trabalho, assinalar os principais pontos que bem caracterizam a ação em comento e, sem perder de vista as orientações doutrinárias e jurisprudenciais, colocar em alto relevo a análise do seu objeto, notadamente as características específicas que propiciam a submissão de leis e atos normativos à fiscalização abstrata diante da Constituição da República.

Assim, no primeiro capítulo, procurou-se retratar a evolução do constitucionalismo, a origem e a unidade normativa da Constituição, o conceito e os pressupostos do controle de constitucionalidade.

Por sua vez, no capítulo segundo, focalizou-se as matrizes históricas do controle concentrado de constitucionalidade, destinando-se especial ênfase ao sistema americano ou difuso e ao sistema austríaco ou concentrado, bem como traçou-se comentários atinentes à evolução histórica e à repercussão do controle de constitucionalidade no Brasil.

Subsequentemente, no terceiro capítulo, buscou-se trazer a lume a classificação das espécies de inconstitucionalidade e a sistematização das modalidades de controle de constitucionalidade.

No quarto capítulo, centrou-se foco sobre as características gerais do controle concentrado e sobre os pontos preponderantes da ação direta de inconstitucionalidade, especialmente em relação à competência, legitimação ativa, legitimação passiva, medida cautelar, processo, julgamento, efeitos e modalidades da decisão final.

Por derradeiro, no quinto e último capítulo, direcionou-se a atenção para a análise da natureza, do alcance e das características de leis e atos normativos para efeitos de submissão à fiscalização abstrata, trazendo à baila as múltiplas espécies normativas sujeitas ao controle por via da ação direta de inconstitucionalidade. Procurou-se, também, sem pretensão de exaustividade, elencar alguns casos pontuais em que a Alta Corte tem afastado o controle concentrado de constitucionalidade, conforme pesquisas empreendidas em torno do repertório jurisprudencial do Pretório Excelso, após a promulgação da Constituição de 1988.

CAPÍTULO 1

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E GARANTIA DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

1.1 CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO

A noção de Constituição não representa um privilégio dos tempos hodiernos.

Com efeito, todos os Estados possuem e sempre possuíram, em todas as fases de sua história, uma Constituição real e verdadeira. O diferencial, em tempos mais recentes, não é a existência de Constituições reais e efetivas, mas sim o surgimento, na maior parte dos Estados modernos, de Constituições escritas em folhas de papel, com vistas a estabelecer, de forma solene, todas as instituições e princípios do governo vigente.¹

O constitucionalismo deita raízes históricas que variam no tempo e no espaço. Desde a Antiguidade já se tinha percepção de que, entre as leis, algumas há que organizam o próprio poder, no sentido de fixar os seus órgãos, estabelecer as suas atribuições e seus limites, enfim, numa palavra, definem a sua Constituição.²

A ideia de Constituição ganhou projeção associada às concepções do Iluminismo, ideologia revolucionária baseada na cosmovisão de cinco ideias-força expressas pelas noções de Indivíduo, Razão, Natureza, Felicidade e Progresso.³ De fato, o nascimento do constitucionalismo guarda identidade com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII e o conseqüente advento do Estado Liberal.⁴ Nesse período, com o declínio das monarquias absolutistas e o surgimento de nova classe dominante, a Constituição surge como exigência burguesa de limitação e

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 21.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

³ Ibidem, p. 6.

⁴ Relativamente a esse período histórico, Walber de Moura Agra comenta que “O movimento constitucionalista nasce depois do surgimento do Estado Moderno, em que toda a soberania é concentrada nas mãos do aparelho estatal. McIlwain afirma que esse movimento tem uma qualidade essencial: é uma limitação legal ao governo e significa uma antítese ao governo arbitrário; o seu oposto é o governo despótico, em que prepondera a vontade do soberano em detrimento da lei” (*Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 2).

racionalização do poder real, reforçando-se a ideia de submissão da ação estatal a uma norma positiva que limite os poderes e assegure a incolumidade das liberdades individuais frente ao Estado.⁵

No plano econômico, o liberalismo ressalta a virtude da livre concorrência, da não intervenção do Estado, ou seja, o *laissez-faire*, que enseja a expansão do capitalismo. No plano político, o liberalismo exalta os direitos naturais do homem, tolera o Estado como um mal necessário e, para evitar eventuais abusos, exige a separação dos poderes preconizada por Montesquieu⁶ no seu *Espírito das Leis*.⁷

Deveras, não é demais afirmar que, antes do advento do chamado Estado de Direito, que se difundiu pelo mundo após as Revoluções Inglesa, Americana e Francesa, já existia um Estado, chamado Absoluto, fundado numa Constituição que determinava obediência irrestrita ao soberano. Desse modo, “o constitucionalismo, como movimento, não se destinou a conferir ‘Constituições’ aos Estados, mas, sim, a fazer com que as Constituições (os Estados) abrigassem preceitos asseguradores da tripartição das funções estatais (executiva, legislativa e judiciária) e os direitos individuais.”⁸

Alexandre de Moraes, ao traçar considerações sobre o constitucionalismo antigo, assinala algumas de suas características básicas: texto não codificado (inexiste um único documento denominado “Constituição”); limitação do poder estatal do soberano com o surgimento do Parlamento; vinculação do soberano e dos Tribunais às normas fundamentais prescritivas dos direitos e garantias individuais; irresponsabilidade do soberano em face do desrespeito às normas constitucionais (é a chamada “eficácia zero” do constitucionalismo); os textos constitucionais eram elaborados a partir da exigência do próprio povo; inexistência de uma sanção contra um príncipe que desrespeitasse os direitos de seus súditos, salvo o exercício da

⁵ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 15-16.

⁶ A respeito da repercussão e influência da obra de Montesquieu no mundo ocidental, Clarence Morris registra que “esse livro mudou o pensamento do mundo ocidental. Montesquieu foi o primeiro a abordar as ciências política e jurídica como ciências de observação; levava em consideração o ambiente ao julgar a excelência das leis. Invertendo o método corrente na época, começava com dados sua busca da verdade; a maioria dos sábios antes dele iniciava com abstrações e usava os fatos apenas como ilustrações. Ao longo dos cem anos seguintes, seu ‘O espírito das leis’ tornou-se uma obra de referência fundamental para os democratas constitucionais na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França. Montesquieu plantou sementes das quais brotaram relatividades modernas, substituindo antigos absolutos” (*Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 157).

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 7.

⁸ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.

força revolucionária; a noção de constitucionalismo é mais restrita, objetivando tão somente garantir o respeito dos direitos fundamentais; o Parlamento não é subordinado nem limitado por nenhum instrumento formal; supremacia do Parlamento (*Rule of Law*), enquanto representante da supremacia da vontade popular, e conseqüente impossibilidade de controle de constitucionalidade dos atos parlamentares; evidente valorização dos textos básicos componentes de uma Constituição não escrita, por serem proclamações de direitos e garantias fundamentais do homem; possibilidade de alteração constitucional por atos legislativos ordinários do Parlamento e regionalização da proteção dos direitos fundamentais.⁹

A origem formal do constitucionalismo moderno tem seu marco nas Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 14/09/1787, após a independência das 13 Colônias (Declaração de Direitos de Virgínia, de 16/06/1776, e Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04/07/1776), bem como na Revolução Francesa ocorrida no século XVIII,¹⁰ apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de previsão de direitos e garantias fundamentais.¹¹

O constitucionalismo moderno apresenta algumas notas básicas e essenciais que bem o caracterizam: o texto passa a ser escrito, com codificação e sistematização das normas num único documento; o poder constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade; supremacia da Constituição e vinculação de todos os Poderes do Estado, inclusive do Parlamento; responsabilidade do soberano e/ou dos exercentes de funções públicas perante a Constituição; o texto constitucional passa a ter força normativa; supremacia da vontade popular por meio do exercício do poder constituinte originário; surgimento da ideia de controle de constitucionalidade, inclusive em relação às leis editadas

⁹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: a garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 35-36.

¹⁰ Walber de Moura Agra noticia que o poder constituinte foi, inicialmente, formulado por Sieyès, um dos principais ideólogos da Revolução Francesa de 1789, tendo por objetivo substituir o dogma da obediência às leis com base na vontade divina, de natureza teocrática, por um dogma terreno, no qual a obediência estaria fundada na vontade da nação, expressão do poder constituinte (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 11).

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, cit., p. 35-36.

pelo Parlamento; necessidade de alteração constitucional por procedimentos legislativos especiais e globalização da proteção dos direitos fundamentais.¹²

Segundo J. J. Gomes Canotilho, o constitucionalismo representa uma teoria que exalta o princípio do governo limitado como indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Assim, o constitucionalismo moderno é a “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”, constituindo, no fundo, uma teoria normativa da política, com pontos centrais na fundação e legitimação do poder político e constitucionalização das liberdades.¹³

O constitucionalismo moderno conferiu às normas constitucionais maior normatividade e plena efetividade, tornando-as obrigatórias, ainda que sem integração do Parlamento ou do próprio soberano.¹⁴ A Constituição deixa de ser concebida como simples manifesto político para ser compreendida como norma jurídica fundamental e suprema.¹⁵

Na percepção de Konrad Hesse,

“a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As ‘possibilidades’, mas também os ‘limites’ da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (‘Sein’) e dever ser (‘Sollen’).”¹⁶

Nesse quadrante, releva sublinhar que, conquanto não marque o fim do constitucionalismo, a Primeira Guerra Mundial trouxe uma profunda mudança em seu caráter. De fato, ao mesmo tempo que gerava novos Estados que adotaram Constituições escritas, o pós-guerra representou o refreamento das ideias iniciais do liberalismo, porquanto os partidos socialistas e cristãos, cujo peso se fez sentir nessa época, passaram a impor às novas Constituições uma maior preocupação com o econômico e com o social. Tal mudança repercutiu notadamente nas

¹² MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, cit., p. 38-41.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 45-49.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, cit., p. 41.

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 25.

¹⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 24.

declarações constitucionais de direitos, fazendo com que, ao lado das franquias liberais, figurassem os direitos de cunho econômico e social.¹⁷

As Constituições passaram, desse modo, a retratar um novo modelo de Estado, destacando-lhe tarefas, diretivas, programas e fins a serem executados por meio de prestações positivas oferecidas à sociedade. A História testemunhou, pois, a transição do Estado liberal ao Estado social e, via de consequência, a metamorfose constitucional, de Constituição Garantia, Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva.

O Estado moderno, ou o Estado do Bem-Estar Social, alcançou dimensão jurídica com a revolucionária Constituição Mexicana de 1917 e, a partir daí, as Constituições passaram a discipliná-lo sistematicamente.

Nessa perspectiva histórica, nota-se que o constitucionalismo moderno coincide com a fase do pós-positivismo, chamado por alguns teóricos de neopositivismo, em que houve superação do normativismo exacerbado.

No sentir de Uadi Lammêgo Bulos,

“o grande contributo do Neopositivismo para o Direito Constitucional foi deixar a mensagem de que não há linguagem quimicamente pura, em qualquer dos planos por onde percorra (sintático, semântico ou pragmático). Daí as imprecisões, ambiguidades e contradições nos artigos, incisos e alíneas das constituições, muitas vezes dissociados de uma visão rigorosa e sistemática do mundo.”¹⁸

O constitucionalismo moderno representou, assim, a etapa de reaproximação entre fundamentos éticos da vida humana e o Direito, com reintrodução das concepções de justiça e legitimidade. Nesse estágio, houve o reconhecimento da face principiológica do Direito, em que os princípios, expressos ou implícitos, passaram a estar inseridos nas constituições, embora já existissem no repositório universal do saber jurídico dos povos.

Os princípios passaram a ser reconhecidos normativamente, influenciando os ordenamentos jurídicos de todo o mundo com valores expressos nos postulados de legalidade, da igualdade, da separação de Poderes, do Estado Democrático de Direito, da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, entre outros.¹⁹

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 8.

¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 19.

¹⁹ *Ibidem*, p. 20.

Os reflexos do reconhecimento normativo da dimensão principiológica do Direito se espraiaram pelo mundo todo, sendo também sentidos e percebidos no Brasil, especialmente nas diversas decisões paradigmáticas, livres do legalismo estrito, proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.²⁰

A atual fase vivenciada é a do constitucionalismo contemporâneo, também conhecido por alguns como neoconstitucionalismo, com notável robustecimento das ideias hauridas na segunda metade do século XX, em que foram divulgados e preconizados o ideário pós-positivista e o reconhecimento da face principiológica do Direito.

Luís Roberto Barroso relata que, sob o enfoque histórico, o neoconstitucionalismo é marcado pelas constituições do pós-guerra, destacando-se, na Europa, a da Alemanha (1949), a da Itália (1947), a de Portugal (1976) e a da Espanha (1978), todas com ênfase no surgimento de nova organização política baseada na democracia, isto é, o Estado Democrático de Direito. No Brasil, a grande referência é a Constituição de 1988, que foi importante no processo de redemocratização do país. No campo filosófico, o marco do novo constitucionalismo é o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e reaproximação entre Direito e ética. Por fim, no plano teórico, três grandes transformações ocorreram com o advento do neoconstitucionalismo: o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de nova dogmática da interpretação constitucional.²¹

De acordo com Walber de Moura Agra, o neoconstitucionalismo tem como uma de suas características marcantes a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, com vistas à implantação de um Estado Democrático Social de Direito. O seu modelo normativo não é apenas descritivo ou deontológico,

²⁰ Uadi Lammêgo Bulos colaciona alguns precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para ilustrar e demonstrar o reconhecimento normativo da dimensão principiológica do Direito. No HC 71.373/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Corte Suprema, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da intangibilidade do corpo humano, liberou o réu de ser conduzido, de forma coercitiva, ao exame de DNA numa ação de investigação de paternidade. No REsp 249.026/PR, de relatoria do Ministro José Delgado, o Superior Tribunal de Justiça autorizou, ainda que sem previsão legal, o levantamento de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para tratamento de familiar portador do vírus HIV, mormente em face dos princípios garantidores do direito à vida, à saúde e à dignidade humana (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 20).

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 205-216.

mas sim axiológico. Enquanto no constitucionalismo moderno a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau, no neoconstitucionalismo a diferença é também de ordem axiológica. Enquanto o caráter ideológico do constitucionalismo moderno é o de limitar o poder, o do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais.²²

1.2 UNIDADE NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

O ordenamento jurídico é um sistema e, como tal, pressupõe ordenação e unidade.²³ Deve haver, assim, harmonia entre as partes que compõem o ordenamento jurídico.

Acerca do tema, Tercio Sampaio Ferraz Jr. preleciona que:

“Um ordenamento, como sistema, contém um repertório, contém também uma estrutura. Elementos normativos e não normativos (repertório) guardam relações entre si. Por exemplo, quando dizemos que as normas estão dispostas hierarquicamente, umas são superiores, outras inferiores, estamos pensando em sua estrutura. Hierarquia é um conjunto de relações, estabelecidas conforme regras de subordinação e de coordenação. Essas regras não são normas jurídicas nem são elementos não normativos, isto é, não fazem parte do repertório, mas da estrutura do ordenamento.”²⁴

Significa dizer que um ordenamento, além de ser um conjunto de elementos normativos (normas) e não normativos, também traduz uma estrutura, ou seja, um conjunto de regras que estabelecem as relações entre os elementos.²⁵ Como bem anota Maria Helena Diniz, o sistema jurídico é o resultado de uma atividade que reúne os elementos do direito (repertório), estabelecendo relações entre eles (estrutura).²⁶

²² AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 29.

²³ Claus-Wilhelm Canaris assevera que “no que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais” (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 12-13).

²⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 177.

²⁵ *Ibidem*, p. 176.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21.

Não obstante a pluralidade de domínios que abrange, a ordem jurídica forma uma unidade. Destarte, sendo soberano o Estado, não é possível a coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito do seu território, de modo que o ordenamento estatal constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados. Nesse contexto, partindo-se do pressuposto de que é origem comum de todas as normas, a Constituição é alçada à condição de norma fundamental, que liga os elementos no sistema, conferindo unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico.

A Constituição, consoante Luís Roberto Barroso, não é um conjunto de normas justapostas, mas sim um sistema normativo fundado em determinadas ideias que compõem um núcleo irreduzível. Assim, o princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas.²⁷

O intérprete da Constituição deve conciliar as normas aparentemente antagônicas, valendo-se de um juízo de ponderação para verificar qual é a norma que tem maior peso ou valor para solucionar o caso concreto. Tal solução de tensões entre normas é denominada, pela doutrina tradicional, de ponderação ou balanceamento de bens ou valores.²⁸

Partindo da consideração de que, no plano constitucional, a distinção entre regras e princípios possui especial relevância, já que as cartas constitucionais normalmente abarcam essas duas espécies de normas,²⁹ Daniel Sarmiento observa

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 196.

²⁸ HELAL, João Paulo Castiglioni. *Controle de constitucionalidade: teoria e evolução*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 89-90.

²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 129, conceitua que “as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.” Os princípios, por sua vez, “são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” Conforme professa Luís Roberto Barroso no texto intitulado “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito”, o reconhecimento de que os princípios são dotados de normatividade e a sua distinção qualitativa em relação às regras são expressões e símbolos do pós-positivismo. Assim, “princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de

que o equacionamento das tensões principiológicas só pode ser levado a efeito à luz das variáveis fáticas do caso, “as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto.” Nessa projeção, o método de ponderação de bens é “a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas.”³⁰

Ana Paula de Barcellos, em estudo aprofundado sobre a temática posta, enuncia que a ponderação, também conhecida por *balancing* por conta da influência da doutrina norte-americana, “é a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.”³¹

Assevera Daniel Sarmento que, na ponderação de bens, o princípio da proporcionalidade³² assume importância ímpar no controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, pois permite esse postulado, de certa forma, a incursão no mérito do ato normativo para aferição de sua razoabilidade e racionalidade, mediante verificação da relação custo-benefício da norma jurídica e análise da adequação entre o seu conteúdo e a finalidade por ela colimada.³³

Nesse passo, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por meio da qual ele fará concessões recíprocas, com vistas a preservar o máximo possível de cada um dos interesses envolvidos na disputa, ou,

discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance” (In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 214).

³⁰ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 54-55.

³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

³² Robert Alexy divulga que, no direito constitucional alemão, a ponderação é parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo, que é o da proporcionalidade, que, por sua vez, é composto de três princípios parciais: da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três princípios expressam a ideia da otimização e os direitos fundamentais, como princípios, constituem mandamentos de otimização. Logo, sendo mandamentos de otimização, os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas” (*Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 110).

³³ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens, cit., p. 57.

no limite, promoverá a escolha do direito que irá prevalecer no caso concreto, por realizar de forma mais adequada a vontade constitucional.³⁴

No que toca à eventual detecção de antinomias no bojo do sistema,³⁵ Luís Roberto Barroso assinala que:

“O fundamento subjacente a toda a ideia de unidade hierárquico-normativa da Constituição é o de que as antinomias eventualmente detectadas serão sempre ‘aparentes’ e, ‘*ipso facto*’, solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela legítima exclusão da incidência de alguma delas sobre dada hipótese, por haver o constituinte disposto neste sentido. Não se reconhece, assim, a existência de antinomias reais, qualificadas por Tércio Sampaio Ferraz Jr. como sendo ‘a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que coloca o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado’”.³⁶

Entendimento diverso é sustentado por Maria Helena Diniz, que admite a possibilidade de existência de antinomias reais na atual Carta Política, citando, *ad exemplum*, o artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e os artigos 5º e 100 do corpo permanente da Constituição.³⁷

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem prevalecido a aplicação do princípio da unidade da Constituição, perfilhando a tese de inexistência de antinomia real ou insuperável entre as normas constitucionais.³⁸

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, cit., p. 215.

³⁵ Norberto Bobbio, ao tratar sobre antinomias, preleciona que “podemos definir novamente a antinomia jurídica como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade. As antinomias, assim definidas, podem ser, por sua vez, distintas em três tipos diferentes, conforme a maior ou menor extensão do contraste entre as duas normas.” (*Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 88) Maria Helena Diniz, de sua parte, sustenta que “Antinomia é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular.” Consoante seu entendimento, para que exista real incompatibilidade entre duas normas, há que se verificar as seguintes condições: ambas devem ser jurídicas; ambas devem ser vigentes e pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico; ambas devem emanar de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, prescrevendo ordens ao mesmo sujeito; ambas devem ter operadores opostos (uma permite, outra obriga) e os seus conteúdos (atos e omissões) devem ser a negação interna um do outro; e o sujeito, a quem se dirigem as normas conflitantes, deve ficar numa posição insustentável. Em suma, para haver antinomia real, será preciso a concorrência de três condições imprescindíveis, a saber: incompatibilidade, indecidibilidade e necessidade de decisão (*Conflito de normas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19-24).

³⁶ *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 212.

³⁷ *Norma constitucional e seus efeitos*, cit., p. 129-131.

³⁸ RE 160.486/SP – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 11/10/1994 – DJU: 09/06/1995 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: PRECATÓRIO – PAGAMENTO PARCELADO – ADCT, ART. 33 – NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS INTEGRANTES DO ADCT – RELAÇÕES ENTRE O

1.3 CONCEITO E PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.3.1 Conceito

O ordenamento jurídico é um sistema e, assim, deve ser preservada a harmonia entre as partes que o compõem.

É possível haver quebra dessa harmonia e, nesse sentido, o sistema prevê mecanismos de correção destinados a restabelecê-la, como é o caso do controle de constitucionalidade, que consiste na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. A declaração de inconstitucionalidade implica o reconhecimento de invalidade de uma norma e tem como escopo paralisar a sua eficácia.

ADCT E AS DISPOSIÇÕES PERMANENTES DA CONSTITUIÇÃO – ANTINOMIA APARENTE – A QUESTÃO DA COERÊNCIA DO ORDENAMENTO POSITIVO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. – Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência. – O Ato das Disposições Transitórias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de índole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em consequência, a rigidez peculiar às regras inscritas no texto básico da Lei Fundamental da República. Disso decorre o reconhecimento de que inexitem, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desníveis ou desigualdades quanto à intensidade de sua eficácia ou à prevalência de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, à observância compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado. – Inexiste qualquer relação de antinomia real ou insuperável entre a norma inscrita no art. 33 do ADCT e os postulados da isonomia, da justa indenização, do direito adquirido e do pagamento mediante precatórios, consagrados pelas disposições permanentes da Constituição da República, eis que todas essas cláusulas normativas, inclusive aquelas de índole transitória, ostentam grau idêntico de eficácia e de autoridade jurídicas. – O preceito consubstanciado no art. 33 do ADCT – somente inaplicável aos créditos de natureza alimentar – compreende todos os precatórios judiciais pendentes de pagamento em 05/10/88, inclusive aqueles relativos a valores decorrentes de desapropriações efetivadas pelo Poder Público.” ADI 815/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 28/03/1996 – DJU: 10/05/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: – Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. – A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. – Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, *caput*), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. – Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.”

O controle de constitucionalidade traduz a atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público frente a uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou por vários órgãos constitucionalmente designados.³⁹

Controlar a constitucionalidade de ato normativo, segundo Michel Temer, “significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. (...) Pressupõe, necessariamente, a supremacia da Constituição; a existência de escalonamento normativo, ocupando a Constituição o ponto mais alto do sistema normativo.”⁴⁰

No controle de constitucionalidade, as normas são submetidas à análise de compatibilidade, inclusive as decorrentes do poder constituinte derivado, em face dos comandos do parâmetro constitucional em vigor, expurgando-se do sistema jurídico aquelas que com ele forem incompatíveis, seja quanto ao aspecto formal ou aspecto material (forma, procedimento e conteúdo).⁴¹

1.3.2 Pressupostos

Conforme Clèmerson Merlin Clève,⁴² a fiscalização de constitucionalidade das leis e dos atos normativos demanda a satisfação dos seguintes pressupostos:

- a) existência de uma Constituição formal;
- b) a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema e
- c) a instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício dessa atividade de controle.

1.3.2.1 A Constituição formal

O controle da constitucionalidade dos atos normativos pressupõe a existência de uma Constituição formal e escrita, ou seja, demanda um conjunto de princípios e normas escritas, que estejam plasmados num texto jurídico supremo. Apenas com o advento do Estado de Direito, consolidado a partir das revoluções burguesas, é que surge a Constituição escrita e formalizada.

³⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 36.

⁴⁰ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, cit., p. 40.

⁴¹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 65.

⁴² *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 28-29. Na mesma linha de entendimento segue o jurista Dirley da Cunha Júnior (*Controle de constitucionalidade*, cit., p. 37).

Diferentemente dos demais países do Ocidente, a Inglaterra alcançou o Estado de Direito prescindindo de uma Constituição escrita. O Reino Unido conta até hoje com uma Constituição costumeira ou histórica (não escrita), que não dispõe de um controle de constitucionalidade, porquanto vige o princípio da supremacia do Parlamento, em que não há fiscalização dos atos dele decorrentes.⁴³

Ao centrar foco sobre a ideia de Constituição em sentido normativo, J. J. Gomes Canotilho realça que a Constituição é um conjunto de regras jurídicas (normas e princípios) codificadas num texto (documento) ou cristalizadas em costumes e que são consideradas proeminentes (*paramount law*) relativamente às outras regras jurídicas. A Constituição constitui um conjunto de regras jurídicas de valor proeminente, na medida em que estas são portadoras de determinados conteúdos aos quais é atribuído numa comunidade um valor específico superior.⁴⁴

1.3.2.2 A Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema

A supremacia da Constituição traduz a sua posição hierárquica superior dentro do sistema, que se encontra estruturado de forma escalonada, em diferentes níveis.⁴⁵ Nada mais ela é do que o fundamento de validade de todas as demais normas e, diante dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se não estiver em perfeita harmonia com a Constituição.⁴⁶

Noutros dizeres, a Constituição é o parâmetro para a elaboração de todos os demais atos normativos estatais, devendo estes estar em sintonia com os princípios e regras nela traçados e com o próprio processo constitucionalmente previsto para a sua elaboração, sob pena de se configurar insanável vício de inconstitucionalidade.⁴⁷

⁴³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 29-30.

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1130-1131.

⁴⁵ No artigo intitulado “Eficácia e efetividade do direito à liberdade”, o jurista Luís Roberto Barroso, com propriedade, aduz que “Hierarquicamente, a Constituição é um documento dotado de superlegalidade, de superioridade jurídica em relação às demais normas. Este atributo é identificado como ‘supremacia constitucional’ e significa que, no âmbito do Estado, nenhuma lei, nenhum ato normativo de qualquer nível pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição. Para assegurar esta supremacia, o ordenamento jurídico prevê e provê um conjunto de mecanismos conhecidos como ‘controle de constitucionalidade’, destinados a ensejar a pronúncia de invalidade e a paralisar a eficácia das normas que contravenham a Constituição” (*Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I, p. 79-80).

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.

⁴⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 3.

Paulo Bonavides pontifica que, no sistema das Constituições rígidas, há distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos, resultando daí a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato decorrente do poder constituído, que, sendo poder inferior, tem sua competência limitada pela própria Constituição.⁴⁸

Na relação entre a Constituição e as demais normas do ordenamento jurídico deve haver uma compatibilidade vertical, com obediência a um parâmetro formal e outro material. O parâmetro formal diz respeito às regras constitucionais referentes ao processo legislativo, cuja inobservância gera inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica, ao passo que o parâmetro material concerne ao conteúdo das normas constitucionais, cuja inobservância, por sua vez, dá azo à inconstitucionalidade material ou nomoestática.⁴⁹

Além da questão do controle de constitucionalidade, Maria Helena Diniz sustenta que a supremacia da Constituição envolve a problemática de sua reforma, emenda ou revisão, visto que “os textos constitucionais devem harmonizar-se com a realidade social cambiante e com os valores nela positivados, sob pena de se mumificarem. (...) Porém, tal mudança constitucional deverá seguir as formalidades prescritas pela própria Constituição.”⁵⁰

Em princípio, a supremacia constitucional é dependente da rigidez constitucional. Todavia, a rigidez por si só não é apta a assegurar a supremacia da Constituição. Como bem pondera Clèmerson Merlin Clève, a supremacia constitucional deve vir, também, acompanhada de uma certa “consciência constitucional” ou de uma “vontade de constituição”, pois os valores albergados pelo poder constituinte devem ser sempre observados. Afinal, sem a “consciência constitucional” ou sem a “vontade de constituição”, nenhuma sociedade consegue satisfatoriamente realizar sua Constituição ou cumprir com seus valores.⁵¹

Nessa perspectiva, na detida reflexão de Konrad Hesse, “pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 267.

⁴⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 25.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, cit., p. 16.

⁵¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 32-34.

ordem constitucional –, não só a ‘vontade de poder’ (*‘Wille zur Macht’*), mas também a ‘vontade de Constituição’ (*‘Wille zur Verfassung’*).⁵²

A rigidez constitucional é, por certo, pressuposto do controle. A norma constitucional possui um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Destarte, se assim não fosse, inexisteria distinção formal entre a espécie normativa alvo de controle e aquela em face da qual se promove o controle. Além disso, caso as normas infraconstitucionais fossem criadas da mesma forma que as normas constitucionais, na hipótese de contrariedade haveria a revogação do ato anterior, e não a inconstitucionalidade.⁵³

Por vezes, a inconstitucionalidade é confundida com a ilegalidade. Os dois conceitos têm relação com a contrariedade a normas, porém tudo depende da norma que disciplina o ato em questão. Se aquela for a Constituição, o ato será inconstitucional. Se aquela, por outro lado, for a lei, o ato será ilegal.

Podem surgir questões intrincadas se há interposição de normas em aparente (ou real) vulneração à Constituição, ou quando há várias ordens hierárquicas que, ao menos em parte, contrariam a Constituição. A questão será solucionada ao se dividir se e *qual* norma atinge direta e frontalmente a Constituição, bem como ao se aplicar o princípio hierárquico das normas em sua integridade.⁵⁴

Jorge Miranda explicita que podem haver hipóteses de inconstitucionalidade entre normas de hierarquia distinta, notadamente entre lei e decreto:

- a) se a norma legal for constitucional e o decreto regulamentador for legal, não haverá problema;
- b) se a norma legal for constitucional e o decreto regulamentador for ilegal, evidentemente este deixará de ser aplicado, em caso de ilegalidade;
- c) se a norma legal for inconstitucional e a norma regulamentar for legal, a solução está na aplicação do princípio da hierarquia das leis. Neste caso, em razão da acessoriedade da lei, o decreto introdutor do regulamento não poderá subsistir, mesmo que não contrarie preceito algum da Constituição;
- d) se a norma legal for inconstitucional e o decreto for ilegal, é o caso de se aplicar o princípio da hierarquia das normas, visto que, ainda que

⁵² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, cit., p. 19.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 2.

⁵⁴ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 72.

eventualmente não contrarie a Constituição diretamente, sendo a lei que lhe dá eficácia inconstitucional, o decreto não poderá subsistir, em hipótese alguma.⁵⁵

Calha acentuar, por relevante, que, em um Estado de Direito, a sociedade necessita de um razoável grau de certeza quanto à obrigatoriedade das normas jurídicas, sob pena de inviabilizar-se qualquer pretensão de estabilidade e paz social. Daí porque é típico do Estado de Direito a presunção de legitimidade das leis, segundo a qual toda norma jurídica presume-se legítima e constitucional, até que se prove, efetivamente, que está inquinada por vício de inconstitucionalidade. Tal princípio decorre da necessidade de manutenção da segurança jurídica, pois esta ficaria seriamente comprometida caso os indivíduos deixassem, a seu talante, de cumprir as leis por entenderem que elas estão em conflito com as normas constitucionais.⁵⁶

Nesse ponto, em sua dimensão prática, o princípio em comento pode ser traduzido em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito:

- a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, existindo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, o órgão competente deve abster-se da declaração de inconstitucionalidade;
- b) havendo alguma interpretação possível que permita firmar a conclusão pela compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que conduziam ao juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.⁵⁷

1.3.2.3 A previsão de um órgão competente

A defesa de uma Constituição formal e suprema se operacionaliza por meio do controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Porém, tal controle somente existirá se a própria Constituição atribuir, de forma expressa ou implícita, a um ou mais órgãos a competência para realizá-lo.

⁵⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1988. t. II, p. 280-281.

⁵⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 4.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 178.

Clèmerson Merlin Clève esclarece que esse órgão pode exercer função jurisdicional, como também função política. No primeiro caso, pode integrar a estrutura do Judiciário, assim como pode situar-se fora dela. O relevante, nesse particular, é que promova a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público.⁵⁸

Nessa senda, é importante destacar a existência, na maioria dos países europeus, de tribunais constitucionais com incumbência de fiscalizar a constitucionalidade no sistema de controle concentrado.⁵⁹ Esses tribunais têm função de equilíbrio na dinâmica institucional dos três Poderes e, como são estruturados com as mesmas prerrogativas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, sem todavia fazer parte de nenhum deles, podem demarcar o limite de atuação de cada um, de maneira que melhor possa resultar na eficácia da concretização constitucional.

A independência é uma característica preponderante dos tribunais constitucionais, de modo que podem eles tomar suas decisões sem sofrer influências ou interferências de outros poderes, constituindo-se em intérpretes máximos da Constituição.⁶⁰

⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 34-35.

⁵⁹ De acordo com Walber de Moura Agra, a implantação dos tribunais constitucionais ocorreu de forma preponderante após a Segunda Guerra Mundial nos países que haviam sido submetidos a regimes ditatoriais, com o objetivo de que o órgão que exercesse o controle de constitucionalidade fosse dotado de grande autonomia, mormente para impedir que as decisões políticas violassem os limites demarcados na Constituição. Esses tribunais constituem, assim, instrumento de fiscalização da vontade da maioria da população, a fim de que ela se enquadre dentro do lineamento estabelecido pelas normas constitucionais (*A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 55-56). Louis Favoreu, constitucionalista francês, explica que “uma Corte constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos.” Relata que a corte constitucional que segue o modelo europeu é diversa do sistema estadunidense. Relativamente ao modelo europeu, o jurista francês revela que “o contencioso constitucional (...) é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos (...), por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada.” No sistema estadunidense, por sua vez, “a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial (...)” (*As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. p. 15-18).

⁶⁰ AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*, cit., p. 56-57.

No Brasil, desde a Constituição de 1891, inclusive por influência da doutrina da *judicial review of legislation* do direito norte-americano, o exercício do controle de constitucionalidade compete ao Poder Judiciário, não obstante o papel desempenhado pelos Poderes Legislativo e Executivo no controle preventivo e repressivo de constitucionalidade de certos atos e projetos legislativos.⁶¹

Gustavo Binembojm advoga que é necessário desmistificar a ideia de que ao Poder Judiciário esteja reservado um monopólio sobre o controle da constitucionalidade, porquanto, na realidade, todos os Poderes devem reverência à Constituição, tendo o dever de impedir, dentro do seu elenco de atribuições, qualquer atentado à Lei Fundamental. Vale dizer, os Poderes Executivo e Legislativo não figuram apenas como meros sujeitos passivos do controle de constitucionalidade, mas, ao contrário, também têm o poder-dever de atuar como sujeitos ativos na preservação dos princípios e regras constitucionais.⁶²

A *Lex Mater* de 1988 estabelece, às expensas, que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (*caput*, art. 102). Essa missão é exercida pela via do recurso extraordinário, forma de controle difuso, e pela via da ação direta de inconstitucionalidade, forma concentrada de controle de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A teor do artigo 101, *caput*, da Carta da República, o Supremo Tribunal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

A Excelsa Corte, na condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, desempenha duplo papel fundamental, encabeçando o Judiciário e garantindo a supremacia da Constituição Federal.⁶³ Em outras palavras, a Alta Corte não seguiu o modelo dos tribunais constitucionais europeus, que exercem, com exclusividade, a jurisdição constitucional.⁶⁴

Traçando diversas considerações, Walber de Moura Agra expõe que, no sistema brasileiro adotado, o Supremo Tribunal Federal apresenta acúmulo de funções e abrangência de atribuições que o impossibilitam de exercer bem qualquer

⁶¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 39.

⁶² BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 224.

⁶³ GRAHL, Renato Hartwig. *Jurisdição do Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 73.

⁶⁴ AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*, cit., p. 46.

um dos seus encargos, o que vem despertando críticas de vários setores da sociedade, que, na essência, contribuem para intensificar a proposta de transformá-lo em um tribunal constitucional, com adaptações à realidade social do Brasil.⁶⁵

⁶⁵ AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*, cit., p. 47-67.

CAPÍTULO 2

MATRIZES HISTÓRICAS E EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 CONSIDERAÇÕES PREAMBULARES

Superado o tópico atinente à conceituação e às premissas do controle de constitucionalidade, é curial e oportuno trazer a lume as raízes históricas e a evolução desse controle ao longo dos séculos.

Primeiramente, põe-se em relevo a distinção entre o sistema americano ou difuso, com destaque para o caso *Marbury v. Madison*, e o sistema austríaco ou concentrado de constitucionalidade, com ênfase à contribuição de Hans Kelsen.

Na sequência, vem à tona a evolução do controle de constitucionalidade no panorama histórico do Brasil, pontuando-se aspectos importantes de cada Constituição no tocante ao tema em estudo.

2.2 SISTEMA AMERICANO OU DIFUSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O CASO *MARBURY & MADISON*

O controle de constitucionalidade das leis é fruto do constitucionalismo norte-americano e foi considerado, ao lado da forma federativa de Estado, a mais importante contribuição jurídica dos Estados Unidos às democracias ocidentais.⁶⁶

Na Constituição Federal dos EUA, de 17 de setembro de 1787, restou consagrado o postulado da supremacia da Constituição, consoante redação do artigo VI, cláusula 2^a (conhecido como *supremacy clause*):⁶⁷

“Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos

⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 25.

⁶⁷ Dirley da Cunha Júnior assevera que “com supedâneo neste dispositivo, formou-se, em seu derredor, todo o sistema da ‘judicial review’, a partir do célebre caso ‘Marbury v. Madison’, julgado em 1803, por obra do ‘Chief Justice’ John Marshall. Sem embargo, há quem entenda que a ‘judicial review of legislation’ do direito norte-americano, à míngua de previsão constitucional expressa, decorreu de construção pretoriana.” (*Controle de constitucionalidade*, cit., p. 61).

Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados dever-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário.”⁶⁸

O princípio da exigência da compatibilidade da lei com o disposto na Constituição é fruto da jurisprudência americana, sendo a ela peculiar.⁶⁹

Marbury v. Madison foi o primeiro caso em que a Suprema Corte exerceu o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, conforme sua interpretação, fossem inconstitucionais. A Constituição norte-americana não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, explicitamente, competência de tal natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a competência decorreria, de forma lógica, do sistema.

Ao expor as suas razões durante o julgamento, John Marshall enunciou os três pilares que justificam o controle judicial de constitucionalidade: a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que contrarie a Constituição e o Poder Judiciário na condição de intérprete final da Constituição.⁷⁰

Marshall foi original na lógica de sua decisão, não porém quanto à substância da ideia. Ela já era corrente na jurisprudência norte-americana, conforme precedentes lembrados por diversos juristas. A Justiça dos Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por entendê-la em desconformidade com a Constituição do Estado. Desde 1782, os juízes da Virgínia julgavam-se competentes para apreciar a constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou lei pelo fato de ela estar em dissonância com os artigos da Confederação.⁷¹

Embora a decisão proferida pela Suprema Corte tenha sido alvejada por diversas críticas,⁷² o fato é que o caso *Marbury v. Madison* inaugurou o controle de

⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 61.

⁶⁹ POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 24.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 5-10.

⁷¹ POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*, cit., p. 25.

⁷² Traçando o panorama histórico sobre o tema, o constitucionalista Luís Roberto Barroso comenta que “por haver participado direta e ativamente dos fatos que deram origem à demanda, Marshall deveria ter se dado por impedido de participar do julgamento. A decisão foi estruturada em uma sequência ilógica e equivocada do ponto de vista do direito processual, pois deveria ter se iniciado e encerrado no reconhecimento da incompetência da Corte. Havia inúmeros argumentos de natureza infraconstitucional que poderiam ter sido utilizados para indeferir o pedido, como o de que o direito ao cargo somente se adquire com a entrega efetiva do ato de investidura. A interpretação que levou Marshall a considerar a lei inconstitucional não era a única cabível, podendo-se reconhecer a incompetência da Corte ou o descabimento do ‘writ’ por outras razões.

constitucionalidade das leis, que, a partir de então, restou incorporado às Cartas Constitucionais de diversos países, a exemplo do que ocorreu no Brasil com a Constituição de 1891.⁷³

No modelo norte-americano da *judicial review*, qualquer juiz e tribunal pode desempenhar o controle judicial de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público frente a um caso concreto. Define-se como um controle judicial, pois somente os órgãos do Poder Judiciário podem realizá-lo. É um controle difuso na medida em que todos os órgãos do Poder Judiciário podem exercê-lo, independentemente de sua natureza e grau de jurisdição. E, por fim, representa um controle incidental ou indireto (por via de exceção ou de defesa), porquanto somente no curso de uma demanda concreta, pressupondo controvérsia, pode ser efetivado como condição para a solução da *vexata quaestio*. Neste último caso, também é referido como controle subjetivo, pois é levado a efeito em face de um conflito de interesses intersubjetivos, cujo fim precípua é a defesa de um direito subjetivo ou de um interesse legítimo juridicamente protegido.⁷⁴

Nos Estados Unidos, vigora o princípio do *stare decisis*, em que os juízes de instâncias inferiores seguem as decisões da Suprema Corte, de vez que seus vereditos se revestem do efeito vinculante, em virtude da força dos precedentes no Direito americano. Trata-se, na realidade, de um mecanismo de fiscalização da supremacia da Carta Americana de 1787, na medida em que, quando uma lei é declarada inconstitucional pela Suprema Corte, todos os juízes passam a observar e a seguir a sua decisão.

E a falta de legitimidade democrática no desempenho desse papel pelo Judiciário” (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 9). João Carlos Souto, em estudo aprofundado sobre o assunto, observa que, não obstante os mais de dois séculos de plena vigência do controle da constitucionalidade no âmbito do Poder Judiciário, há quem conteste de forma veemente, nos Estados Unidos, a legitimidade de o Poder Judiciário, especialmente a Suprema Corte, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A discordância reside, segundo seus defensores, na inexistência de respaldo popular para que os integrantes dessa Corte cumpram atribuição de tal envergadura e relevância. Prossegue o jurista Souto comentando que o Professor Richard Parker, que leciona na Harvard Law School, advoga a ideia de que a suposta falta de legitimidade da Suprema Corte seria resolvida com a criação de um mecanismo que possibilitasse a participação popular na escolha de seus membros. De fato, alguns Estados norte-americanos adotaram o sistema de escolha de magistrados por meio de eleições diretas, porém, se de um lado acreditaram terem resolvido o “problema” da falta de respaldo popular, de outro acabaram criando mais um novo problema, traduzido na interferência do poder econômico nas campanhas eleitorais (SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos*: principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 9-10).

⁷³ Ibidem, p. 11.

⁷⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 69.

No sistema americano, a aplicação do *stare decisis* restringe-se ao controle difuso de constitucionalidade, em que há conflitos de interesses entre as partes, não ocorrendo em sede de fiscalização abstrata.⁷⁵

O sistema americano de *judicial review* encontra-se, predominantemente, em muitas ex-colônias inglesas, como o Canadá, a Austrália, a Índia, entre outros países. Na Europa também é possível identificar analogias com o sistema americano, como ocorre no Direito suíço, onde, ao lado da possibilidade de um recurso direto ao Tribunal Federal, há um recurso geral (*richterliches Prüfungsrecht*), limitado às leis cantonais, que assume uma importância prática inferior à do recurso direto. Na Noruega, Dinamarca e, nos últimos anos, na Suécia vem se afirmando como incontestável o poder dos tribunais para o controle da conformidade das leis com a Constituição. Além disso, na Alemanha e na Itália, países em que hoje vigora o controle concentrado, também existiu uma breve experiência de controle do tipo americano, como se verificou na época da Constituição de Weimar na Alemanha e, no direito italiano, durante os anos de 1948 a 1956.⁷⁶

2.3 SISTEMA AUSTRIACO OU CONCENTRADO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A CONTRIBUIÇÃO DE Kelsen

Até meados do século XX, apenas o sistema difuso-incidental do direito norte-americano era conhecido pela comunidade jurídica internacional. Esse sistema, embora lógico e simples, não foi adotado pela maioria dos países europeus, visto que, nessa época, não haviam recepcionado a ideia de justiça constitucional, certamente em decorrência de razões históricas.⁷⁷

O sistema de controle concentrado de constitucionalidade difere fundamentalmente do sistema denominado difuso pela atribuição da fiscalização da constitucionalidade das leis, em caráter exclusivo, a um único órgão jurisdicional criado para tal desiderato, que não integra necessariamente a estrutura do Poder Judiciário.⁷⁸ Além disso, o sistema concentrado se alinha a postulados jurídicos diversos dos preconizados pela *judicial review* americana.⁷⁹

⁷⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 115.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 68-72.

⁷⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 72.

⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 36.

⁷⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 67.

Hans Kelsen foi o responsável pela introdução do controle de constitucionalidade na Europa em 1920, por meio da Constituição da Áustria, que foi aperfeiçoado com a reforma constitucional de 1929.⁸⁰

Na concepção de Kelsen, o controle de constitucionalidade não constituiria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional, que melhor se caracterizaria como atividade legislativa negativa. Idealizando o controle concentrado em um tribunal constitucional, considerava que a lei inconstitucional era válida até que uma decisão da corte viesse a declarar a sua inconstitucionalidade. Apenas após a decisão da corte constitucional a lei seria retirada do mundo jurídico. Os juízes e os tribunais não poderiam deixar de aplicá-la antes de tal decisão.

Nesse passo, seguindo essa linha de raciocínio, a lei inconstitucional não seria nula, mas simplesmente anulável. Por conseguinte, a decisão que a reconhecesse teria natureza constitutiva negativa e produziria apenas efeitos *ex nunc*, sem retroagir ao momento de nascimento da lei.⁸¹

Ao tratar do problema da garantia jurisdicional da Constituição, Hans Kelsen salientou que:

“...se quisermos que a Constituição seja garantida com eficácia, é necessário que o ato submetido ao controle do tribunal constitucional seja diretamente anulado por decisão própria, se considerado irregular. Essa decisão, mesmo se se referir a normas gerais – e é precisamente esse o caso principal –, deve ter força anulatória.”⁸²

Em sua formulação original, a Constituição da Áustria de 1920 concentrou na Corte Constitucional a competência para decidir as matérias de constitucionalidade, assim como também condicionou esse controle à existência de um pedido especial, isto é, uma ação especial, ajuizável por alguns órgãos políticos.⁸³

⁸⁰ Consoante destaca Edmar Oliveira Andrade Filho, Hans Kelsen foi o grande artífice da teoria da norma fundamental hipotética, propondo concepções doutrinárias sob o aspecto estritamente jurídico e, com isso, contribuindo decisivamente para a evolução da teoria constitucional. Kelsen formulou uma teoria que “é fruto de uma concepção lógica que empresta à Constituição o caráter de norma superior, uma *‘fundamental law’*, dotando-a do mais elevado grau de positividade jurídica e que atua como catalisador e distribuidor do fundamento de validade a todas as demais normas jurídicas” (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 14).

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 19.

⁸² KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 170.

⁸³ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 38.

O sistema concentrado foi introduzido na Itália em 1956, na Alemanha em 1949, em Chipre em 1960, na Turquia em 1961 e, enfim, na antiga República Socialista Federativa da Iugoslávia em 1963. Esta foi a primeira e única, entre as Constituições de um país de regime comunista, a adotar um sistema de controle de constitucionalidade das leis confiado a uma especial Corte Constitucional Federal.⁸⁴

2.4 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.4.1 Constituição de 1824

Na vigência da Constituição de 1824, o Brasil desconhecia a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos. O direito brasileiro estava sob influência das concepções que vigoravam na Inglaterra e na França. Vale dizer, o princípio da supremacia do Parlamento (Inglaterra) e a concepção da lei como expressão da vontade geral, representada pelo Legislativo (França), constituíam óbice à instituição do controle da constitucionalidade tal como despontava nos Estados Unidos.

Ademais, na época do Império, o Imperador detinha a condição de Poder Moderador, com competência para manter a independência, o equilíbrio e harmonia entre os poderes. Em outras palavras, competia ao Imperador resolver os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário.⁸⁵

Assim, o dogma da soberania do Parlamento, a previsão de um Poder Moderador e a influência do direito europeu foram decisivos para a ausência de um sistema de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis à época em que vigia a Constituição de 1824.⁸⁶

Nesse período imperial, o órgão de cúpula do Judiciário era o Supremo Tribunal de Justiça, cuja jurisdição constitucional ficou adstrita à uniformização da jurisprudência e aplicação da lei pelos demais Tribunais de Relação. O Supremo Tribunal revestia-se da condição de guardião do direito imperial em face da aplicação dos demais tribunais do Império.⁸⁷

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 73.

⁸⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 983.

⁸⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 80-82.

⁸⁷ ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 125-128.

2.4.2 Constituição de 1891

A nova ordem constitucional brasileira passou a sofrer influência da doutrina jurídica norte-americana. Desse modo, seguindo modelo dos Estados Unidos, o Brasil adotou a República, o Presidencialismo, o legislativo bicameral, a federação, a *judicial review* e a estruturação judicial com o Supremo Tribunal Federal e a justiça federal.

Na Constituição de 1891 restou estabelecida a fiscalização, pelo Poder Judiciário, da legitimidade das leis. Nessa época, o Judiciário praticava um controle difuso, incidental e sucessivo da constitucionalidade.

A Lei n. 221, de 20/11/1894, lançou luzes sobre o sistema judicial de controle de constitucionalidade ao explicitar, no artigo 13, § 10, que cabia aos juízes e tribunais a apreciação da validade das leis e regulamentos, deixando-se de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.⁸⁸

A Constituição de 1891 sofreu reforma em 1926, tornando-se mais claros os dispositivos que tratavam da competência do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário.⁸⁹

2.4.3 Constituição de 1934

Na Constituição de 1934 foi mantido o controle difuso, incidental e sucessivo, reproduzindo-se os dispositivos da Constituição anterior com a redação dada pela reforma de 1926. Foram, também, introduzidas importantes inovações:

- a) Nos tribunais, a inconstitucionalidade apenas poderia ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros;
- b) Ao Senado Federal foi atribuída a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;⁹⁰

⁸⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 985.

⁸⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 82-84.

⁹⁰ Centrando foco sobre as Constituições brasileiras, Luís Carlos Martins Alves Jr. expõe que “uma inovação importante do novo Texto é a faculdade de o Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Com esse dispositivo, ganhavam mais força as decisões judiciais que julgavam inválidas as normas jurídicas e extirpava os problemas relacionados à validade ou não, quando houvesse a intervenção do Senado” (*O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*, cit., p. 212).

c) Houve a criação de representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita à competência originária do Supremo Tribunal Federal. Os Estados-membros deviam obediência aos princípios constitucionais sensíveis no exercício de sua capacidade política, sendo que, havendo inobservância desses princípios, caberia a intervenção federal decretada por lei e condicionada à solução que o Supremo Tribunal Federal desse à representação interventiva.⁹¹

Finalmente, releva acentuar que, com inspiração no modelo austríaco, foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional, contendo, na fundamentação da proposta, direta referência à conferência de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*).⁹²

2.4.4 Constituição de 1937

A Constituição de 1937 tinha por função legitimar o golpe levado a cabo por Getúlio Vargas e, no tocante à fiscalização da constitucionalidade, seguiu o modelo instaurado em 1891.

Relativamente às inovações trazidas pela Constituição de 1934, houve reprodução da exigência da maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade, pelos tribunais, de lei ou ato do Presidente da República. Portanto, na Constituição de 1937 nada se constou sobre a representação interventiva, nem sobre a suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Buscou-se, por outro lado, atenuar a supremacia do Judiciário, consoante deixa às claras a redação do parágrafo único do art. 96, *in litteris*:

“...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 de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal.”⁹³

⁹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 84-85.

⁹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 987.

⁹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 85-86.

2.4.5 Constituição de 1946

Com a Constituição de 1946, o Brasil volta a respirar os ares da democracia. O disposto no art. 96, parágrafo único, da Constituição precedente não é mantido, competindo ao Judiciário proferir a última palavra em questões de natureza constitucional.

Além das competências originária e recursal ordinária, ao Supremo Tribunal Federal foi conferida a competência para julgar recurso extraordinário em causas que versavam sobre o controle da constitucionalidade.

Foi mantida a competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em decisão definitiva.⁹⁴

A representação interventiva foi também preservada, porém com nova configuração. Ao Procurador-Geral da República foi atribuída a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para efeitos de intervenção federal, nos casos em que houvesse violação dos seguintes princípios: forma republicana representativa; independência e harmonia entre os Poderes; temporariedade das funções eletivas; proibição de reeleição de governadores e prefeitos para o período subsequente; autonomia municipal; prestação de contas da Administração e garantias do Poder Judiciário.

A intervenção federal estava subordinada à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal.⁹⁵

2.4.6 Emenda Constitucional 16/65

Com a Emenda n. 16, de 26/11/65, em pleno regime militar, foi instituída a fiscalização abstrata da constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais.

Clèmerson Merlin Clève observa que é fato curioso a implantação da representação genérica de inconstitucionalidade pelo regime militar, sobretudo considerando que esse mecanismo, se bem manejado, pode prestar-se para a proteção e garantia dos direitos fundamentais, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura.⁹⁶

⁹⁴ Ibidem, p. 86-88.

⁹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 989-990.

⁹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 88.

Noutro giro, no entender de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco, a instituição do sistema de controle de constitucionalidade, com vistas a preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis incompatíveis, passou a ser, juntamente com os mecanismos já existentes, um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.⁹⁷

A Emenda Constitucional 16/65,⁹⁸ ao instituir a fiscalização da constitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, permitiu que os Tribunais de Justiça dos Estados-membros declarassem a inconstitucionalidade de lei ou ato de Município em conflito com a Constituição do Estado.⁹⁹

2.4.7 Constituição de 1967/1969

A Constituição de 1967 manteve o modelo de fiscalização da constitucionalidade inaugurado com a Constituição de 1891, porém trouxe duas pequenas alterações. Não previu a representação de inconstitucionalidade genérica no âmbito estadual e, na representação interventiva, a competência para suspender o ato estadual foi transferida do Legislativo para o Presidente da República.

A Emenda n. 1 de 1969 não alterou o sistema. Todavia, admitiu expressamente que os Estados-membros instituíssem a representação interventiva para, nos moldes do modelo federal, provocar a fiscalização da constitucionalidade da lei municipal em face dos princípios sensíveis delineados na Constituição Estadual.

A Emenda Constitucional 7/77, por seu turno, introduziu novidades, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal competência para a interpretação, com efeito vinculante, de ato normativo, bem como dispôs, às expensas, sobre a medida cautelar (liminar) solicitada pelo Procurador-Geral da República nas representações encaminhadas por essa autoridade.¹⁰⁰

⁹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 993.

⁹⁸ Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco relatam que a Emenda n. 16 preconizou, no art.124, XIII, regra que outorgava ao legislador a faculdade para “estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado”. (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 993).

⁹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 88-89.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 89-90.

2.4.8 Constituição de 1988

Com a Constituição de 1988, houve aperfeiçoamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, combinando-se o modelo difuso-incidental com o concentrado-principal. Dentre as inovações, com importantes consequências práticas, podem ser destacadas:

- a ampliação da legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (antiga representação);
- a instituição pelos Estados-membros de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual;
- a instituição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção;
- a citação do Advogado-Geral da União para, nas ações diretas, defender o ato impugnado;
- a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal;
- a criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição;
- a alteração do recurso extraordinário, que passou a ter feição estritamente constitucional e
- a supressão da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar representação para fins de interpretação.¹⁰¹

Com a Emenda Constitucional n. 3, de 18 de março de 1993, foi criada a ação declaratória de constitucionalidade. A nova ação, de competência do Supremo Tribunal Federal, é proponível pelos mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade e foi amplamente criticada por parte da doutrina, que questionava sua constitucionalidade. O Pretório Excelso já se manifestou sobre a matéria, considerando legítima sua acolhida no complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.¹⁰²

¹⁰¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 90-91.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 66.

Com efeito, há atualmente no Brasil o controle incidental, exercido de modo difuso por todos os juízes e tribunais, e há o controle principal, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal, consoante quadro abaixo reproduzido:

- a) ação direta de inconstitucionalidade (genérica – art. 102, I, a);¹⁰³
- b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);¹⁰⁴
- c) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a);
- d) ação direta interventiva (art. 36, III);¹⁰⁵
- e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).¹⁰⁶

¹⁰³ “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;”

¹⁰⁴ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I ‘*usque*’ IX (...) § 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 trinta dias.”

¹⁰⁵ “Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: (...) III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.”

¹⁰⁶ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

CAPÍTULO 3

ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE E MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Vencidas as breves considerações concernentes às matrizes históricas do controle de constitucionalidade, passa-se a descortinar, neste tópico, as espécies de inconstitucionalidade identificadas pelos modernos constitucionalistas de nosso país, mormente com vistas a manter uma coerente sistematização do estudo do tema ora enfocado.

Tendo ainda por base e inspiração os doutrinadores pátrios, segue-se, neste mesmo capítulo, a análise das modalidades de controle de constitucionalidade, abrindo-se caminho para subsequente e específico tópico acerca do sistema de controle concentrado, com especial ênfase à ação direta de inconstitucionalidade no atual cenário brasileiro.

3.2 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

A noção de inconstitucionalidade pode ser melhor compreendida a partir do estudo das suas variadas formas de manifestação, conjugando diferentes elementos ou critérios, que abrangem o momento em que ela se verifica, o tipo de atuação estatal que a ocasionou, o procedimento de elaboração e o conteúdo da norma, dentre outros.

3.2.1 Inconstitucionalidade formal, material e orgânica

A inconstitucionalidade material guarda vinculação com o conteúdo do ato normativo, sendo malferida a norma constitucional de fundo.

A inconstitucionalidade formal diz respeito ao descumprimento de norma constitucional de forma ou de processo e a inconstitucionalidade orgânica, espécie

de inconstitucionalidade formal, refere-se à inobservância de competência para edição da norma.¹⁰⁷

A inconstitucionalidade formal¹⁰⁸ restará configurada quando um ato legislativo tenha sido produzido em dissonância com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico.¹⁰⁹

No tocante ao vício de forma, há a inconstitucionalidade orgânica,¹¹⁰ que se caracteriza pela inobservância da regra de competência para a edição do ato. Por exemplo, ocorrerá inconstitucionalidade por violação da competência privativa da União (art. 22, inciso I, da CF)¹¹¹ se porventura a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação editar uma lei em matéria penal ou em matéria de direito civil.¹¹²

De outra margem, haverá inconstitucionalidade formal propriamente dita na hipótese de uma espécie normativa ser produzida sem a observância do processo legislativo próprio, que compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. Por exemplo, na Constituição existe previsão expressa quanto à iniciativa privativa de alguns órgãos ou agentes públicos, como é o caso do Presidente da República. Logo, somente tal titular da competência reservada poderá deflagrar o processo legislativo das matérias delimitadas no art. 61, § 1º da CF/88.¹¹³

¹⁰⁷ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 83.

¹⁰⁸ Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco asseveram que, nessa hipótese, “viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final” (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 961).

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 26.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 26.

¹¹¹ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

¹¹² ADI 1.901/MG – Relator Ministro Ilmar Galvão – Julgamento: 03/02/2003 – DJU: 09/05/2003 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFOS 1º E 2º DO ARTIGO 162 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA N. 31, DE 30/12/97. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 22, I; E 84, II, DA CARTA DA REPÚBLICA. O primeiro dispositivo impugnado, ao atribuir à instituição financeira depositária dos recursos do Estado a iniciativa de repassar, automaticamente, às contas dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas as dotações orçamentárias a eles destinadas, caracteriza ofensa ao art. 84, II, da CF/88 (de observância obrigatória pelas unidades federadas), que confere, privativamente, ao Chefe do Poder Executivo, a direção superior da Administração estadual. Já o segundo, tipificando novo crime de responsabilidade, invade competência legislativa privativa da União, nos termos do inciso I do art. 22 da referida Carta. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Procedência da ação.”

¹¹³ “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos

Na hipótese, se um parlamentar apresentar projeto de lei criando cargo público, estará incorrendo em inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa.

A inconstitucionalidade material, por seu turno, ocorre quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em desconformidade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou seja um princípio.¹¹⁴ Por exemplo, a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional fere uma regra constitucional (art. 37, XI),¹¹⁵ enquanto que a lei que restringe ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade, contraria o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, e art.3º, IV).¹¹⁶

Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco advertem que a inconstitucionalidade material envolve não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou excesso de poder legislativo. Cuida-se, nesse caso, de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de apurar a observância do princípio da

na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; *b*) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; *c*) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; *d*) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; *e*) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; *f*) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. (...)”

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 29.

¹¹⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) I ‘*usque*’ X (...) XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;”

¹¹⁶ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I ‘*usque*’ III (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (...) Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

proporcionalidade, isto é, “de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo.”¹¹⁷

3.3 INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO E POR OMISSÃO

A Constituição pode ser violada com a prática de um ato que ela interditava ou pela falta da prática de um ato que ela exigia. Assim, a Constituição é passível de sofrer violação por via de ação, uma conduta positiva, ou por via de uma omissão, uma inércia ilegítima.

Na inconstitucionalidade por ação, as condutas passíveis de censura frente às normas da Constituição podem se originar de órgãos integrantes dos três Poderes do Estado. Um ato inconstitucional do Poder Executivo é suscetível de controle pelo Judiciário. Os próprios atos judiciais, igualmente, se submetem ao exame de sua conformidade com a Constituição. E, por fim, os atos legislativos também se sujeitam ao controle de constitucionalidade, cabendo ressaltar que os múltiplos modelos de controle de constitucionalidade foram concebidos justamente para lidar com o fenômeno dos atos normativos que ingressam no mundo jurídico com um vício de validade.

Do mesmo modo que a inconstitucionalidade por ação, a omissão violadora da Constituição pode ser imputável aos três Poderes.

Conforme assinala Luís Roberto Barroso,¹¹⁸ o Executivo pode deixar de tomar as medidas político-administrativas de sua competência, não entregando determinadas prestações positivas a que esteja obrigado, como, por exemplo, em matéria educacional, saúde, etc. Pode, no mundo real, ocorrer também omissão na entrega de prestação jurisdicional ou excesso de demora que frustra na prática o direito das partes. E, quanto à inércia na elaboração de atos normativos, a Carta Política de 1988 concebeu dois remédios jurídicos para enfrentar o problema:

- a) O mandado de injunção (art. 5º, LXXI);¹¹⁹

¹¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 963.

¹¹⁸ *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 31-33.

¹¹⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I ‘usque’ LXX (...) LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

b) A ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).¹²⁰

3.3.1 Inconstitucionalidade total e parcial

A inconstitucionalidade será total ou parcial conforme atinja todo um ato normativo ou apenas parte dele, seja uma norma em relação a um conjunto delas, ou parte de uma norma em relação a ela mesma.¹²¹

Em regra, a inconstitucionalidade decorrente de vício formal será total, seja em razão de defeito de competência ou de procedimento. Por sua vez, a inconstitucionalidade material poderá macular a totalidade ou apenas parte do ato normativo.¹²²

Segundo Elival da Silva Ramos, a inconstitucionalidade substancial pode atingir direta ou indiretamente (por conexão) todos os dispositivos que integram o ato legislativo, que, não raramente, é composto apenas de uma norma principal e outra de mera aplicação (cláusula de vigência).¹²³

3.3.2 Inconstitucionalidade originária e superveniente

A inconstitucionalidade originária caracteriza-se pela emissão de um ato violador da Constituição, na vigência da norma constitucional.¹²⁴ Em outras palavras, quando a norma constitucional é editada anteriormente à norma inferior, que lhe é contrária.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino pontuam que a inconstitucionalidade originária é aquela que macula o ato no momento de sua produção, por conta de desrespeito aos princípios e regras da Constituição então vigente. Por exemplo, se estiver em foco a inconstitucionalidade originária de uma lei editada em 1985, o confronto desta será com a Constituição de 1969, que vigorava à época em que esse diploma legal foi elaborado.¹²⁵

¹²⁰ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I ‘*usque*’ IX (...) § 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 trinta dias.”

¹²¹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 75.

¹²² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 39.

¹²³ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 165.

¹²⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 354.

¹²⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 16-17.

De outra margem, se a norma constitucional é precedida pela norma infraconstitucional, já existente à época da promulgação da nova Constituição, tem-se a inconstitucionalidade superveniente.¹²⁶

A aludida inconstitucionalidade superveniente traduz a ideia de que a invalidade da norma decorre da sua incompatibilidade com texto constitucional futuro. Logo, conforme explanação de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, uma lei produzida no ano de 1985 tornar-se-ia supervenientemente inconstitucional em 05/10/1988, data da promulgação da atual Constituição, se com o novel texto constitucional fosse incompatível.¹²⁷

O Supremo Tribunal não admite a existência de inconstitucionalidade superveniente, entendendo que a ulterior promulgação da Constituição revoga os atos anteriores incompatíveis, nos termos do brocardo *lex posterior derogat priori*. Assim, tratando-se de aplicação de regra de direito intertemporal, não há como se submeter, segundo o Pretório Excelso, leis anteriores à Constituição ao processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Em decisão exarada na ADI 415/DF, a Alta Corte declarou que o vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. A lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente, nem o legislador poderia infringir Constituição futura. Portanto, a Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, mas sim promove a sua revogação.¹²⁸

¹²⁶ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 76.

¹²⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 16-17.

¹²⁸ ADI 415/DF – Relator Ministro Paulo Brossard – Julgamento: 07/02/1992 – DJU: 29/05/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispendo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-se. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menor que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do voto proferido na ADIn n. 2-1/600.” Vale ressaltar, nesse passo, que a ADI 503/DF foi julgada no mesmo sentido (Data do julgamento: 07/02/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009).

3.3.3 Inconstitucionalidade antecedente e consequente

A inconstitucionalidade antecedente decorre de um juízo de contraposição direta e imediata entre a norma infraconstitucional e a Constituição.¹²⁹ É a violação, imediata e direta, de uma norma constitucional por uma lei ou ato normativo.¹³⁰

Jorge Miranda assim se pronuncia sobre o tema:

“A inconstitucionalidade antecedente (contraposta à consequente) vem a ser a que se divisa através de um juízo de inconstitucionalidade levado a cabo a título específico ou principal ou que resulta, directa e imediatamente, do confronto de um acto ou comportamento com a Constituição. A inconstitucionalidade consequente vem a ser a que decorre como corolário desse juízo ou a que inquina certo acto por inquirar outro acto de que ele depende.”¹³¹

A inconstitucionalidade consequente ou derivada revela a “extravasação de um juízo de inconstitucionalidade de uma norma a atingir outra, que dela depende.”¹³²

Para Clèmerson Merlin Clève, “a inconstitucionalidade consequente ou derivada decorre de um efeito reflexo da inconstitucionalidade antecedente ou imediata.” Portanto, padecerá dessa espécie de inconstitucionalidade a norma dependente de outra declarada inconstitucional e pertencente ao mesmo diploma legislativo, assim como, de igual forma, o ato normativo que tem seu fundamento de validade em outro ou mantém relação de dependência com um terceiro já reconhecido como inconstitucional.¹³³

Configura-se a inconstitucionalidade consequente, por exemplo, no caso de uma lei delegada decorrente de resolução do Congresso viciada por inconstitucionalidade antecedente. Também ocorre na hipótese de um decreto regulamentar editado para fiel execução de lei inquinada de inconstitucionalidade.¹³⁴

Nessa senda, são dignas de nota as situações em que a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo de lei é estendida a outro dispositivo em virtude da existência de uma correlação, conexão ou dependência entre eles. Trata-se de inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração, em que as normas

¹²⁹ Ibidem, p. 81.

¹³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 56.

¹³¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., t. II, p. 297.

¹³² PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 81.

¹³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 56.

¹³⁴ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 166.

legais mantêm vínculo de dependência entre si, de modo que não é possível ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de apenas algumas delas e manter as demais no ordenamento jurídico, haja vista que as normas remanescentes perderiam o sentido ou passariam a ter significado diverso daquele que inicialmente possuíam quando integradas àquelas excluídas.¹³⁵

No Brasil, a Suprema Corte tem admitido a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração de outras disposições que o autor não tenha expressamente indicado na inicial, em virtude da conexão ou interdependência com os dispositivos legais especificamente impugnados.¹³⁶

Na fiscalização abstrata de legislação estadual, a Máxima Corte tem reconhecido a inconstitucionalidade, por arrastamento, de decreto fundado em lei declarada inconstitucional. Como exemplo, pode ser citado o julgamento da ADI 3.645/PR, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.¹³⁷

¹³⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 114-115.

¹³⁶ ADI 4.009/SC – Relator Ministro Eros Grau – Julgamento: 04/02/2009 – *DJU*: 29/05/2009 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14/03/2010. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADI'S 4.009 E 4.001. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA REQUERENTE – ADEPOL. LEI COMPLEMENTAR N. 254, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2003, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 374, DE 30 DE JANEIRO DE 2007, AMBAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ESTRUTURA ADMINISTRATIVA E REMUNERAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA ESTADUAL. ARTIGO 106, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO CATARINENSE. LEIS COMPLEMENTARES NS. 55 E 99, DE 29 DE MAIO DE 1992 E 29 DE NOVEMBRO DE 1993, RESPECTIVAMENTE. VINCULAÇÃO OU EQUIPARAÇÃO DE ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS DOS POLICIAIS CIVIS E MILITARES À REMUNERAÇÃO DOS DELEGADOS. ISONOMIA, PARIDADE E EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. JURISPRUDÊNCIA DO STF: VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XIII; 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA “A”, E 63, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PROIBIÇÃO DE VINCULAÇÃO E EQUIPARAÇÃO ENTRE REMUNERAÇÕES DE SERVIDORES PÚBLICOS. PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) 7. Afrontam o texto da Constituição do Brasil os preceitos da legislação estadual que instituem a equiparação e vinculação de remuneração. 8. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade: [i] do trecho final do § 3º do artigo 106 da Constituição do Estado de Santa Catarina: “de forma a assegurar adequada proporcionalidade de remuneração das diversas carreiras com a de delegado de polícia”; [ii] do seguinte trecho do artigo 4º da LC n. 55/92 “[...], assegurada a adequada proporcionalidade das diversas carreiras com a do Delegado Especial”; [iii] do seguinte trecho do artigo 1º da LC 99: “mantida a proporcionalidade estabelecida em lei que as demais classes da carreira e para os cargos integrantes do Grupo Segurança Pública – Polícia Civil”; e, [iv] por arrastamento, do § 1º do artigo 10 e os artigos 11 e 12 da LC 254/03, com a redação que lhe foi conferida pela LC 374, todas do Estado de Santa Catarina. 9. Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Efeitos prospectivos, a partir da publicação do acórdão. 10. Aplicam-se à ADI n. 4.001 as razões de decidir referentes à ADI n. 4.009.”

¹³⁷ ADI 3.645/PR – Relatora Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 31/05/2006 – *DJU*: 01/09/2006 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14/03/2010. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 14.861/05, DO ESTADO DO PARANÁ. INFORMAÇÃO QUANTO À PRESENÇA DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EM ALIMENTOS E INGREDIENTES ALIMENTARES

3.4 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Consagrados doutrinadores pátrios¹³⁸ noticiam que, no moderno constitucionalismo, é possível identificar três grandes modelos de controle de constitucionalidade: o americano, o austríaco e o francês.¹³⁹ A partir desses modelos surgiram variações, de maior ou menor sutileza, aplicadas nos sistemas constitucionais de diferentes países.

Sistematizando os aspectos subjetivos, objetivos e processuais, obtém-se a classificação delineada nos tópicos subsequentes.

3.4.1 Quanto à natureza do órgão de controle

3.4.1.1 Controle político

Tal modalidade de controle costuma ser associada à experiência francesa, em que, no período revolucionário, buscou-se criar um órgão político de controle de

DESTINADOS AO CONSUMO HUMANO E ANIMAL. LEI FEDERAL 11.105/05 E DECRETOS 4.680/03 E 5.591/05. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE PARA DISPOR SOBRE PRODUÇÃO, CONSUMO E PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ART. 24, V E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTABELECIMENTO DE NORMAS GERAIS PELA UNIÃO E COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS ESTADOS. 1. Preliminar de ofensa reflexa afastada, uma vez que a despeito da constatação, pelo Tribunal, da existência de normas federais tratando da mesma temática, está o exame na ação adstrito à eventual e direta ofensa, pela lei atacada, das regras constitucionais de repartição da competência legislativa. Precedente: ADI 2.535-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 21.11.03. 2. Seja dispendo sobre consumo (CF, art. 24, V), seja sobre proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII), busca o Diploma estadual impugnado inaugurar regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente. 3. Ocorrência de substituição – e não suplementação – das regras que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente abrangente. Extrapolação, pelo legislador estadual, da autorização constitucional voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal. Precedente: ADI 3.035, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 14.10.05. 4. Declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de decreto regulamentar superveniente em razão da relação de dependência entre sua validade e a legitimidade constitucional da lei objeto da ação. Precedentes: ADI 437-QO, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 19.02.93 e ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 27.04.90. 5. Ação direta cujo pedido formulado se julga procedente.”

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 41; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 694.

¹³⁹ Clèmerson Merlin Clève explica que o modelo americano teve seu marco inicial na decisão proferida no célebre caso *William Marbury & James Madison* e caracteriza-se pelo controle difuso exercido pelo Poder Judiciário, na medida em que é exercitado, no decorrer de uma demanda, por qualquer juiz ou tribunal. A Suprema Corte, órgão de cúpula do Judiciário americano, pronuncia a última e derradeira palavra a respeito de questões constitucionais, tendo as suas decisões efeito vinculante. No modelo austríaco, por sua vez, verifica-se que, com a Constituição de 1920, foi instituída uma Corte Constitucional competente para, de forma concentrada e por meio de ação direta, proceder à fiscalização da constitucionalidade. Tal modelo foi assimilado por diversos países, sobretudo os europeus, entre os quais podem ser mencionados a Alemanha, Itália, Espanha, Turquia, Chipre, Grécia e Bélgica. Por fim, no modelo francês, o controle é exercido de forma preventiva pelo Conselho Constitucional, sem caráter jurisdicional. Esse modelo de controle de constitucionalidade assume feição nitidamente política (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 59-69).

constitucionalidade. A Constituição francesa em vigor criou o Conselho Constitucional, composto de nove conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, tendo ainda como membros natos os ex-Presidentes da República. O Conselho se manifesta previamente à promulgação de determinadas leis, não tendo o poder de declarar inconstitucionais quaisquer diplomas legais já vigentes.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial, porém existem diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo como no do Poder Legislativo.¹⁴⁰

Nesse contexto, Juliano Taveira Bernardes menciona que, por parâmetros normativos objetivos e racionalidade jurídica, a rejeição parlamentar da medida provisória configura autêntico controle jurídico. Todavia, é mais comum rejeitá-la por motivos políticos (parâmetro subjetivo e racionalidade política), como ocorre, por exemplo, na desaprovação por ausência de relevância e urgência.¹⁴¹

3.4.1.2 Controle judicial

A origem do controle de constitucionalidade deu-se com base no direito norte-americano, tendo se consolidado a partir da decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, que foi julgado em 1803.

No sistema americano, a supremacia da Constituição afigura-se como o princípio maior, cabendo ao Judiciário o papel de ser o seu intérprete final. Deveras, se a Constituição é a lei suprema, qualquer lei com ela incompatível é nula. Se o poder de controlar a constitucionalidade estivesse no âmbito de atribuições do Legislativo, e não do Judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente.

No sistema europeu, a técnica de controle de constitucionalidade ingressou com a Constituição da Áustria, de 1920, seguindo a concepção preconizada por Hans Kelsen. Houve a criação dos tribunais constitucionais, órgãos específicos para o desempenho da função, que têm atuação de natureza jurisdicional, sem, contudo, integrarem necessariamente a estrutura do Poder Judiciário.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 42-43.

¹⁴¹ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 49.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial, isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma. É um sistema eclético que combina elementos do modelo americano e do europeu continental.¹⁴²

3.4.1.3 Controle misto

No sistema misto, o controle de constitucionalidade é exercido por um órgão especial constituído por membros do Poder Judiciário e outros estranhos a esse Poder.

3.4.2 Quanto ao momento de exercício do controle

3.4.2.1 Controle preventivo

O controle prévio ou preventivo é o que se concretiza anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei, de modo a impedir que um ato inconstitucional entre em vigor. O órgão de controle não declara a nulidade da medida, mas propõe a eliminação de eventuais inconstitucionalidades.

No Brasil, o controle preventivo é de natureza política, sendo desempenhado:

- a) pelo Poder Legislativo, no âmbito das comissões de constituição e justiça que existem nas casas legislativas (art. 58, *caput*, da CF/88);¹⁴³
- b) pelo Poder Executivo, que poderá vetar projeto aprovado pela casa legislativa, tendo por fundamento a inconstitucionalidade do ato alvo de deliberação, impedindo, dessa forma, sua conversão em lei (art. 66, § 1º da CF/88).¹⁴⁴

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 43-44.

¹⁴³ “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.”

¹⁴⁴ “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.”

No direito brasileiro, é possível destacar uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade na esfera judicial. O Supremo Tribunal Federal tem admitido e conhecido mandados de segurança,¹⁴⁵ impetrados por parlamentares, contra o simples processamento de propostas de emenda à Constituição cujo conteúdo contrarie alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º.¹⁴⁶

3.4.2.2 Controle repressivo

O controle repressivo, sucessivo ou *a posteriori* é o que se realiza quando a lei já está em vigor e tem como escopo paralisar-lhe a eficácia. No direito pátrio, tal controle é operado pelo Poder Judiciário, por intermédio de todos os seus órgãos.

Há alguns procedimentos de atuação repressiva exercidos pelo Legislativo, como ocorre, por exemplo, com a possibilidade de sustar atos normativos exorbitantes editados pelo Poder Executivo. O Executivo, também, pode se recusar a aplicar norma inconstitucional. Em qualquer hipótese, existindo controvérsia sobre a interpretação de uma norma constitucional, a última palavra será proferida pelo Judiciário.¹⁴⁷

Alexandre de Moraes, à guisa de ilustração, elenca o artigo 49, V, e artigo 62 da Constituição Federal como exemplos de controle repressivo realizado pelo Poder Legislativo.¹⁴⁸

¹⁴⁵ MS 20.257/DF – Relator Ministro Décio Miranda – Julgamento: 08/10/1980 – DJU: 27/02/1981 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DA MESA DO CONGRESSO QUE ADMITIU A DELIBERAÇÃO DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL QUE A IMPETRAÇÃO ALEGA SER TENDENTE À ABOLIÇÃO DA REPÚBLICA. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM HIPÓTESES EM QUE A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL SE DIRIGE AO PRÓPRIO PROCESSAMENTO DA LEI OU DA EMENDA, VEDANDO A SUA APRESENTAÇÃO (COMO É O CASO PREVISTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 57) OU A SUA DELIBERAÇÃO (COMO NA ESPÉCIE). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido.”

¹⁴⁶ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I ‘*usque*’ III (...) § 1º ‘*usque*’ § 3º (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. (...)”.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 46.

¹⁴⁸ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*, cit., p. 637-638.

3.4.3 Quanto ao órgão judicial que exerce o controle

3.4.3.1 Controle difuso

Sob o prisma subjetivo ou orgânico, o controle judicial de constitucionalidade poderá ser difuso (sistema americano). Significa que é permitido a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, via de consequência, a sua não aplicação ao caso concreto levado à apreciação do Judiciário.

Relativamente ao Brasil, o controle difuso vem desde a primeira Constituição republicana e subsiste até os dias hodiernos.¹⁴⁹

Nesse modelo de controle, a pronúncia do Judiciário sobre a inconstitucionalidade não é realizada enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, que é indispensável ao julgamento do mérito.¹⁵⁰

3.4.3.2 Controle concentrado

Além do controle difuso, do ponto de vista orgânico ou subjetivo, o controle de constitucionalidade pode ser concentrado (sistema europeu), isto é, exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função precípua.

No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 16, de 06 de dezembro de 1965, conferindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar a chamada ação genérica, visto que já existia, à época, a ação interventiva, igualmente de competência concentrada do Pretório Excelso.¹⁵¹

3.4.4 Quanto à forma ou modo de controle judicial

3.4.4.1 Controle por via incidental

O controle incidental ou *incidenter tantum* é a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição. A questão constitucional figura, tecnicamente, como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 46-47.

¹⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 639.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 47-49.

Nesse quadrante, vale trazer a lume a percuciente lição de Cândido Rangel Dinamarco:

“‘*Incidenter*’ significa incidentalmente; ‘*tantum*’, apenas. Uma declaração ‘*incidenter tantum*’ consiste na solução que o juiz dá a uma questão de fato ou de direito quando fundamenta a decisão e não no momento em que decide a causa. Sabido que a sentença de mérito contém relatório, motivação e decisão (art. 458), é nessa última parte que ele dita imperativamente a situação que há de preponderar na vida das pessoas em razão do processo, ou seja, é ali que ele concede ou nega a tutela jurisdicional pedido pelo autor. (...)

Decidir ‘*incidenter tantum*’ é, portanto, manifestar-se sobre uma questão ao externar as razões pelas quais decidirá a causa. A decisão da causa, contida no ‘*decisum*’ da sentença, é um pronunciamento judicial ‘*principaliter*’. É sobre ele que poderá depois incidir a autoridade da coisa julgada material (art. 469).”¹⁵²

O controle incidental também é conhecido como controle por via de exceção ou defesa, porquanto normalmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, a fim de escusar-se do cumprimento da norma que julgava inválida. Atualmente, a inconstitucionalidade pode ser suscitada não apenas como tese de defesa, mas também como fundamento da pretensão do autor, o que se tornou mais frequente com a ampliação das ações de natureza constitucional.

Impõe-se esclarecer que, conceitualmente, o controle por via incidental, levado a efeito na apreciação de um caso concreto, não se confunde com o controle difuso, realizado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. Todavia, no Brasil, em regra eles se superpõem, visto que, desde o início da República, o controle incidental é exercido de modo difuso. Apenas com a introdução da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos da Lei n. 9.982/99, passou-se efetivamente a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado.¹⁵³

3.4.4.2 Controle por via principal ou ação direta

Diferentemente do controle incidental, calcado na tradição americana, o controle por via principal segue o modelo instituído na Europa, com os tribunais constitucionais. Representa o controle exercido fora de um caso concreto,

¹⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. II, p. 156.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 49-50.

independentemente da disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Tem por objetivo precípua a preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.

Em razão do seu caráter institucional, a legitimação para suscitar o controle por via principal, ou seja, para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada a determinados órgãos e entidades. Debate-se, em seu âmbito, a norma existente em contraste com a Constituição, assim como pode-se declarar a inconstitucionalidade por omissão, decorrente da inércia ilegítima na edição de norma reclamada pela Carta Magna.¹⁵⁴

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 50-51.

CAPÍTULO 4

CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

4.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

À luz da atual Carta Política, o sistema de controle concentrado compreende a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No trabalho em pauta busca-se a análise da noção e do conceito de ato normativo para fins de controle concentrado de constitucionalidade, tendo como ponto fulcral de estudo o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de diversas ações diretas de inconstitucionalidade propostas após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Como é cediço, a ação direta de inconstitucionalidade é dotada de natureza dúplice ou ambivalente,¹⁵⁵ porquanto sua decisão de mérito produz eficácia jurídica num ou noutro sentido, seja no caso de haver provimento à ação (inconstitucionalidade), seja na hipótese em que lhe é negado provimento (constitucionalidade).¹⁵⁶

Nesse particular, releva acentuar que as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade são ações de sinais trocados, pois ambas têm natureza dúplice ou ambivalente e a procedência de uma equivale à improcedência da outra e vice-versa.¹⁵⁷

¹⁵⁵ A natureza dúplice ou ambivalente da decisão de mérito em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade encontra previsão no artigo 24 da Lei n. 9.868/99: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.”

¹⁵⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 99.

¹⁵⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 722. Nessa passagem, à guisa de elucidação, é oportuno trazer a lume excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes referente à Rcl-MC 2.363/PA: “(...) Por oportuno, cabem algumas considerações acerca do efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. Afirmei, em outra ocasião, que, aceita a ideia de que a ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade não tenha efeitos ou consequências semelhantes àqueles

A diferença preponderante entre as duas repousa no objeto, na medida em que a ação declaratória de constitucionalidade presta-se à impugnação de leis ou atos normativos federais, enquanto que a ação direta de inconstitucionalidade é instrumento hábil para a apreciação da validade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Desse modo, considerando o objetivo precípuo do presente trabalho, os comentários doutrinários e a análise da atual jurisprudência restringir-se-ão apenas à ação direta de inconstitucionalidade, partindo-se do pressuposto de que se aplicam à ação declaratória de constitucionalidade, desde que respeitado o seu objeto, as considerações atinentes aos demais aspectos ora estudados.

4.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO CONTROLE CONCENTRADO

O controle concentrado se originou na Europa com a Constituição austríaca de 1920, cuja elaboração se deve basicamente a Hans Kelsen.¹⁵⁸ Essa Constituição instituiu a Corte Constitucional austríaca, o primeiro tribunal dedicado ao exclusivo

reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade. Ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei federal, estabeleceu o constituinte que a decisão definitiva de mérito nela proferida – incluída aqui, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada – ‘produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo’ (Art. 102, § 2º da Constituição Federal de 1988). Portanto, afigura-se correta a posição de vozes autorizadas do Supremo Tribunal Federal, como a do Ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual, ‘quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade’ (Rcl 167, despacho, RDA, 206:246 (247)). Nos termos dessa orientação, a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal haveria de ser dotada de efeito vinculante, tal como ocorre com aquela proferida na ação declaratória de constitucionalidade (...).’

¹⁵⁸ Hans Kelsen é considerado o criador do controle concentrado de constitucionalidade e, nesse sentido, vale reproduzir aqui a sua justificativa para a existência de um único órgão para o exercício do controle de constitucionalidade: “Como a Constituição regula os órgãos e o processo legiferantes e, por vezes, determina até certo ponto o conteúdo de leis futuras, o legislador constitucional tem de ter em conta que as normas constitucionais não serão respeitadas sempre e totalmente – para nos exprimirmos da forma corrente –, que poderá surgir um ato com a pretensão subjetiva de ter criado uma lei, se bem que o processo pelo qual o ato se realizou, ou o conteúdo da lei criada por esse ato, não corresponda às normas da Constituição. Levanta-se, portanto, a questão de saber a quem deve a Constituição conferir competência para decidir se, num caso concreto, foram cumpridas as normas constitucionais, se um instrumento cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei no sentido da Constituição há de valer também como tal segundo o seu sentido objetivo. Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 302-303).

exercício do controle judicial de constitucionalidade, em oposição ao *judicial review* norte-americano, exercido por todos os juízes e tribunais.¹⁵⁹

No direito brasileiro, o controle concentrado tem sua origem, ainda que de forma limitada, na Constituição de 1934, com a criação da representação interventiva confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita à exclusiva competência decisória do Supremo Tribunal Federal, em caso de inobservância de algum dos denominados princípios constitucionais sensíveis.

Com a Emenda Constitucional n. 16, de 26/11/1965, o controle por via principal teve seu objeto ampliado, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, cuja competência é reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.¹⁶⁰

É relevante destacar que, por meio desse controle, busca-se obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto.¹⁶¹ Nesse sentido, embora também seja jurisdicional, o controle de constitucionalidade por via de ação direta representa um exercício atípico de jurisdição, porquanto inexistente litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo Poder Judiciário. Assim, “diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial.”¹⁶²

O objetivo da ação direta é a proteção do próprio ordenamento, garantindo-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ficar ancoradas em normas inconstitucionais.

Ao se falar em lei em tese, tem-se em mira a norma jurídica, material, geral e abstrata, que depende de ulterior ato administrativo para se considerar em execução.¹⁶³ Logo, contra a lei em tese não cabe mandado de segurança, conforme Súmula n. 266 do Supremo Tribunal Federal.¹⁶⁴

¹⁵⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 719; PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 65.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 133; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 151.

¹⁶¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 720.

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 134.

¹⁶³ PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 159.

¹⁶⁴ Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.” MS-AgR 24.889/DF – Relator Ministro Cezar Peluso – Julgamento: 08/02/2007 – DJU: 08/06/2007 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra lei em tese.

A respeito do assunto, vale reproduzir o magistério de Hely Lopes Meirelles:

“A ‘lei em tese’, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula n. 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto para expor-se à impetração, mas nada impede que, na sua execução, venha a ser declarada inconstitucional pela via do ‘*mandamus*’.”¹⁶⁵

Nesse horizonte, também é conveniente tecer considerações sobre o controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública.

José Adonis Callou de Araújo Sá, ao refletir sobre essa temática, afirma que o Ministério Público tem buscado a via da ação civil pública para defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tendo como causa de pedir a alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, com pedido de condenação em obrigação de fazer ou não fazer como decorrência da declaração incidental de inconstitucionalidade de ato normativo. Prossegue o referido jurista esclarecendo que, nas ações civis públicas em que a causa de pedir está atrelada à alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, o objeto continua a ser a defesa dos bens e interesses tutelados na Carta da República e na legislação de regência. A questão da constitucionalidade de lei ou ato normativo não se apresenta como objeto da ação civil pública, mas é posta como prejudicial à decisão de mérito proferida em relação ao caso concreto examinado.¹⁶⁶

Para o Pretório Excelso, é possível a utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, não sendo objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Se a propositura da ação civil pública objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, tornar-se-á lícito promover, *incidenter tantum*, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público. Somente restará

Inadmissibilidade. Pedido prejudicado. Agravo improvido. Aplicação da Súmula 266. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.”

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 41.

¹⁶⁶ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 127-128.

afastada a possibilidade do exercício da ação civil pública quando o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.¹⁶⁷

De outra parte, deve-se atentar ao fato de que não é permitida a utilização de ação civil pública como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade. Se a decisão do juiz ou tribunal em sede de ação civil pública, declarando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em face da Constituição, gerar efeitos *erga omnes*, haverá usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, que é o único tribunal revestido da condição de guardião da Carta da República.¹⁶⁸

O Ministro Maurício Corrêa, ao apreciar a Rcl 554/MG, negou seguimento ao pedido, por considerar que se tratava de defesa de direitos individuais homogêneos (art. 81, inciso III, da Lei n. 8.078/90) e que, assim, os efeitos do *decisum* alcançariam apenas os mutuários do sistema financeiro de habitação. Todavia, ressaltou que “situação diversa ocorreria se a ação civil pública estivesse preordenada a defender direitos difusos e coletivos (incisos I e II do citado art. 81), quando, então, a decisão teria efeito ‘*erga omnes*’, na acepção usual da expressão e, aí sim, teria os mesmos efeitos de uma ação direta, pois alçaria todos, partes ou não, na relação processual estabelecida na ação civil.”¹⁶⁹

Em suma, em sede de ação civil pública, a decisão que declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo deve gerar efeitos apenas entre as

¹⁶⁷ *Informativo STF* n. 212, 27 de novembro a 1º de dezembro de 2000 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo212.htm>>. Acesso em: 11/03/2010. Artigo: Ação Civil Pública e Controle Difuso – Rcl 1.733/SP – Relator Ministro Celso de Mello. “Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. – O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina (...).”

¹⁶⁸ Rcl 2.224/SP – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 26/10/2005 – DJU: 10/02/2006 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Reclamação: procedência: usurpação da competência do STF (CF, art. 102, I, a). Ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos ‘*erga omnes*’ não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal.”

¹⁶⁹ A íntegra da decisão do Ministro Maurício Corrêa está disponível no site do Supremo Tribunal Federal. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?>>>. Acesso em: 11/03/2010).

partes envolvidas e em relação ao caso concreto apreciado, sem amplitude *erga omnes*.¹⁷⁰

4.3 NATUREZA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

No controle por via incidental, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei não é o objeto da causa. A parte postula no processo o reconhecimento de seu direito, que, entretanto, é afetado pela norma cuja validade se questiona. O órgão judicial, ao decidir sobre o direito posto em debate, precisará formar um juízo preliminar da constitucionalidade ou não da norma, antes de adentrar ao mérito. Daí porque a questão constitucional figura como questão prejudicial, porquanto ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário para a solução do mérito da causa.¹⁷¹

De outra margem, no controle por via principal, o juízo acerca da constitucionalidade é o próprio objeto da ação, a questão principal a ser solucionada. Nesse modelo de controle, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma fiscalização abstrata das leis e atos normativos do Poder Público frente à Constituição. Decide-se especificamente sobre a validade das leis e atos normativos e, por conseguinte, sobre sua permanência ou não no sistema.¹⁷²

¹⁷⁰ Rcl 602/SP – Relator Ministro Ilmar Galvão – Julgamento: 03/09/1997 – DJU: 14/02/2003 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11/03/2010. “Ementa: EMENTA: RECLAMAÇÃO. DECISÃO QUE, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONDENOU INSTITUIÇÃO BANCÁRIA A COMPLEMENTAR OS RENDIMENTOS DE CADERNETA DE POUPANÇA DE SEUS CORRENTISTAS, COM BASE EM ÍNDICE ATÉ ENTÃO VIGENTE, APÓS AFASTAR A APLICAÇÃO DA NORMA QUE O HAVIA REDUZIDO, POR CONSIDERÁ-LA INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PREVISTA NO ART. 102, I, A, DA CF. Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle ‘in abstracto’ de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da reclamação.”

¹⁷¹ Luís Roberto Barroso menciona o seguinte exemplo: “suponha-se que um Município haja instituído um tributo sem observância do princípio da legalidade, e que um contribuinte se tenha recusado a pagá-lo. A autoridade municipal irá, então, autuá-lo, inscrever a dívida e instaurar um processo de execução de seu crédito tributário. O contribuinte, em sua defesa, poderá oferecer embargos de devedor, argumentando que a cobrança é fundada em lei inconstitucional. O objeto da ação de embargos é determinar se o tributo é devido ou não. Todavia, para formar sua convicção, o julgador terá de decidir, previamente, se a lei que criou o tributo é ou não constitucional. Esta é a questão prejudicial que subordina o raciocínio que ele precisa desenvolver. Estabelecida a premissa lógica da decisão, ele julgará o mérito, condenando o contribuinte ao pagamento ou exonerando-o de fazê-lo, consoante tenha considerado a lei válida ou inválida” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 81-82).

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 134; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 151.

Como bem anota Bernardo Pimentel Souza, “enquanto no controle concentrado a questão constitucional é discutida *‘principaliter’* já perante o órgão colegiado máximo do tribunal (pleno ou órgão especial), no difuso o controle da constitucionalidade é feito ‘incidentalmente’, configurando a questão verdadeira ‘prejudicial’”.¹⁷³

4.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

4.4.1 Generalidades

A ação direta de inconstitucionalidade, também conhecida como ação genérica, tem sua origem na Emenda Constitucional n. 16/65,¹⁷⁴ como uma representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República ao Supremo Tribunal Federal.¹⁷⁵

Atualmente, o artigo 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição da República¹⁷⁶ preconiza que compete ao Supremo Tribunal Federal, originariamente, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Cuida-se de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade destinada à defesa genérica de normas constitucionais, sempre que houver violação por alguma lei ou ato normativo do Poder Público. O Supremo Tribunal Federal, ao proceder à fiscalização abstrata, examina se a lei ou ato normativo impugnado contraria ou não uma norma constitucional.

¹⁷³ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos recursos constitucionais: recursos ordinário, extraordinário e especial*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 29.

¹⁷⁴ Relativamente à alteração introduzida pela EC n. 16/65, Paulo Bonavides aduz que “uma profunda mudança introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, alargou o âmbito material do controle por via de ação. (...) A via de ação tomou, em consequência, um perfil definido: toda lei de nosso ordenamento jurídico, a partir da aplicação do novo dispositivo constitucional, poderia ser objeto de um exame de constitucionalidade, mediante uma ação direta ou específica, destinada exclusivamente a liquidar o ponto controverso. A lei em tese, abstratamente, desvinculada da via incidental, era passível, portanto, de verificação de constitucionalidade, sendo competente para o exercício dessa ação o Procurador-Geral da República” (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 298).

¹⁷⁵ Luís Roberto Barroso reproduz a dicção da EC n. 16/65, que deu nova redação à alínea *k* do artigo 101, I, da Constituição Federal de 1946: “Art. 101. Ao Supremo Tribunal compete: I – processar e julgar originariamente: *k*) a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República” (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 136).

¹⁷⁶ “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”.

Calha acentuar que a Corte Suprema assentou o entendimento de que, para fins de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos na ação declaratória de constitucionalidade e na ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade e a segunda traz pretensão negativa. Assim, ambas são espécies de fiscalização que traduzem manifestação definitiva do Excelso Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal.¹⁷⁷

É relevante assinalar que não há partes confrontantes e nem lide, pois a finalidade da ação em comento não é a composição de conflitos de interesses, mas sim tem por escopo resolver a suposta incompatibilidade vertical entre uma lei ou ato normativo e uma norma da Constitucional, sempre visando à garantia da supremacia constitucional.¹⁷⁸

Outro ponto a observar é que o processo tem natureza objetiva¹⁷⁹ e apenas sob o aspecto formal pode-se referir à existência de partes.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Rcl-AgR 1.880/SP – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 07/11/2002 – DJU: 19/03/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9.868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade, a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ‘*ad causam*’ de todos que comprovam prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8.038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1162-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido.”

¹⁷⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 163.

¹⁷⁹ Para Zeno Veloso, “O controle concentrado se realiza através de um processo ‘objetivo’, para usar a expressão da doutrina alemã. Só o fato de estar vigorando uma lei que contraria a Constituição, afrontando o postulado da hierarquia constitucional, representa uma anomalia alarmante, um fator de insegurança, que fere, profundamente, a ordem jurídica, desestabilizando o sistema normativo, reclamando providência expedita e drástica, para a eliminação do preceito violador. E isto se faz, independentemente de qualquer ofensa ou lesão a direito individual. No caso, é o interesse público que fala mais alto. O princípio da supremacia da Constituição é que é o valor supremo, que precisa ser defendido e resguardado, a todo poder que se possa.” (*Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999. p. 67-68).

¹⁸⁰ Clèmerson Merlin Clève esclarece que “Cuidando-se de processo objetivo, na ação direta de inconstitucionalidade não há lide nem partes (salvo num sentido formal), posto incorrerem

Nas precisas palavras de J. J. Gomes Canotilho,

“Relacionado com o controlo concentrado e principal, o ‘controlo abstracto’ significa que a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controlo abstracto de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a defesa da constituição e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de actos normativos contrários à constituição. Dado que se trata de um ‘processo objectivo’, a legitimidade para solicitar este controle é geralmente reservada a um número restrito de entidades.”¹⁸¹

Para o Supremo Tribunal Federal, o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual não há litígio atinente a situações concretas ou individuais.¹⁸²

Releva registrar, também, que a Máxima Corte tem firmado o entendimento de que só pode atuar como legislador negativo, paralisando a eficácia de uma norma já existente, e não como legislador positivo, visto que a inovação do sistema

interesses concretos em jogo. Por essa razão, os princípios constitucionais do processo (leia-se: do processo subjetivo) não podem ser aplicadas ao processo objetivo sem apurada dose de cautela” (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 143-145).

¹⁸¹

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 900.

¹⁸²

Rcl-MC-QC 397-3/RJ – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 25/11/1992 – DJU: 25/05/1993 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: RECLAMAÇÃO – GARANTIA DA AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXCEPCIONALIDADE DO SEU CABIMENTO – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA – PEDIDO NÃO CONHECIDO. O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais. (...)”. ADI-MC-AgR 1.254/RJ – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 14/08/1996 – DJU: 19/09/1997 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO – INCLUSÃO DE ENTIDADE PRIVADA NO POLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL – INADMISSIBILIDADE – TUTELA DE SITUAÇÕES SUBJETIVAS E INDIVIDUAIS – INCOMPATIBILIDADE COM A NATUREZA ABSTRATA DO CONTROLE NORMATIVO – FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – AGRAVO IMPROVIDO – ENTIDADES PRIVADAS NÃO PODEM FIGURAR NO POLO PASSIVO DO PROCESSO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. O círculo de sujeitos processuais legitimados a intervir na ação direta de inconstitucionalidade revela-se extremamente limitado, pois nela só podem atuar aqueles agentes ou instituições referidos no art. 103 da Constituição, além dos órgãos de que emanaram os atos normativos questionados. A tutela jurisdicional de situações individuais – uma vez suscitada controvérsia de índole constitucional – há de ser obtida na via de controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de legítimo interesse (CPC, art. 3º) (...)”

normativo, em caráter inaugural, constitui função típica do Poder Legislativo.¹⁸³ Em suma, a Alta Corte já assentou que, nas hipóteses de controle de constitucionalidade, não é dado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo, mas apenas como legislador negativo.¹⁸⁴

No que respeita ao prazo para propositura da ação direta, Clèmerson Merlin Clève é categórico no sentido de que ela pode, a partir da publicação do ato impugnado, ser ajuizada a qualquer tempo, visto que, no ordenamento jurídico brasileiro, o vício da inconstitucionalidade é imprescritível.¹⁸⁵

¹⁸³ ADI-MC 1.063/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 18/05/1994 – *DJU*: 27/04/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI N. 8.713/93 – PROCESSO ELEITORAL DE 1994 – SUSPENSÃO SELETIVA DE EXPRESSÕES CONSTANTES DA NORMA LEGAL – CONSEQUENTE ALTERAÇÃO DO SENTIDO DA LEI – IMPOSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO – DEFINIÇÃO LEGAL DO ÓRGÃO PARTIDÁRIO COMPETENTE PARA EFEITO DE RECUSA DA CANDIDATURA NATA (ART. 8º, § 1º) – INGERÊNCIA INDEVIDA NA ESFERA DE AUTONOMIA PARTIDÁRIA – A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS – SIGNIFICADO – FILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DOMICÍLIO ELEITORAL (ART. 9º) – PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE – MATÉRIA A SER VEICULADA MEDIANTE LEI ORDINÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE E HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE – ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO ‘*SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW*’ – CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. (...) O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador.(...)”. ADI-AgR 2.554/DF – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 16/05/2002 – *DJU*: 13/09/2002 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO – MATÉRIA JÁ APRECIADA PELO TRIBUNAL – SUPERVENIÊNCIA DA LEI 10.034/00 – QUESTÃO ‘DE LEGE FERENDA’ – FUNÇÃO DE LEGISLADOR POSITIVO DE QUE NÃO SE REVESTE O PODER JUDICIÁRIO. (...) 5. O controle da constitucionalidade das leis não atribui ao Poder Judiciário funções de legislador positivo. Agravo não provido.” No mesmo sentido, a ADI 1.822/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 26/06/1998 – *DJU*: 10/12/1999 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009

¹⁸⁴ RE-AgR 493.234/RS – Relator Ministro Ricardo Lewandowski – Julgamento: 27/11/2007 – *DJU*: 19/12/2007 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14/03/2010. “Ementa: EMENTA: TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. EXTENSÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO APENAS A EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. I – Não é dado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo, mas apenas como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade. II – Impossibilidade de extensão, às demais empresas, do prazo concedido pela Lei 8.620/93 às empresas públicas e sociedades de economia mista para parcelamento de débitos previdenciários. III – Agravo regimental improvido.”

¹⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 232.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino anotam que não há prazo prescricional ou decadencial para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, existindo, porém, dois limites temporais implícitos para essa impugnação. Em primeiro lugar, só é admissível a impugnação de leis ou atos normativos expedidos após 05/10/1988, de vez que o direito pré-constitucional não pode ser objeto da ação em referência. Assim, por exemplo, uma lei de 1987 não poderá ser alvo de ação direta, por ter sido editada durante a vigência de Constituição anterior. Em segundo lugar, as leis e os atos normativos só podem ser questionados em ação direta durante o seu período de vigência, pois a sua ulterior revogação faz com que a ação direta resulte prejudicada, por perda de objeto.¹⁸⁶

Diversamente, defendendo que há prazo prescricional a ser observado em face do princípio da segurança das relações jurídicas, Luís Roberto Barroso pondera que há duas situações distintas a serem consideradas. É possível acontecer de uma lei estar em vigor há um longo período e apresentar inconstitucionalidade recente, superveniente ao seu nascimento, por conta de mutações constitucionais decorrentes de alterações significativas na situação de fato subjacente ou de modificações verificadas no próprio sistema jurídico. A outra situação é a da lei originariamente inconstitucional e, nesse caso, se o fundamento do pedido remonta ao momento do ingresso da lei no ordenamento jurídico, há de se sustentar a prescritibilidade da pretensão, aplicando-se o maior prazo prescricional ordinário adotado pela legislação.¹⁸⁷

Do ponto de vista do mencionado constitucionalista, a imprescritibilidade é situação excepcional e o fato de inexistir norma específica dispondo sobre prazo para o ajuizamento da ação direta não lhe confere a nota de imprescritibilidade.¹⁸⁸ Portanto, cabe ao intérprete buscar no sistema normativo, por meio da interpretação extensiva ou por analogia, o prazo aplicável a cada caso.¹⁸⁹

¹⁸⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 80-83.

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 189. O mencionado jurista faz referência ao artigo 205 do Código Civil de 2002: “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 190.

¹⁸⁹ No texto intitulado “A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei n. 9.873/99”, Luís Roberto Barroso assevera que “em qualquer dos campos do direito, a prescrição tem como fundamento lógico o princípio geral da segurança das relações jurídicas e, como tal, é a regra, sendo a imprescritibilidade situação excepcional. A própria Constituição Federal de 1988 tratou do tema para prever as únicas hipóteses em que se admite a imprescritibilidade, garantindo, em sua sistemática, o princípio geral da perda da pretensão pelo decurso do tempo. (...) O fato de não haver uma norma dispondo especificamente acerca do prazo prescricional, em

A Suprema Corte vem entendendo que o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não está sujeito à observância de prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, pois atos inconstitucionais não se convalidam pelo mero decurso do tempo.¹⁹⁰

4.4.2 Competência

A teor do artigo 102, inciso I, alínea a, da Carta da República,¹⁹¹ ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Por sua vez, à vista do modelo federativo brasileiro, a competência para o exercício da jurisdição constitucional concentrada de leis estaduais ou municipais, tendo como parâmetro a Constituição do Estado-membro, é do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Nos termos do artigo 125, § 2º, da Constituição da República,¹⁹² os Estados estão autorizados a instituir representação¹⁹³ de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

determinada hipótese, não confere a qualquer pretensão a nota da imprescritibilidade. Cabe ao intérprete buscar no sistema normativo, em regra através da interpretação extensiva ou da analogia, o prazo aplicável” (In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I, p. 499-501).

¹⁹⁰ ADI-MC 1.247/PA – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 17/08/1995 – DJU: 08/09/1995 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INEXISTÊNCIA DE PRAZO DECADENCIAL – ICMS – CONCESSÃO DE ISENÇÃO E DE OUTROS BENEFÍCIOS FISCAIS, INDEPENDENTEMENTE DE PREVIA DELIBERAÇÃO DOS DEMAIS ESTADOS-MEMBROS E DO DISTRITO FEDERAL – LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DO ESTADO-MEMBRO EM TEMA DE ICMS (CF, ART. 155, 2º, XII, “G”) – NORMA LEGAL QUE VEICULA INADMISSIVEL DELEGAÇÃO LEGISLATIVA EXTERNA AO GOVERNADOR DO ESTADO – PRECEDENTES DO STF – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM PARTE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E PRAZO DECADENCIAL: O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não está sujeito a observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, eis que atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo. Súmula 360. Precedentes do STF (...).

¹⁹¹ “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;”

¹⁹² “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...) § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

¹⁹³ No sentir de Kildare Gonçalves Carvalho, há utilização imprópria do termo “representação”, uma vez que se trata de verdadeira ação direta de inconstitucionalidade (*Direito constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo*, cit., p. 435).

Impõe-se observar, nesse horizonte, que não se admite que os Tribunais de Justiça procedam ao julgamento, em controle abstrato, da constitucionalidade de lei federal contestada em face da Constituição Estadual, ou de lei estadual ou municipal em face da Constituição Federal.¹⁹⁴

Se houver simultâneo ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade no âmbito federal e no âmbito estadual, ou seja, perante o Supremo Tribunal Federal e perante o Tribunal de Justiça, cujo objeto seja lei ou ato normativo estadual, diferenciando-se apenas o paradigma (no primeiro caso a Constituição Federal e, no outro, a Constituição Estadual), a decisão que vier a ser proferida pelo Supremo Tribunal vinculará o Tribunal de Justiça, não ocorrendo, porém, o contrário. Assim, havendo tramitação concomitante e paralela de duas ações, e sendo a norma estadual impugnada mera reprodução da Constituição Federal,¹⁹⁵ tem-se concluído pela suspensão do processo na esfera estadual.¹⁹⁶

¹⁹⁴ ADI 347/SP – Relator Ministro Joaquim Barbosa – Julgamento: 20/09/2006 – DJU: 20/10/2006 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ART. 74, XI – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE LEI OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCEDÊNCIA. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes e depois de 1988, no sentido de que não cabe a Tribunais de Justiça Estaduais exercer o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Precedentes. Inconstitucionalidade do art. 74, XI, da Constituição do Estado de São Paulo. Pedido julgado procedente.” Há outros precedentes jurisprudenciais: ADI 409/RS – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 13/03/2002 – DJU: 26/04/2002 e ADI-MC 409/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 06/12/1990 – DJU: 15/03/1991 – Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009.

¹⁹⁵ Segundo Clèmerson Merlin Clève, há normas constitucionais compulsoriamente reproduzidas pelo Estado-membro e outras que, mesmo figurando na esfera da autonomia estadual, repetem dispositivo constante da Carta da República. Em princípio, apenas as primeiras poderiam dar ensejo, no caso de deficiente interpretação, à interposição do recurso extraordinário. As segundas, sendo estritamente normas constitucionais de estatura estadual, serviriam de parâmetro definitivo e único para a apreciação da validade dos atos normativos e das leis estaduais (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 404).

¹⁹⁶ ADI-MC 1.423 – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 20/06/1996 – DJU: 20/11/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PEDIDO DE LIMINAR – LEI N. 9.332, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1995, DO ESTADO DE SÃO PAULO. Rejeição das preliminares de litispendência e de continência, porquanto, quando tramitam paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça local e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal, conforme sustentou o relator da presente ação direta de inconstitucionalidade em voto que proferiu, em pedido de vista, na Reclamação 425. Ocorrência, no caso, de relevância da fundamentação jurídica do autor, bem como de conveniência da concessão da cautelar. Suspenso o curso da ação direta de inconstitucionalidade n. 31.819 proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, defere-se o pedido de liminar para suspender, ‘*ex nunc*’ e até decisão final, a eficácia da Lei n. 9.332, de 27 de dezembro de 1995, do Estado de São Paulo.”

Na hipótese de lei ou ato normativo municipal contrariar disposição da Constituição Estadual, de observância obrigatória de dispositivo da Constituição Federal, a Corte Suprema tem decidido que cabe a representação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro, ressalvando, porém, a possibilidade de manejo de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual contrariar o sentido e o alcance da Carta da República.¹⁹⁷

Outrossim, quando se trata de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, existem, no Brasil, duas formas de proceder ao controle de constitucionalidade, ou seja, pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental ou pela via do controle difuso, exercido *incidenter tantum*, no caso concreto, por todos os órgãos do Poder Judiciário.¹⁹⁸ Nesse particular, a Máxima Corte fixou orientação de que as leis municipais que ferem a Lei Maior não podem ser impugnadas por meio de ação direta, cabendo, nesse caso, o controle difuso.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Rcl 383/SP – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 11/06/1992 – DJU: 21/05/1993 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: RECLAMAÇÃO COM FUNDAMENTO NA PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA QUAL SE IMPUGNA LEI MUNICIPAL SOB A ALEGAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS ESTADUAIS QUE REPRODUZEM DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS FEDERAIS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELOS ESTADOS – EFICÁCIA JURÍDICA DESSES DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS ESTADUAIS – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS-MEMBROS. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.”

¹⁹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 130.

¹⁹⁹ Rcl 337/DF – Relator Ministro Paulo Brossard – Julgamento: 18/08/1994 – DJU: 19/12/1994 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: RECLAMAÇÃO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – COMPETÊNCIA – AJUIZAMENTO PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL – LEI MUNICIPAL – INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ARGUIÇÃO ‘IN ABSTRATO’, POR MEIO DE AÇÃO DIRETA, PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. O nosso sistema constitucional não admite o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal; nem mesmo perante o Supremo Tribunal Federal que tem, como competência precípua, a sua guarda, art. 102. O único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso, exercido ‘*incidenter tantum*’, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto. Hipótese excepcional de controle concentrado de lei municipal. Alegação de ofensa à norma constitucional estadual que reproduz dispositivo constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados. Competência do Tribunal de Justiça estadual, com possibilidade de recurso extraordinário para o STF. Precedentes RCL 383-SP e REMC 161.390-AL. Reclamação julgada procedente para cassar a decisão cautelar do Tribunal de Justiça do Estado, exorbitante de sua competência e ofensiva a jurisdição desta Corte, como guardiã primacial da Constituição Federal. Art. 102, ‘*caput*’, I, ‘*e*’, da CF.”

Relativamente ao controle concentrado de lei ou ato normativo distrital em face da Constituição Federal, deve-se ter em conta que, nos termos do artigo 32 da Carta Política,²⁰⁰ o Distrito Federal possui as competências administrativas e legislativas cumuladas dos Estados e dos Municípios.²⁰¹

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal concluiu ser admissível, e de sua própria competência, a ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo do Distrito Federal, desde que no exercício de competência estadual, que contrariar a Constituição Federal. De outra margem, tratando-se de lei ou ato normativo distrital no exercício de competência municipal, não será possível o controle concentrado, por equivaler à arguição de uma lei municipal em face da Constituição da República.²⁰²

4.4.3 Legitimação ativa e passiva

Tecnicamente, na ação direta de inconstitucionalidade não há partes, haja vista que não se discutem situações individuais e concretas no âmbito do controle abstrato de normas, mormente em virtude do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.²⁰³

²⁰⁰ “Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios (...).”

²⁰¹ Excetuando-se o art. 22, XVII, da CF, *ipsis verbis*: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I ‘*usque*’ XVI (...) XVII – organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes; XVIII ‘*usque*’ XXIX (...).”

²⁰² Súmula STF 642: “Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal.” ADI 611/DF – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 06/11/1992 – DJU: 11/12/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: I – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: OBJETO: LEI DO DISTRITO FEDERAL FUNDADA EM COMPETÊNCIA MUNICIPAL: DESCABIMENTO. O Distrito Federal, ao qual se vedou dividir-se em Municípios (CF, art. 32), é entidade federativa que acumula as competências reservadas pela Constituição aos Estados e aos Municípios (CF, art. 32, par. 1): dada a inexistência de controle abstrato de normas municipais em face da Constituição da República, segue-se o descabimento de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja ato normativo editado pelo Distrito Federal, no exercício de competência que a Lei Fundamental reserva aos Municípios, qual a de disciplina e polícia do parcelamento do solo urbano. (...).”

²⁰³ Alexandre Sormani esclarece que “Não existem partes no sentido tradicional, pois não há a defesa de interesses próprios e pessoais. O requerente da ação direta veicula o interesse da sociedade (difuso) e o requerido é aquele que produziu o ato normativo questionado, não sendo titular de uma resistência a uma pretensão (subjéctiva) de alguém.” (*Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: uma visão crítica da Lei n. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 97-98).

De qualquer modo, tornou-se de uso corrente a terminologia “legitimação ativa e passiva” na ação direta de inconstitucionalidade.

4.4.3.1 Legitimação ativa

A Constituição Federal de 1988 ampliou o rol de autoridades, órgãos e entidades legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade,²⁰⁴ inserindo a legitimação concorrente.²⁰⁵

No sistema vigente à época das Constituições de 1946 (Emenda n. 16, de 1965) e de 1967/69, a deflagração do controle concentrado era privativa do Procurador-Geral da República.²⁰⁶

Consoante dicção do artigo 103 da Carta de 1988, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O constituinte da Carta de 1988 assegurou ao Procurador-Geral da República o direito de propor a ação direta, porém, desta vez, entre outros diversos órgãos ou entes legitimados.

Revelando sua impressão sobre a ampliação da legitimação e outorga do direito de propositura da ação direta a diferentes órgãos da sociedade, Gilmar Mendes conclui que o constituinte pretendeu robustecer “o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento ‘de correção’ do sistema geral incidente.”²⁰⁷

²⁰⁴ Sobre a repercussão prática da ampliação da legitimação ativa da ação direta de inconstitucionalidade, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino comentam que “Essa nova realidade propiciou um aumento significativo do número de ações diretas propostas perante o Supremo Tribunal Federal, o que vem dificultando o trabalho dessa Corte Constitucional que, já sabemos, além de atuar no controle abstrato de normas, funciona como instância de revisão no âmbito do controle difuso, no qual decide, definitivamente, sobre os diversos casos concretos submetidos à sua consideração, por meio da interposição do chamado recurso extraordinário” (*Controle de constitucionalidade*, cit., p. 71).

²⁰⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 731.

²⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 82-86.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 87.

Conquanto a Constituição de 1988 não tenha estabelecido distinção entre os legitimados ativos quanto ao interesse de agir, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os diferenciou ao longo dos anos, exigindo de certos legitimados a demonstração da denominada “pertinência temática”, que, nas elucidativas palavras de Alexandre de Moraes, é “definida como o requisito objetivo da ‘relação de pertinência’ entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação.”²⁰⁸

Nessa esteira, à luz da jurisprudência da Suprema Corte, há dois grupos distintos de legitimados:

- a) Os universais, que são aqueles que estão autorizados à defesa da Constituição em face do papel institucional de que se revestem, podendo impugnar qualquer matéria em ação direta de inconstitucionalidade. Entre os chamados legitimados universais estão o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional.
- b) Os especiais, que são aqueles que somente poderão impugnar e questionar, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, matérias em relação às quais comprovem o seu interesse de agir, isto é, a existência de relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções ou atividades exercidas pelo órgão ou entidade. São considerados legitimados especiais o Governador do Estado ou do Distrito Federal,²⁰⁹ Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional.

Ao Presidente da República é permitido impugnar atos legislativos que tenham sido promulgados mediante a derrubada de seu veto²¹⁰ (art. 66, § 1º a § 7º, da CF).²¹¹ Pode, ainda, suscitar o controle de constitucionalidade mesmo que tenha

²⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 731.

²⁰⁹ A EC n. 45/2004 deu nova redação aos incisos IV e V do art. 103 da Constituição da República, incluindo o Governador do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal no rol dos legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 141.

²¹¹ “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará,

participado diretamente do processo de elaboração da lei, mediante iniciativa ou sanção.²¹²

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal têm legitimação universal e são distintas da Mesa do Congresso Nacional, que, frise-se, não figura entre os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.²¹³

O Conselho Federal da OAB e o partido político com representação no Congresso Nacional detêm legitimação irrestrita e universal, consoante jurisprudência do Tribunal Excelso.²¹⁴ A Corte vem entendendo que a aferição de

dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto. § 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. § 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.”

²¹² Luís Roberto Barroso observa que, nos dias hodiernos, não prevalece o entendimento manifestado na Súmula 5 do STF: “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.” A Suprema Corte consagrou a tese de que a sanção não tem o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade formal, conforme corrobora, ad exemplum, a decisão proferida na ADI-MC 1.070/MS, de relatoria do Ministro Celso de Mello (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 141). ADI-MC 1.070/MS – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 23/11/1994 – DJU: 15/09/1995 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DEFENSORIA PÚBLICA – REMUNERAÇÃO – PISO REMUNERATÓRIO NÃO INFERIOR A SETE (7) VEZES O MENOR VENCIMENTO DA TABELA DO PODER EXECUTIVO – VINCULAÇÃO REMUNERATÓRIA CONSTITUCIONALMENTE VEDADA – NORMA LEGAL RESULTANTE DE EMENDA PARLAMENTAR – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL (CF, ART. 63, I) E MATERIAL (CF, ART. 37, XIII) – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – ‘PERICULUM IN MORA’ CARACTERIZADO – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (...) USURPAÇÃO DE INICIATIVA E SANÇÃO EXECUTIVA: A sanção a projeto de lei que veicule norma resultante de emenda parlamentar aprovada com transgressão à cláusula inscrita no art. 63, I, da Carta Federal não tem o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade formal, eis que a só vontade do Chefe do Executivo – ainda que deste seja a prerrogativa institucional usurpada – revela-se juridicamente insuficiente para convalidar o defeito radical oriundo do descumprimento da Constituição da República. Precedentes (...)”

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 142; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 734.

²¹⁴ ADI 3/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 07/02/1992 – DJU: 18/09/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETO NS. 94042 E 94233, DE, RESPECTIVAMENTE, 18/02/87 E 15/04/87, ATACADOS EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1/69. Proposta a presente ação em 12/10/88, quando já estava em vigor a atual Constituição, tem o requerente legitimação para propô-la, em face do disposto no inciso VII do artigo 103 da Carta Magna. Por outro lado, em se tratando do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sua colocação no elenco que se encontra no mencionado artigo, e que a distingue das demais entidades de classe de âmbito nacional, deve ser interpretada como feita para lhe permitir, na defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição Federal, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação; independe do requisito da pertinência entre o seu

legitimidade do partido político deve ser levada a efeito no momento da propositura da ação, sendo irrelevante a superveniente perda de representação parlamentar.²¹⁵ E, nesse ponto, há que se observar que o diretório regional e a executiva regional não representam, nacionalmente, o Partido Político, senão nos limites de sua atuação estadual.²¹⁶

Noutro giro, a Mesa da Assembleia Legislativa e a Câmara Legislativa do Distrito Federal figuram entre os legitimados especiais e, à vista disso, poderão propor ação direta de inconstitucionalidade se demonstrarem a relação de pertinência entre a norma impugnada e a competência da casa legislativa ou do Estado do qual são elas o órgão representativo.²¹⁷

conteúdo e o interesse dos advogados como tais de que a Ordem é entidade de classe.” ADI-MC 1096/RS – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 16/03/1995 – *DJU*: 22/09/1995 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PARTIDO POLÍTICO – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – INEXIGIBILIDADE – LEGITIMIDADE ATIVA AMPLA DAS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE (...). Os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional acham-se incluídos, para efeito de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, no rol daqueles que possuem legitimação ativa universal, gozando, em consequência, da ampla prerrogativa de impugnarem qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material (...).”

²¹⁵ ADI-AgR 2.618/PR – Relator Ministro Carlos Velloso – Julgamento: 12/08/2004 – *DJU*: 31/03/2006 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: 1. Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Partido político. 3. Legitimidade ativa. Aferição no momento de sua propositura. 4. Perda superveniente de representação parlamentar. Não desqualificação para permanecer no polo ativo da relação processual. 5. Objetividade e indisponibilidade da ação. 6. Agravo provido.”

²¹⁶ ADI-MC 610/PI – Relator Ministro Néri da Silveira – Julgamento: 24/10/1991 – *DJU*: 07/02/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Falta legitimidade ativa ao Diretório Regional ou à Executiva Regional de Partido Político, com representação no Congresso Nacional, para propor ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal. A disposição do inciso VIII, do art. 103, da Constituição, pressupõe procedimento do Diretório Nacional do Partido Político, com representação no Congresso Nacional. O órgão regional não representa o Partido Político, senão nos limites de sua atuação estadual. Ação de que não se conhece, por ilegitimidade ativa da requerente, Executiva Regional do Piauí, de Partido Político. Pedido de cautelar prejudicado.” No mesmo sentido, a ADI-QO 2.547/SE – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 25/10/2001 – *DJU*: 01/02/2002 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009.

²¹⁷ ADI-MC 1.307/DF – Relator Ministro Francisco Rezek – Julgamento: 19/12/1995 – *DJU*: 24/05/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MESA DE ASSEMBLEIA LEGISLATIVA – FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA – NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO. Na hipótese não há vínculo objetivo de pertinência entre o conteúdo material das normas impugnadas – crédito rural – e a competência ou os interesses da Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul. Vale a jurisprudência do Supremo que entende necessária, para alguns dos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, a relação de pertinência temática. Ação direta não conhecida.”

Os Governadores de Estado e do Distrito Federal também são considerados legitimados especiais e, portanto, para iniciarem o processo de controle concentrado de constitucionalidade, estão sujeitos à comprovação de existência de relação de pertinência entre a norma questionada e os interesses que a eles tocam legitimamente tutelar.²¹⁸

Relativamente às entidades de classe de âmbito nacional, diversos pontos controvertidos foram levados à apreciação da Alta Corte, dentre os quais se destacam a caracterização do que seja entidade de âmbito nacional, a noção de classe e a composição das entidades. Consoante jurisprudência da Suprema Corte, para a entidade ser reconhecida como de caráter nacional, exige-se que possua filiados em pelo menos nove Estados da Federação, sendo que esses filiados devem estar vinculados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional.²¹⁹ Por fim, a entidade de classe de âmbito nacional pode ser constituída por associações estaduais cujo objetivo seja a defesa de uma mesma categoria

²¹⁸ ADI 2.656/SP – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 08/05/2003 – DJU: 01/08/2003 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI PAULISTA – PROIBIÇÃO DE IMPORTAÇÃO, EXTRAÇÃO, BENEFICIAMENTO, COMERCIALIZAÇÃO, FABRICAÇÃO E INSTALAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO QUALQUER TIPO DE AMIANTO – GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS – LEGITIMIDADE ATIVA – INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista, com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade do Governador de Goiás para iniciar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e pertinência temática (...).”

²¹⁹ ADI 108/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 13/04/1992 – DJU: 05/06/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – LEGITIMIDADE ATIVA ‘ad causam’ – ENTIDADE DE CLASSE – NÃO CONFIGURAÇÃO – CARÊNCIA DA AÇÃO. (...) – A composição heterogênea de associação que reúna, em função de explícita previsão estatutária, pessoas vinculadas a categorias radicalmente distintas, atua como elemento descaracterizador de sua representatividade. Não se configuram, em consequência, como entidades de classe aquelas instituições que são integradas por membros vinculados a estratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, revelam-se contrastantes. Falta a essas entidades, na realidade, a presença de um elemento unificador que, fundado na essencial homogeneidade, comunhão e identidade de valores, constitui o fator necessário de conexão, apto a identificar os associados que as compõem como membros efetivamente pertencentes a uma determinada classe. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem consignado, no que concerne ao requisito da espacialidade, que o caráter nacional da entidade de classe não decorre de mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação transregional da instituição, a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação. Trata-se de critério objetivo, fundado na aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que supõe, ordinariamente, atividades econômicas ou profissionais amplamente disseminadas no território nacional. Precedente: ADIn 386.”

social,²²⁰ superando-se o entendimento anterior que exigia que a entidade tivesse como membros os próprios integrantes da classe, sem intermediação de qualquer outro ente que os representasse, composto de pessoas jurídicas (*associação de associações*).²²¹

A Suprema Corte tem exigido que as entidades de classe de âmbito nacional preencham o requisito objetivo da relação de pertinência entre o interesse específico da classe e o ato normativo impugnado na ação direta de inconstitucionalidade,²²² muito embora haja críticas por parte da doutrina.²²³

²²⁰ ADI-AgR 3.153/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 12/08/2004 – DJU: 09/09/2005 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMAÇÃO ATIVA: ‘ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL’: COMPREENSÃO DA ‘ASSOCIAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES’ DE CLASSE: REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. 1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional – como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX) – aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das ‘associações de associações de classe’, de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade.”

²²¹ ADI-QO 79/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 13/04/1992 – DJU: 05/06/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – LEGITIMIDADE ATIVA ‘ad causam’ – ENTIDADE DE CLASSE – NÃO CONFIGURAÇÃO – CARÊNCIA DA AÇÃO. (...) – O Supremo Tribunal Federal tem salientado, em sucessivos pronunciamentos a propósito do tema, que não se qualificam como entidades de classe aquelas que, congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações. Em tais hipóteses, tem-se-lhes negado a qualidade reclamada pelo texto constitucional, pois pessoas jurídicas, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas, não formam classe alguma. Precedentes (...)”

²²² ADI-MC 913/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 18/08/1993 – DJU: 05/05/1995 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. ARTIGO 1º DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03/93, NA PARTE EM QUE ALTERA OS ARTIGOS 102 E 103 DO TEXTO ORIGINAL DA CONSTITUIÇÃO. PEDIDO DE LIMINAR. Já se firmou nesta Corte o entendimento de que as entidades de classe de âmbito nacional para terem legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade tem de preencher o requisito objetivo da relação de pertinência entre o interesse específico da classe, para cuja defesa essas entidades são constituídas, e o ato normativo que é arguido como inconstitucional (...)”

²²³ Gilmar Mendes traça críticas à exigência da relação de pertinência entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical, uma vez que não decorre de expressos termos da Constituição e é estranha à natureza objetiva do processo de controle de normas (*Jurisdição constitucional*, cit., p. 174).

No que pertine às confederações sindicais, o Pretório Excelso não reconhece legitimidade às federações e aos sindicatos nacionais,²²⁴ considerando que as confederações deverão se organizar com um mínimo de três federações,²²⁵ na forma da legislação ordinária.²²⁶ O requisito da pertinência temática é igualmente exigido das confederações sindicais.²²⁷

4.4.3.2 Legitimação passiva

A legitimidade passiva recai sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pelas leis ou pelos atos normativos questionados na ação direta, os quais deverão prestar informações ao relator do processo.

²²⁴ ADI-MC 1.599/União Federal – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 26/02/1998 – *DJU*: 18/05/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 17 DA LEI N. 7.923, DE 12.12.89, ‘CAPUT’ DO ART. 36 DA LEI N. 9.082, DE 25.07.95, ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 3º E ART. 6º DO DECRETO N. 2.028, DE 11.10.96. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS UNIVERSIDADES. PRELIMINAR: ILEGITIMIDADE ATIVA DE FEDERAÇÃO SINDICAL E SINDICATO NACIONAL PARA PROPOR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR DE CONHECIMENTO. 1. Preliminar: legitimidade ‘ad causam’. O Supremo Tribunal Federal, em inúmeros julgamentos, tem entendido que apenas as confederações sindicais têm legitimidade ativa para requerer ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX), excluídas as federações sindicais e os sindicatos nacionais. Precedentes (...)” No mesmo sentido, a ADI 1.953/ES – Relator Ministro Ilmar Galvão – Julgamento: 17/06/99 – *DJU*: 13/08/1999 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009.

²²⁵ ADI-MC 1.121/RS – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 06/09/1995 – *DJU*: 06/10/1995 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONFEDERAÇÃO SINDICAL – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA QUESTÃO DO REGISTRO SINDICAL – SIGNIFICADO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 03/94 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO – AÇÃO DIRETA AJUIZADA EM MOMENTO ANTERIOR AO DA VIGÊNCIA DESSA INSTRUÇÃO NORMATIVA (ART. 9º) – CONFEDERAÇÃO SINDICAL QUE NÃO OBSERVA A REGRA INSCRITA NO ART. 535 DA CLT – NORMA LEGAL QUE FOI RECEBIDA PELA CF/88 – ENTIDADE QUE PODE CONGREGAR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E OUTRAS INSTITUIÇÕES DE CARÁTER CIVIL – DESCARACTERIZAÇÃO COMO ENTIDADE SINDICAL – AÇÃO NÃO CONHECIDA – REGISTRO SINDICAL E LIBERDADE SINDICAL. (...) CONFEDERAÇÃO SINDICAL. MODELO NORMATIVO. O sistema confederativo, peculiar á organização sindical brasileira, foi mantido em seus lineamentos essenciais e em sua estrutura básica pela Constituição promulgada em 1988. A norma inscrita no art. 535 da CLT – que foi integralmente recepcionada pela nova ordem constitucional – impõe, para efeito de configuração jurídico-legal das Confederações sindicais, que estas se organizem com o mínimo de três (3) Federações sindicais. Precedentes (...)”

²²⁶ Consolidação das Leis do Trabalho – CLT: “Art. 535. As Confederações organizar-se-ão com o mínimo de 3 (três) federações e terão sede na Capital da República”.

²²⁷ ADI-MC 1.151/MG – Relator Ministro Marco Aurélio – Julgamento: 11/11/1994 – *DJU*: 19/05/1995 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEGITIMAÇÃO – CONFEDERAÇÃO SINDICAL – PERTINÊNCIA TEMÁTICA. Na ação ajuizada por entidade sindical, perquire-se a legitimação considerada a pertinência temática, ou seja, o entre os objetivos sociais da confederação e o alcance da norma que se pretenda ver fulminada. (...)”

As pessoas jurídicas de direito privado não poderão figurar como parte passiva, uma vez que o controle abstrato tem como objeto a impugnação de atos normativos emanados do Poder Público.²²⁸

Alexandre Sormani sustenta que a figura do requerente sempre existirá, visto que é necessário que alguém ajuíze a ação. Por outro lado, a figura do requerido pode ser eventualmente dispensada, pois é possível a ocorrência de confusão com a figura do requerente, o que justificaria sua inexistência.²²⁹

4.4.4 Processo e julgamento

O processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade estão atualmente disciplinados pela Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

A matéria era anteriormente regulada pela Lei n. 4.337, de 1º de junho de 1964, e Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

No decorrer dos anos foi sendo sedimentada a jurisprudência desenvolvida pelo Pretório Excelso e a Lei n. 9.868/99 veio, na prática, endossar a maior parte das linhas jurisprudenciais firmadas em relação à matéria procedimental.²³⁰

4.4.4.1 Petição inicial

Na ação direta de inconstitucionalidade, cabe ao autor indicar os atos infraconstitucionais tidos como incompatíveis com a Constituição e as normas

²²⁸ ADI-MC 1.434/SP – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 20/08/1996 – DJU: 22/11/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO (ART. 101) – EQUIPARAÇÃO, EM VENCIMENTOS E VANTAGENS, ENTRE PROCURADORES DO ESTADO E PROCURADORES AUTÁRQUICOS – ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 37, XIII; ART. 39, § 1º E ART. 61, § 1º, II, C) – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA COM EFICÁCIA ‘EX NUNC’ – INGRESSO DE SINDICATO COMO LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO EM PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE. – O controle abstrato de constitucionalidade somente pode ter como objeto de impugnação atos normativos emanados do Poder Público. Isso significa, ante a necessária estatalidade dos atos suscetíveis de fiscalização ‘in abstracto’, que a ação direta de inconstitucionalidade só pode ser ajuizada em face de órgãos ou instituições de natureza pública. Entidades meramente privadas, porque destituídas de qualquer coeficiente de estatalidade, não podem figurar como litisconsortes passivos necessários em sede de ação direta de inconstitucionalidade (...)”

²²⁹ Para justificar tal entendimento, Alexandre Sormani menciona o voto do Ministro Moreira Alves no julgamento da ADC 1/DF, *in verbis*: “Assim, por exemplo, se um Governador de Estado impugnar como inconstitucional ato normativo de seu antecessor, caso em que o requerente não pode ser, ao mesmo tempo, o requerido” (*Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade*, cit., p. 98).

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 162.

constitucionais em face das quais estão sendo questionados, com exposição das respectivas razões.²³¹

Nesse passo, vale consignar que, muito embora o Supremo Tribunal Federal esteja vinculado ao pedido, podendo apenas apreciar a constitucionalidade dos dispositivos elencados na inicial, não o está em relação aos fundamentos jurídicos do pedido, ou seja, à causa de pedir.²³² O Pretório Excelso pode declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expendidos pelo autor na exordial.²³³

²³¹ Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino explicitam que o controle abstrato de constitucionalidade encontra-se sujeito ao princípio do pedido, no sentido de que o Poder Judiciário somente pode exercer a fiscalização da validade das leis em abstrato quando provocado (*Controle de constitucionalidade, cit.*, p. 80).

²³² A causa de pedir aberta, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, não significa que o autor esteja dispensado de indicar o fundamento jurídico do pedido para cada dispositivo arrolado na inicial. A parte está obrigada a motivar o pedido e a identificar, na Constituição, em respeito ao princípio da especificação das normas, os dispositivos tidos como violados pelo ato normativo que pretende impugnar, sob pena do não conhecimento, total ou parcial, da ação proposta. (*Controle de constitucionalidade, cit.*, p. 81). De acordo com Judicael Sudário de Pinho, ainda que na petição inicial haja menção a fundamento constitucional irrelevante ou até mesmo errado, a Excelsa Corte não estará impossibilitada de examinar a inconstitucionalidade com espeque em outros fundamentos que sequer foram imaginados pelo legitimado ativo da ação direta. Em suma, o Supremo Tribunal fica condicionado e adstrito ao pedido, mas não à causa de pedir. (Temas de Direito Constitucional e o Supremo Tribunal Federal, p. 97). Nesse diapasão, vale conferir os seguintes julgados do STF: ADI 1.775/RJ – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 06/05/1998 – DJU: 18/05/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO ABSTRATA E GENÉRICA DE LEI COMPLEMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO EXATA DO PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO. 1. Arguição de inconstitucionalidade de lei complementar estadual. Impugnação genérica e abstrata de suas normas. Conhecimento. Impossibilidade. 2. Ausência de indicação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido com suas especificações. Não observância à norma processual. Consequência: inépcia da inicial. Ação direta não conhecida. Prejudicado o pedido de concessão de liminar.” ADI-MC 561/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 23/08/1995 – DJU: 23/03/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – REGULAMENTO DOS SERVIÇOS LIMITADOS DE TELECOMUNICAÇÕES – DECRETO N. 177/91 – ATO DE NATUREZA MERAMENTE REGULAMENTAR – DESCABIMENTO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA – ATO REGULAMENTAR – DESCABIMENTO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DEVER PROCESSUAL DE FUNDAMENTAR A IMPUGNAÇÃO. – O Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte de pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta. Tal circunstância, no entanto, não suprime à parte o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar. Impõe-se ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de não conhecimento da ação direta, indicar as normas de referência – que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de parametricidade – em ordem a viabilizar a aferição da conformidade vertical dos atos normativos infraconstitucionais.”

²³³ ADI-MC 2.396/MS – Relatora Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 26/09/2001 – DJU: 14/12/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: 1. ADIN. Legitimidade ativa de Governador de Estado e pertinência

Cumpra esclarecer, por oportuno, que a regra acima referenciada, de impossibilidade de apreciar a constitucionalidade de dispositivos não impugnados na inicial, não é absoluta. De fato, o Supremo Tribunal tem admitido a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração de outras disposições que o autor não tenha expressamente mencionado na inicial, tendo em conta a conexão ou interdependência com os dispositivos legais especificamente impugnados. A Corte Suprema tem concluído, nessas situações, que não há necessidade de impugnação específica pelo autor, dispositivo por dispositivo, na medida em que o eventual reconhecimento de vício em relação a certos dispositivos conduzirá, por arrastamento, à impossibilidade do aproveitamento dos demais que com eles mantenham conexão.²³⁴

A petição inicial deve conter cópia do ato normativo impugnado e procuração, quando a ação seja subscrita por advogado (art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99).²³⁵

temática. Presente a necessidade de defesa de interesses do Estado, ante a perspectiva de que a lei impugnada venha a importar em fechamento de um mercado consumidor de produtos fabricados em seu território, com prejuízo à geração de empregos, ao desenvolvimento da economia local e à arrecadação tributária estadual, reconhece-se a legitimidade ativa do Governador do Estado para propositura de ADIn. Posição mais abrangente manifestada pelo Min. Sepúlveda Pertence. 2. Caráter interventivo da ação não reconhecido. 3. Justificação de urgência na consideração de prejuízo iminente à atividade produtiva que ocupa todo um município goiano e representa ponderável fonte de arrecadação tributária estadual. 4. ADIN. Cognição aberta. O Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expendidos na inicial (...).”

²³⁴ ADI 1.144/RS – Relator Ministro Eros Grau – Julgamento: 16/08/2006 – *DJU*: 08/09/2006 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.238/94 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. INSTITUIÇÃO DO PROGRAMA ESTADUAL DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, DESTINADO AOS MUNICÍPIOS. CRIAÇÃO DE UM CONSELHO PARA ADMINISTRAR O PROGRAMA. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA ‘E’, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Vício de iniciativa, vez que o projeto de lei foi apresentado por um parlamentar, embora trate de matéria típica de Administração. 2. O texto normativo criou novo órgão na Administração Pública estadual, o Conselho de Administração, composto, entre outros, por dois Secretários de Estado, além de acarretar ônus para o Estado-membro. Afronta ao disposto no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea ‘e’ da Constituição do Brasil. 3. O texto normativo, ao cercear a iniciativa para a elaboração da lei orçamentária, colide com o disposto no artigo 165, inciso III, da Constituição de 1988. 4. A declaração de inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º da lei atacada implica seu esvaziamento. A declaração de inconstitucionalidade dos seus demais preceitos dá-se por arrastamento. 5. Pedido julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 10.238/94 do Estado do Rio Grande do Sul.” Há outros julgados do STF que tratam da inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração, podendo ser citados os seguintes: ADI 3.645/PR – Relatora Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 13/05/2006 – *DJU*: 01/09/2006; ADI 2.797/DF – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 15/09/2005 – *DJU*: 19/12/2006 e ADI 2.895/AL – Relator Ministro Carlos Veloso – Julgamento: 02/02/2005 – *DJU*: 20/05/2005. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009.

²³⁵ “Art. 3º A petição indicará: I – o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; II – o pedido, com

De acordo com a Máxima Corte, o Governador de Estado e demais autoridades e entidades referidas no art. 103, I a VII, da Constituição Federal possuem capacidade processual e capacidade postulatória, por força da própria norma constitucional.²³⁶ Por seu turno, os partidos políticos, as confederações sindicais e entidades de classe necessitam de patrocínio por advogado, com poderes especiais para a propositura da ação e específicos para impugnar a norma objeto do pedido.²³⁷

A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo dessa decisão (art. 4º e parágrafo único).²³⁸

4.4.4.2 Desmembramento da ação direta de inconstitucionalidade

André Ramos Tavares levanta questão interessante acerca do limite objetivo da impugnação em sede de fiscalização abstrata, ou seja, questiona se há limite quanto ao número de leis e dispositivos que podem ser impugnados em uma mesma ação direta.

suas especificações. Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.”

²³⁶ Rcl 1.915/SP – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 04/12/2003 – DJU: 06/02/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15/03/2010. “Ementa: EMENTA: RECLAMAÇÃO. GOVERNADOR DO ESTADO. LEGITIMIDADE ATIVA. PRECATÓRIO. PEDIDO CONTRA ATO FUTURO: INADMISSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. PRETERIÇÃO. SEQUESTRO DE VERBA PÚBLICA. HIPÓTESE DE CABIMENTO DA MEDIDA CONSTRITIVA. 1. Reclamação por descumprimento de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Governador do Estado. Legitimidade ativa para sua proposição, tendo em vista sua capacidade postulatória para o ajuizamento de idêntica ação direta. Precedentes. 2. Reclamação. Existência de ato concreto praticado em desacordo com o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Admissibilidade da ação contra qualquer ato concreto que resulte afronta à competência desta Corte ou à autoridade de suas decisões. Precedente (...).”

²³⁷ ADI-QO 2.187/BA – Relator Ministro Octavio Gallotti – Julgamento: 24/05/2000 – DJU: 12/12/2003 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Parte(s): REQTE.: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT – ADVDOS.: RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E OUTROS ADVDO.: ILDSO RODRIGUES DUARTE. REQDO.: GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA – ADVDOS.: MANUELLA DA SILVA NONÔ E OUTROS. REQDA.: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA. Ementa: É de exigir-se, em ação direta de inconstitucionalidade, a apresentação, pelo proponente, de instrumento de procuração ao advogado subscritor da inicial, com poderes específicos para atacar a norma impugnada.”

²³⁸ “Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.”

Tendo por base o desfecho ocorrido no julgamento na ADI 28 QO/SP, o aludido doutrinador conclui que o desmembramento da ação, quando há número excessivo de leis impugnadas, é medida de conveniência processual, sobretudo para evitar possível tumulto em razão do excesso de participantes.²³⁹

Na ADI 28 QO/SP, o Procurador-Geral da República propôs que a ação fosse desmembrada, haja vista que, embora contasse com identidade de fundamento, tinha por objeto de discussão vinte e uma leis emanadas de vinte e uma unidades da Federação. O Procurador-Geral sustentou não ser plausível a condução processual de uma única ação com excessivo número de leis estaduais, ainda mais em sede de ação direta, que é especial e restritiva.

A Suprema Corte acolheu a proposta do Procurador-Geral e determinou o desmembramento das ações, sob o argumento de que não está a Corte vinculada ao fundamento jurídico apresentado pelo requerente, no caso, a falta da Lei Complementar prevista no art. 146, inciso III, alínea a, da Constituição da República, não bastando esse fator de identidade para justificar a pretendida cumulação.²⁴⁰

4.4.4.3 Impossibilidade de desistência

Proposta a ação direta, não se admitirá desistência, conforme disposição normativa do artigo 5º da Lei n. 9.868/99.²⁴¹

Com efeito, no âmbito do controle abstrato, não se admite a desistência da ação, ou seja, não se aplica o princípio da disposição.

Tendo sido iniciado o processo por um dos legitimados, ele será levado a termo pelo Supremo Tribunal Federal. A impossibilidade de desistência se deve ao fato de que o processo, no controle concentrado, é de natureza objetiva, não se prestando à tutela jurisdicional de situações individuais.²⁴²

²³⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 253.

²⁴⁰ ADI-QO 28/SP – Relator Ministro Octavio Gallotti – Julgamento: 19/09/1991 – DJU: 25/10/1991 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade simultaneamente assestada contra vinte e uma leis, de diferentes Estados, que instituíram o adicional do imposto sobre a renda, previsto no art. 155, II, da Constituição da República. Tendo em vista que, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, não está o Supremo Tribunal vinculado ao fundamento jurídico apresentado pelo Requerente (no caso, a falta da Lei Complementar prevista no art. 146, III, “a” da CF), não basta, este fator de identidade, para justificar a pretendida cumulação. Desmembramento das ações determinado, a requerimento do Procurador-Geral da República.”

²⁴¹ “Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.”

²⁴² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 80.

Segundo Luís Roberto Barroso,²⁴³ o disposto no artigo 5º ratifica jurisprudência antiga da Suprema Corte, segundo a qual “instaurado o processo de controle normativo abstrato perante o STF, não mais assiste ao autor qualquer poder de disposição sobre a ação direta de inconstitucionalidade. Em consequência, não lhe será lícito requerer a desistência da ação direta já ajuizada”.²⁴⁴

4.4.4.4 Atuação do relator e pedido de informações

O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado,²⁴⁵ que deverão prestá-las em trinta dias (art. 6º e parágrafo único, da Lei n. 9.868/99).²⁴⁶

²⁴³ *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 164.

²⁴⁴ ADI 1.971/SP – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 01/08/2001 – DJU: 14/08/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Decisão: A Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas – CNDL, invocando a condição de entidade de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, IX), ajuíza a presente ação direta de inconstitucionalidade impugnando os arts. 2º, 3º e 8º da Lei n. 9.718, de 27 de novembro de 1998. Sustenta-se, na presente ação direta, que as normas legais ora impugnadas ofendem os arts. 146, III, “a”; 154, I e 195, *caput*, I e § 4º, todos da Constituição Federal. A Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas – CNDL formulou pedido de desistência da presente ação direta (fls. 98), que, no entanto, foi por mim indeferido, em decisão assim ementada (fls. 101/104): ‘Ação Direta de Inconstitucionalidade. Pedido de desistência. Impossibilidade. Interesse público. Princípio da indisponibilidade. Postulação indeferida. – Instaurado o processo de controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, não mais assiste ao autor qualquer poder de disposição sobre a ação direta de inconstitucionalidade. Em consequência, não lhe será lícito requerer a desistência de ação direta já ajuizada. Precedentes do STF.’ (ADI 1.971-SP [Medida Cautelar], Rel. Min. CELSO DE MELLO (...))”.

²⁴⁵ Entidades privadas não podem figurar no polo passivo de ação direta de inconstitucionalidade, pois a fiscalização abstrata somente pode ter como objeto de impugnação atos normativos emanados do Poder Público. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: ADI-MC 1.434/SP – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 20/08/1996 – DJU: 22/11/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO (ART. 101) – EQUIPARAÇÃO, EM VENCIMENTOS E VANTAGENS, ENTRE PROCURADORES DO ESTADO E PROCURADORES AUTÁRQUICOS – ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 37, XIII; ART. 39, § 1º E ART. 61, § 1º, II, C) – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA COM EFICÁCIA *EX NUNC*. INGRESSO DE SINDICATO COMO LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO EM PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE. – O controle abstrato de constitucionalidade somente pode ter como objeto de impugnação atos normativos emanados do Poder Público. Isso significa, ante a necessária estatalidade dos atos suscetíveis de fiscalização ‘*in abstracto*’, que a ação direta de inconstitucionalidade só pode ser ajuizada em face de órgãos ou instituições de natureza pública. Entidades meramente privadas, porque destituídas de qualquer coeficiente de estatalidade, não podem figurar como litisconsortes passivos necessários em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: ADIn 575-PI (AgRg), Rel. Min. CELSO DE MELLO; ADIn 1.254-RJ (AgRg), Rel. Min. CELSO DE MELLO (...))”.

²⁴⁶ “Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.”

Decorrido o prazo de informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, devendo, cada qual, manifestar-se no prazo de quinze dias (art. 8º).²⁴⁷

Vencidos os aludidos prazos, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 9º, *caput*).²⁴⁸

Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 9º, § 1º).²⁴⁹

O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição (art. 9º, § 2º).

As medidas que a lei faculta ao relator do processo visam a assegurar a sua completa instrução e garantir o pleno esclarecimento dos elementos presentes nos autos, “tendo em conta não só a relevância de uma decisão proferida pelo STF nessa espécie de ação, mas, também, o fato de que a causa de pedir aberta, característica dos processos do controle abstrato, faz necessária uma ampla análise de todos os elementos relacionados à matéria em apreciação”.²⁵⁰

Consoante lição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, a causa de pedir é aberta no controle concentrado de constitucionalidade e constitui fundamento de impossibilidade de ação rescisória nas ações que o integram. Assim, ao declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei, o Supremo Tribunal

²⁴⁷ “Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.”

²⁴⁸ “Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.”

²⁴⁹ No entender de Luís Roberto Barroso, as inovações contidas no artigo 9º demonstram que restou superada a crença dominante de que a ação direta não comportaria fase probatória em razão do seu caráter estritamente objetivo. Nos dias hodiernos, os fatos, a natureza dos problemas e as consequências das soluções preconizadas apresentam crescente importância na interpretação constitucional (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 165).

²⁵⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 92.

Federal terá analisado a Constituição inteira, e não só os fundamentos invocados na inicial. Logo, não será possível pretender-se nova apreciação da validade de ato normativo já examinado pelo Pretório Excelso, mesmo que o novo pedido apresente fundamentação constitucional integralmente diversa do anterior.²⁵¹

4.4.4.5 Impossibilidade de intervenção de terceiros

O *caput* do artigo 7º da Lei n. 9.868/99 dispõe, com clareza hialina, que não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.²⁵²

As figuras jurídicas de intervenção de terceiros (oposição, nomeação à autoria, denúncia da lide, etc.) estão disciplinadas no Código de Processo Civil.

É curial enfatizar que o processo de ação direta de inconstitucionalidade é de natureza objetiva, no qual inexistem propriamente partes e direitos subjetivos a ser tutelados, de modo que, por consequência, não cabe a intervenção de terceiros,²⁵³ tal como ocorre nos processos tipicamente subjetivos.²⁵⁴

Nessa seara, vale reproduzir o preciso comentário de Cássio Scarpinella Bueno:

“A expressão ‘processo objetivo’ é, em geral, associada à noção de que o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, não ‘julga’ nenhum interesse ou direito subjetivado, isto é, concretizado em uma específica relação jurídica que dá ensejo, por definição, ao nascimento de pretensões concretas. É nesse sentido que, usualmente, se veda a intervenção de terceiros naquelas ações, já que não há qualquer ‘interesse’ ou ‘direito’ pertencente individual e exclusivamente a quem quer que seja que possa ser usufruído diretamente a partir daquilo que é julgado.”²⁵⁵

²⁵¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 81-82.

²⁵² “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.”

²⁵³ Conforme elucidativa lição de Cândido Rangel Dinamarco, “Intervenção de terceiros é o ingresso de um sujeito em processo pendente entre outros, como parte. Quando isso acontece amplia-se subjetivamente a relação jurídica processual, que além dos sujeitos parciais mínimos (um autor e um réu) passa a ter outros. Como são várias as modalidades de intervenção de terceiros no processo civil, cada uma delas correspondendo a uma específica posição do terceiro em relação ao litígio, são também diferentes as posições que este vem a ocupar na relação processual ao intervir. Poderá ser réu, em litisconsórcio passivo com o réu originário, o que acontece no chamamento ao processo (arts. 77-80). Será autor, em litisconsórcio com os que já estavam no processo, em consequência da intervenção litisconsorcial voluntária. Também será autor em face das partes originárias, se formular oposição (arts. 56-61) etc.” (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. II, p. 365-366).

²⁵⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 84-85.

²⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *‘Amicus curiae’ no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 135-136.

A impossibilidade de intervenção de terceiros, na forma e termos regulados pelo Código de Processo Civil, não se confunde com a possibilidade de intervenção de *amicus curiae*.²⁵⁶

4.4.4.6 Admissibilidade de *amicus curiae*

O artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99²⁵⁷ prevê a figura do *amicus curiae*, contemplando a possibilidade de determinados órgãos ou entidades se manifestarem sobre a matéria alvo da ação direta, em caso de relevância da discussão e de representatividade dos postulantes.²⁵⁸

Conquanto não chegue a conferir caráter contraditório ao processo, a instituição do *amicus curiae* propicia a participação de setores organizados da sociedade, tornando mais democrático e pluralista o controle abstrato no Brasil.

Ademais, não se pode perder de vista que no controle concentrado há causa de pedir aberta²⁵⁹ e, assim, a participação do *amicus curiae* reveste-se de patente importância, visto que permite à Alta Corte o conhecimento das posições jurídicas e

²⁵⁶ Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá explicita que *amicus curiae* significa “amigo da corte” e que, em todas suas possíveis formas, agirá imediatamente em benefício da própria corte, conquanto possa, mediadamente, buscar a satisfação de um interesse próprio ou de terceiro. Relativamente à previsão contida no artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, só é possível se admitir a intervenção voluntária de ‘outros órgãos ou entidades’, sendo que quaisquer outras pessoas, tais como professores, ‘experts’, etc., não estão autorizadas a manifestar-se voluntariamente com fundamento nesse dispositivo. Diferentemente ocorre quanto à hipótese em que há manifestação por iniciativa do relator (‘*Amicus curiae*’: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008. p. 82-84).

²⁵⁷ “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 1º (vetado). § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

²⁵⁸ Cássio Scarpinella Bueno, ao comentar os requisitos para o ingresso do *amicus curiae*, afirma que por relevância da matéria deve ser entendida a necessidade concreta sentida pelo relator de que sejam trazidos aos autos outros elementos para a formação do seu convencimento. Tal relevância deve ser “indicativa da necessidade ou, quando menos, da conveniência de um diálogo entre a norma questionada e os valores dispersos pela sociedade civil ou, até mesmo, com outros entes governamentais.” Quanto à questão da representatividade do postulante, o supracitado jurista entende que “terá ‘representatividade adequada’ toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou de direito privado, que conseguir demonstrar que tem um específico ‘interesse institucional’ na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional. Meros interesses corporativos, que dizem respeito apenas à própria entidade que reclama seu ingresso em juízo, não são suficientes para sua admissão na qualidade de ‘*amicus curiae*.’” (‘*Amicus curiae*’ no processo civil brasileiro, cit., p. 139-147).

²⁵⁹ A Suprema Corte, ao apreciar o pedido na ação direta de inconstitucionalidade, não se cinge aos fundamentos e argumentos expendidos na inicial, devendo apreciar todos os aspectos relevantes para a verificação da compatibilidade entre a norma impugnada e a Constituição Federal.

o acesso a todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia.²⁶⁰

Superando o entendimento inicial de que a manifestação deveria ser apenas por escrito, o Supremo Tribunal Federal fixou novo posicionamento, admitindo a possibilidade excepcional de sustentação oral pelo *amicus curiae*.²⁶¹

A manifestação do *amicus curiae* pode ocorrer após o encerramento do prazo de informações,²⁶² todavia não pode ser admitida quando já estiver em curso o julgamento.²⁶³

²⁶⁰ ADI-MC 2.321/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 25/10/2000 – DJU: 10/06/2005 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – RESOLUÇÃO EMANADA NO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – (...) – MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA – FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO – INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DO IMPEDIMENTO E DA SUSPEIÇÃO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (QUE ATUOU NO TSE) NO JULGAMENTO DE AÇÃO DIRETA AJUIZADA EM FACE DE ATO EMANADO DAQUELA ALTA CORTE ELEITORAL. (...) PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO ‘AMICUS CURIAE’: UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. (...) A intervenção do ‘amicus curiae’, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do ‘amicus curiae’ no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade (...)”.

²⁶¹ ADI-QO 2.777/SP – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – *Informativo STF* n. 349 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo349.htm>>. Acesso em: 14/11/2009. O Ministro Sepúlveda Pertence, revendo seu posicionamento inicial, passou a admitir a sustentação oral dos amici curiae, consignando, inclusive, que cabia ao Tribunal criar uma fórmula regimental que a discipline, em especial, para as hipóteses em que sejam muitos os admitidos à discussão da causa.

²⁶² Na ADI 1.104/DF, DJU 29/10/2003, o Ministro Gilmar Mendes reconsiderou decisão anterior, admitindo a manifestação da Companhia Energética de Brasília na condição de *amicus curiae*, mesmo após encerrado o prazo das informações. “Decisão: Não obstante a plausibilidade da interpretação adotada na decisão de fl. 73, no sentido de que o prazo das informações seria o marco para a abertura procedimental prevista no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868, de 1999, cabe reconhecer que a leitura sistemática deste diploma legal remete o intérprete a uma perspectiva pluralista do controle abstrato de normas. Assim, consideradas as circunstâncias do caso concreto, reconsidero a decisão de fl. 73, para admitir a manifestação da Companhia Energética de Brasília, que intervirá no feito na condição de ‘amicus curiae’. Fixo o prazo de cinco dias para a manifestação. Após o registro, na autuação, do nome da interessada e de seus patronos, publique-se. Brasília, 21 de outubro de 2003. Ministro Gilmar Mendes Relator.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14/11/2009.

²⁶³ Na ADI 1.842/RJ, DJU 06/03/2006, o Ministro Joaquim Barbosa indeferiu o pedido de inclusão do Estado da Bahia no feito como *amicus curiae*, fundamentando a sua decisão nos seguintes termos: “Decisão: (...) Decido. O pedido é extemporâneo. Com efeito, no caso, já foi lançado relatório e proferido o voto do ministro relator Maurício Corrêa. O pedido deveria ocorrer antes do início do julgamento e perante o relator da causa. A sequência de artigos em que inserido o

Outro ponto fundamental a ser ressaltado é que o *amicus curiae* não tem direito a formular pedido ou de aditar o pedido já delimitado pelo autor da ação,²⁶⁴ bem como não pode interpor recursos ou impugnações.²⁶⁵

4.4.4.7 Atuação do Advogado-geral da União

O artigo 103, § 3º, da Constituição Federal preconiza que, ao apreciar a inconstitucionalidade de ato normativo em tese, o Supremo Tribunal deverá citar, previamente, o Advogado-Geral da União para defender o ato ou texto impugnado.²⁶⁶

Nos dizeres de Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins, o Advogado-Geral da União “ostenta um ‘dever de fidelidade à Constituição’ e, por conseguinte, o exercício de seu ‘munus’ orienta-se igualmente por esse dever fundamental.”²⁶⁷

dispositivo que autoriza o ingresso de ‘amici curiae’ (art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999) deixa evidente que pedidos nesse sentido devem ser formulados antes do início do julgamento do feito, até mesmo com o fim de permitir aos ‘amici curiae’ a prática de atos como a sustentação oral. Ante o exposto, indefiro o pedido formulado.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14/11/2009.

²⁶⁴ Na ADI 1.362/MG, DJU 15/09/2006, ao apreciar pedido de medida cautelar formulado pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG, o Ministro Gilmar Mendes enfatizou que “o ‘*amicus curiae*’, uma vez admitido seu ingresso no processo objetivo, tem direito a ter seus argumentos apreciados pelo Tribunal, inclusive com direito a sustentação oral (Emenda Regimental n. 15, de 30 de março de 2004, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), mas não tem direito a formular pedido ou de aditar o pedido já delimitado pelo autor da ação (...)” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009.

²⁶⁵ ADI-ED 3.105/DF – Relator Ministro Cezar Peluso – Julgamento: 02/02/2007 – DJU: 23/02/2007 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI. ‘AMICUS CURIAE’. RECURSO. LEGITIMIDADE OU LEGITIMAÇÃO RECURSAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 7º, § 2º, DA LEI 9.868/99. ‘*Amicus curiae*’ não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, salvo da que o não admita como tal no processo.” Nesse quadrante, nada obstante a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, é oportuno registrar que, no sentir de Gustavo Binbenbujm, cabe o direito de recorrer ao *amicus curiae*, pois “não há razão para que possa apresentar seus argumentos, por escrito e oralmente, perante o Tribunal e, como desdobramento lógico, não possa se insurgir contra a decisão, por meio dos recursos cabíveis. Pode, assim, o ‘*amicus curiae*’ utilizar-se do agravo regimental contra decisões interlocutórias do relator, bem como dos embargos de declaração contra os acórdãos cautelares e de mérito. Ademais, no plano do controle abstrato estadual, poderá o ‘*amicus curiae*’ valer-se dos recursos especial e extraordinário, conforme seja o caso de cabimento de um ou outro” (*A nova jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 164).

²⁶⁶ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I ‘*usque*’ IX – (...) § 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.”

²⁶⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 256.

Para Clèmerson Merlin Clève, o legislador constituinte não foi inteiramente feliz no tocante à redação do artigo 103, § 3º, da Constituição, por conta de que, nesse particular, não se revelam compatíveis as atividades exercidas pelo Advogado-Geral da União na representação judicial da União e na consultoria jurídica do Poder Executivo, cumulado com o papel de curador da norma impugnada no controle concentrado de constitucionalidade. O autor menciona, por exemplo, situação em que uma lei é reconhecida como inconstitucional em parecer oferecido pelo Advogado-Geral da União, a fim de justificar a sua inaplicabilidade pelo Poder Executivo. Menciona, também, hipótese em que uma norma legal é atacada pelo próprio Presidente da República e hipótese em que uma lei estadual dispõe sobre matéria de competência da União. Em todos esses casos, ainda que antes, no exercício de atividade consultiva, o Advogado-Geral da União tenha se pronunciado pela inconstitucionalidade da norma legal, deverá ele defender a constitucionalidade do ato impugnado em sede de ação direta, o que demonstra a posição difícil na qual remanesce o Advogado-Geral da União ao acumular as atividades acima referenciadas.²⁶⁸

No julgamento da ADI 97 QO-RO e ADI 72 QO-ES, o Supremo Tribunal firmou entendimento de que, por atuar como curador especial da norma infraconstitucional, o Advogado-Geral da União está impedido de manifestar-se contrariamente a ela. Concluiu, também, que não há contradição entre o exercício da função normal do Advogado da União, nos termos do *caput* do artigo 131 da Carta Magna, e o da defesa de norma ou ato inquinado como inconstitucional, quando funciona como curador especial, tendo em vista o princípio da presunção de constitucionalidade das normas.²⁶⁹

²⁶⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 181-182.

²⁶⁹ ADI-QO 97/RO – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 22/11/1989 – DJU: 30/03/1990 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14/03/2010. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. EXGESE DO PARAGRAFO 3º DO ARTIGO 103 DA CONSTITUIÇÃO. – Compete ao Advogado-Geral da União, em ação direta de inconstitucionalidade, a defesa da norma legal ou ato normativo impugnado, independentemente de sua natureza federal ou estadual. – Não existe contradição entre o exercício da função normal do Advogado da União, fixada no ‘*caput*’ do artigo 131 da Carta Magna, e o da defesa de norma ou ato inquinado, em tese, como inconstitucional, quando funciona como curador especial, por causa do princípio da presunção de sua constitucionalidade. Questão de ordem que se decide no sentido da devolução dos autos a Procuradoria-Geral da República, para que apresente a defesa das normas estaduais impugnadas.” ADI-QO 72/ES – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 22/03/1990 – DJU: 25/05/1990 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14/03/2010. “Ementa: AÇÃO

Na ADI 1.254 AgR/RJ,²⁷⁰ a Corte Máxima consignou que, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação direta, ao Advogado-Geral da União cabe a função eminentemente defensiva, e não a função fiscalizadora, que está a cargo do Procurador-Geral da República.²⁷¹

Em decisão proferida na ADI 3.522/RS, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Alta Corte declarou que, a teor da norma imperativa do § 3º do artigo 103 da Constituição Federal, ao Advogado-Geral da União cabe a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe sendo permitida a emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade.²⁷²

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADOGADO-GERAL DA UNIÃO: INDECLINABILIDADE DA DEFESA DA LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO (CF, ART. 103, PAR. 3º). Erigido curador da presunção da constitucionalidade da lei, ao Advogado-Geral da União, ou quem lhe faça as vezes, não cabe admitir a invalidez da norma impugnada, incumbindo-lhe sim, para satisfazer requisitos de validade do processo da ação direta, promover-lhe a defesa, veiculando os argumentos disponíveis.”

²⁷⁰ ADI-AgR 1.254/RJ – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 14/08/1996 – DJU: 19/09/1997 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14/03/2010. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO – INCLUSÃO DE ENTIDADE PRIVADA NO POLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL – INADMISSIBILIDADE – TUTELA DE SITUAÇÕES SUBJETIVAS E INDIVIDUAIS – INCOMPATIBILIDADE COM A NATUREZA ABSTRATA DO CONTROLE NORMATIVO – FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO ADOGADO-GERAL DA UNIÃO – AGRAVO IMPROVIDO ENTIDADES PRIVADAS NÃO PODEM FIGURAR NO POLO PASSIVO DO PROCESSO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO ADOGADO-GERAL DA UNIÃO – A função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é eminentemente defensiva. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República. Atuando como verdadeiro curador (defensor legis) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito, positivo, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do ‘munus’ indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República. Precedentes.”

²⁷¹ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I ‘usque’ IX – (...) § 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.”

²⁷² ADI 3.522/RS – Relator Ministro Marco Aurélio – Julgamento: 24/11/2005 – DJU: 12/05/2006 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14/03/2010. “Ementa: PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 da Constituição Federal, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade (...)”.

Excepcionalmente, o Pretório Excelso já reconheceu, conforme se verifica na ADI 1.616/PE,²⁷³ que, havendo precedente da Corte pela inconstitucionalidade do ato impugnado, o Chefe da Advocacia-Geral da União não está obrigado a exercer a sua função constitucional de curador especial, pois, do contrário, implicaria admitir a existência de um “Advogado da Inconstitucionalidade”.²⁷⁴

Nessa esteira, não obstante a jurisprudência ora colacionada, é oportuno assinalar que há notícia de que o Advogado-Geral da União manifestou-se pela inconstitucionalidade da norma atacada na ADI 3.082/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Tal ação foi proposta pelo Ministério Público Federal para reconhecimento da inconstitucionalidade do item 6 da Instrução Normativa n. 07, do Tribunal Superior do Trabalho, por impedir a inscrição de portador de deficiência física em concurso público, quando este necessitar de auxílio permanente de uma outra pessoa para realização da prova. Em sua manifestação, sustentou o Advogado-Geral da União que a instrução normativa impugnada é violadora do inciso XXXI do artigo 7º da Constituição, bem como é contrária aos princípios da igualdade e da dignidade humana.²⁷⁵

²⁷³ ADI 1.616/PE – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 24/05/2001 – DJU: 24/08/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.522, DE 11.10.96. ALTERAÇÃO DO ARTIGO 38 DA LEI N. 8.112/90. SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E CHEFIA OU DE NATUREZA ESPECIAL. REEDIÇÕES DE MEDIDA PROVISÓRIA FORA DO PRAZO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL PARA DISPOR SOBRE OS EFEITOS JURÍDICOS DAÍ DECORRENTES. RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 62, ‘CAPUT’ E PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. DEFESA DO ATO IMPUGNADO DE QUE EXISTEM PRECEDENTES DO STF. POSSIBILIDADE. (...) 4. O ‘munus’ a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional a Resolução Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, tomada na Sessão Administrativa de 30 de abril de 1997.”

²⁷⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*, cit., p. 257-258.

²⁷⁵ Luís Roberto Barroso menciona o caso da ADI 3.082/DF em sua obra *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 139-140. Além disso, a notícia da manifestação do Advogado-Geral da União na ADI 3.082/DF também foi veiculada na internet, estando disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://proc.direito2.com.br/agu/2004/jun/28/agu_entrega_manifestacao_no_stf_para_defender_direitos>. (Acessado em: 14/03/2010). No site do STF não há menção à ADI 3.082/DF. Porém, em consulta ao relatório do grupo de trabalho da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão/MPF (abril/2005), disponibilizado na internet, pode-se verificar o acompanhamento conferido ao caso pelo Ministério Público Federal, in verbis: “2.6.4 – PA 1.34.001.000155/2004-34 – Pessoa com deficiência. Acompanhamento de ADIN referente à instrução Normativa n.º 7 do TST que contém ofensa ao direito de acesso ao trabalho, através de concurso público: o GT concordou com o arquivamento de fls. 36 e 37, bem como sugeriu fossem enviadas cópias das fls. 30-33 (of. n. 778/04/CONADE em resposta ao of.

4.4.4.8 Atuação do Procurador-geral da República

O Procurador-Geral da República possui relevante participação no processo das ações diretas de inconstitucionalidade, porquanto é um dos legitimados para a sua propositura e porque deverá ser previamente ouvido nas ações de jurisdição concentrada, consoante deflui do artigo 103, inciso VI e § 1º, da Lei Fundamental de 1988.²⁷⁶

Segundo o Supremo Tribunal, o Procurador-Geral da República, ao ajuizar a ação direta, deve assumir todos os encargos inerentes à posição de quem faz instaurar o processo de fiscalização abstrata, deduzindo pedido de declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado.²⁷⁷

Por seu turno, ao atuar nos termos do art. 103, § 1º, da Carta, o Chefe do Ministério Público da União procede à fiscalização da Constituição, defendendo o ordenamento constitucional contra as leis com ele incompatíveis. A sua manifestação é imprescindível e obrigatória, porém, seu parecer, tanto pela

n. 17155/MPF/PR/SP – Instrução Normativa n. 07/96 do TST) ao Ministro Sepúlveda Pertence (STF) e ao TST, cópias de fls. 08 e 09 (ADIM em face do item 6, Instrução Normativa n. 07 do TST), 30 – 33 e 38 e verso (informação do Assessor Cláudio Dias referente ao acompanhamento da ADI 3082, 40-42(cópia daADI n. 3082).” O aludido relatório está disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/inclusao-pessoas-deficiencia/docs_atas/memoria3.pdf>. Acessado em: 14/03/2010.

²⁷⁶ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I ‘*usque*’ V (...) VI – o Procurador-Geral da República; VII ‘*usque*’ IX (...) § 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.”

²⁷⁷ ADI-MC 2.321/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 25/10/2000 – DJU: 10/06/2005 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – RESOLUÇÃO EMANADA NO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – (...) – MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA – FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO – INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DO IMPEDIMENTO E DA SUSPEIÇÃO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (QUE ATUOU NO TSE) NO JULGAMENTO DE AÇÃO DIRETA AJUIZADA EM FACE DE ATO EMANADO DAQUELA ALTA CORTE ELEITORAL. (...)O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, QUANDO AJUIZAR AÇÃO DIRETA, DEVE ASSUMIR TODOS OS ENCARGOS INERENTES À POSIÇÃO DE QUEM FAZ INSTAURAR O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA, DEDUZINDO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO IMPUGNADO. Incumbe, ao Procurador-Geral da República, quando ajuizar a ação direta, o dever de assumir todos os encargos inerentes à posição de quem faz instaurar o processo de fiscalização normativa abstrata, inclusive aquele que se refere à obrigação de pedir a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado. Encargo processual atendido, na espécie, pelo Chefe do Ministério Público da União. O Procurador-Geral da República não mais pode, ante a pluralização dos sujeitos processuais ativamente legitimados ao exercício da ação direta (CF, art. 103), limitar-se ao mero encaminhamento formal de representações que lhe venham a ser dirigidas, incumbindo-lhe assumir – como se impõe, de ordinário, a qualquer autor – a posição de órgão impugnante da espécie normativa por ele questionada, deduzindo, sem qualquer ambiguidade, pretensão ao reconhecimento da inconstitucionalidade das leis e atos estatais cuja validade jurídica conteste em sede de controle concentrado (...).”

procedência como pela improcedência da ação, tem natureza meramente opinativa, de sorte que não vincula a Alta Corte. Por conseguinte, ainda que o Procurador-Geral da República opine pela improcedência da ação, o Tribunal poderá dar prosseguimento ao julgamento.²⁷⁸

4.4.5 Medida cautelar

A possibilidade de pedido de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade está expressamente prevista no artigo 102, inciso I, alínea p, da Constituição de 1988.²⁷⁹

Como bem observa Guilherme Peña de Moraes, a natureza jurídica da medida liminar é a de pronunciamento de tutela antecipada,²⁸⁰ haja vista que o seu objeto é a antecipação dos efeitos práticos da decisão de procedência concedida no processo de controle de constitucionalidade abstrato, com base em juízo de probabilidade.²⁸¹

O provimento liminar suspende, até o julgamento definitivo, a eficácia do preceito normativo objeto da ação direta, o que acarreta, por conseguinte, a retomada da aplicabilidade das normas anteriores acaso existentes.

Se a procedência da ação implicar declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, caberá a utilização da técnica de concessão da liminar para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal.²⁸²

²⁷⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 89-91.

²⁷⁹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) ‘*usque*’ o (...) p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;”

²⁸⁰ Acerca da distinção de tutela antecipatória e tutela cautelar, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart anotam que a “tutela antecipatória confere antecipadamente aquilo que é buscado através do pedido formulado na ação de conhecimento, enquanto que na tutela cautelar há apenas a concessão de medidas que, diante de uma situação objetiva de perigo, procuram assegurar a frutuosidade do provimento da ação chamada de principal” (*Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 202). Na obra *Antecipação da tutela* (10. ed. São Paulo: RT, 2008), Luiz Guilherme Marinoni explicita que a tutela cautelar não tem conteúdo satisfativo, ao contrário da tutela antecipatória (p. 102-109). No mesmo rumo, vale apreciar as lições de Teori Albino Zavascki (*Antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58-59); MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002. p. 413-419; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 7. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 331-332.

²⁸¹ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional. Teoria da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 216.

²⁸² ADI-MC 491/AM – Relator: Ministro Moreira Alves – Julgamento: 13/06/1991 – DJU: 25/10/1991 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. – Ocorrência, no caso, da relevância jurídica e do ‘*periculum in mora*’, com relação a ambos os dispositivos impugnados. – Sucede, porém, que a inconstitucionalidade arguida quanto ao parágrafo único

Para a concessão da medida cautelar, o Pretório Excelso verifica se estão presentes os requisitos de *fumus boni juris* (fumaça do bom direito), atinente à plausibilidade jurídica da tese exposta, e *periculum in mora* (perigo da demora), concernente à possibilidade de prejuízo em razão do retardamento da decisão postulada.²⁸³

Há julgados da Suprema Corte que se referem à relevância do pedido, englobando a fumaça do bom direito e o risco de se manter o ato normativo com plena eficácia,²⁸⁴ e à conveniência da medida, envolvendo a ponderação entre o proveito e o ônus da suspensão provisória.²⁸⁵

do artigo 86 da Constituição do Estado do Amazonas visa apenas à extensão, que ele determina, implicitamente, que se faça ao Ministério Público, do inciso V do artigo 64 da mesma Carta Magna. Implicitamente, porque essa extensão decorre dos termos "IV a XIII" que integram a remissão feita pelo primeiro desses dispositivos. – No caso, portanto, como não se pode suspender a eficácia de qualquer expressão do dispositivo impugnado, pois este não alude ao inciso V do artigo 64 senão implicitamente por meio da expressão abrangente ("IV a XIII"), impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar 'para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal', que, se feita, abarcaria normas autônomas, e, portanto, cindíveis, que não são atacadas como inconstitucionais. Pedido de liminar deferido, em parte, para suspender, *ex nunc*, a eficácia do artigo 9. da Lei n. 1946, de 14.3.90, do Estado do Amazonas, bem como para suspender, sem redução da letra de seu texto, a aplicação do parágrafo único do artigo 86 da Constituição do mesmo Estado, no que concerne a remissão ao inciso V do artigo 64 dela também constante."

²⁸³ ADI-MC 96/RO – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 18/10/1989 – DJU: 10/11/1989 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. "Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Nova constituição do Estado de Rondônia. Remuneração da magistratura e do Ministério Público locais. Pedido de medida liminar indeferimento. A suspensão liminar da eficácia e execução de leis e atos normativos, inclusive preceitos inscritos em constituições estaduais, cuja validade jurídica é questionada em face da Carta Federal, mediante adequada instauração do controle jurisdicional concentrado, traduz provimento cautelar, de caráter excepcional, cujo deferimento pressupõe a necessária e cumulativa satisfação de certos requisitos, que se expressam (a) na plausibilidade jurídica da tese exposta (*'fumus boni juris'*), (b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*'periculum in mora'*), (c) na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados e (d) na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão. Precedentes desta corte. A excepcionalidade da medida cautelar incidente nas ações diretas de inconstitucionalidade deve ser considerada como um expressivo fator limitativo de sua concessão. A questão da presunção *'juris tantum'* de constitucionalidade dos atos estatais. Doutrina e jurisprudência. A inocorrência dos pressupostos legitimadores da concessão desse provimento liminar só deve conduzir a uma consequência única: o indeferimento da medida cautelar. a necessidade da *'interpositio legislatoris'* – mediação do legislador ordinário para conferir normatividade plena e aplicabilidade integral aos preceitos questionados da Constituição estadual – afasta a possibilidade de configuração do *'periculum in mora'*, que se torna ainda mais distante, na medida em que o Governador do Estado – autor da presente ação direta – e um co-partícipe necessário do processo de formação das leis locais, inclusive daquelas cujo poder de iniciativa tenha sido deferido, com exclusividade, ao Tribunal de Justiça e ao Chefe do Ministério Público daquela unidade da Federação. Liminar indeferida."

²⁸⁴ ADI-MC 400/DF – Relator: Ministro Carlos Velloso – Julgamento: 22/11/1990 – DJU: 08/02/1991 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. "Ementa: Demanda direta de inconstitucionalidade-liminar. A concessão da liminar pressupõe a relevância do pedido que decorre do concurso do sinal de bom direito e do risco de preservar-se, com plena eficácia, o quadro legal. Ministério Público estadual – iniciativa de lei. Em

De acordo com a Máxima Corte, o tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza o reconhecimento da situação configuradora do *periculum in mora*, inviabilizando a concessão da medida cautelar postulada.²⁸⁶

²⁸⁵ primeiro exame não conflita com a Constituição Federal preceito de lei básica estadual que revela caber ao Ministério Público a iniciativa de lei, satisfeitos os requisitos estabelecidos na própria Carta.” ADI-MC 834/MT – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 11/02/1993 – DJU: 02/04/1993 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETO LEGISLATIVO ESTADUAL QUE SUSTOU CONCORRÊNCIA INSTAURADA PELO PODER PÚBLICO – ATO MATERIALMENTE ADMINISTRATIVO – INVIABILIDADE DE SEU EXAME EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA QUANTO AO ARTIGO 1º DO DECRETO LEGISLATIVO N. 2.841/92 – ATO IMPUGNADO QUE TAMBÉM DEFINE CRIME DE RESPONSABILIDADE – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA RECONHECIDA – JUÍZO POSITIVO DE CONVENIENCIA – SUSPENSÃO DE EFICACIA DO ART. 2º DO DECRETO LEGISLATIVO N. 2.841/92 DO ESTADO DE MATO GROSSO – PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO. – Decreto legislativo que susta a realização de licitação pública convocada pelo Estado não se impregna de essência normativa. Ainda que incorporado a texto de espécie jurídica formalmente legislativa, esse ato – precisamente porque seu conteúdo veicula determinação materialmente administrativa – não se expõe a jurisdição constitucional de controle ‘in abstracto’ do Supremo Tribunal Federal. – Decreto legislativo, ainda que emanado da União Federal, não se qualifica como instrumento juridicamente idôneo a tipificação de crimes de responsabilidade. O tratamento normativo dos crimes de responsabilidade ou infrações político-administrativas exige, impõe e reclama, para efeito de sua definição típica, a edição de lei especial. Trata-se de matéria que se submete, sem quaisquer exceções, ao princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal. – A suspensão cautelar da eficácia de preceito normativo pode ter por fundamento razões de conveniência ditadas pela necessidade de preservar a incolumidade da ordem política local e de manter, no plano jurídico-institucional, a harmonia e a independência entre os Poderes Executivo e Legislativo do Estado-membro.”

²⁸⁶ ADI-MC 534/DF – Relator: Ministro Celso de Mello – Julgamento: 27/06/1991 – DJU: 08/04/1994 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: EMENTA: ADIN – LEI N. 8.024/90 – PLANO COLLOR – BLOQUEIO DOS CRUZADOS – AUSÊNCIA DO *PERICULUM IN MORA* – LIMINAR INDEFERIDA. – O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza – não obstante o relevo jurídico da tese deduzida – o reconhecimento da situação configuradora do ‘*periculum in mora*’, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada. – Votos vencidos dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), PAULO BROSSARD e NÉRI DA SILVEIRA, que ordenavam a liberação imediata dos cruzados bloqueados, por entenderem que a salvaguarda do padrão monetário não justifica o desrespeito, pelo Estado, de princípios inscritos na Constituição da Republica: “O poder normativo reconhecido a União Federal para atuar, legislativamente, sobre a disciplina da moeda, quer para adaptar o volume dos meios de pagamento as reais necessidades da economia nacional, quer para regular o seu valor intrínseco, prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários (...), quer para impedir situações de anormalidade e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais, não dispensa e nem exonera o Estado, na formulação e na execução de sua política econômico-financeira, inclusive monetária, de observar e de respeitar os limites impostos pela Constituição” (Ministro CELSO DE MELLO, Relator).

O indeferimento do pedido cautelar não tem efeito vinculante,²⁸⁷ porém a sua concessão deve suspender o julgamento de qualquer processo em andamento perante o Supremo Tribunal, até posterior decisão final na ação direta de inconstitucionalidade.²⁸⁸ Há, também, julgados no sentido de que a mesma medida deve ser adotada em relação aos processos em tramitação perante outros órgãos judiciais, quando envolverem aplicação de lei cuja vigência tenha sido suspensa.²⁸⁹ Já houve precedente em que foi deferida liminar em reclamação contra decisão de Tribunal estadual que desconsiderou medida cautelar concedida em ação direta.²⁹⁰

²⁸⁷ No caso de indeferimento de medida cautelar, não cabe, perante a Alta Corte, reclamação contra a decisão de juiz de primeiro grau que deixou de aplicar a lei impugnada, por entendê-la inconstitucional. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado: Rcl-MC-QO 2.063/RJ – Relatora: Ministra Ellen Gracie – Relator para acórdão: Maurício Corrêa – Julgamento: 05/06/2002 – DJU: 05/09/2003 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL. QUESTÃO DE ORDEM: INVIABILIDADE. 2. A reclamação, instituto de natureza processual, tem contornos estritos e específicos, e por isso destina-se somente à correção de desvio na relação da causa, que desrespeite ou negue a autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal. 3. Declaração de constitucionalidade de lei ou preceito normativo. Impropriedade da medida adotada. Reclamação não conhecida.”

²⁸⁸ RE-QO 168.277/RS – Relator: Ministro Ilmar Galvão – Julgamento: 04/02/1998 – DJU: 29/05/1998 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO FUNDADO NO ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI GAÚCHA N. 9.117/90, CUJA EFICÁCIA FOI SUSPENSA PELO STF NA ADI N. 656. Configuração de hipótese em que se impõe a suspensão do julgamento do recurso. Diretriz fixada na oportunidade, pelo Tribunal, no sentido de que deve ser suspenso o julgamento de qualquer processo que tenha por fundamento lei ou ato estatal cuja eficácia tenha sido suspensa, por deliberação da Corte, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, até final julgamento desta. Questão de ordem acolhida.”

²⁸⁹ ADI-QO 1.244/SP – Relator: Ministro Néri da Silveira – Julgamento: 28/08/1997 – DJU: 28/05/1999 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Medida cautelar deferida para suspender a vigência da norma, objeto da ação, até o julgamento final desta, do que resultou a suspensão do pagamento de vantagem nela autorizado. 3. Ação ordinária posteriormente proposta pelos destinatários da norma suspensa, perante a Justiça Federal de Primeira Instância, vindicando o pagamento da mesma vantagem, o que lhes foi concedido em decisão de antecipação de tutela. 4. Comunicação do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, requerido na ação direta de inconstitucionalidade, acerca da decisão de primeiro grau de que decorre ordem para adotar providências necessárias ao pagamento da mesma vantagem, que estava suspenso, ao deferir o STF a cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. 5. Limites da eficácia da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. 6. Comunicação conhecida como ‘Questão de Ordem’, incidente na ação direta de inconstitucionalidade, e resolvida no sentido de determinar a suspensão, até o julgamento final da ação, do processo na Justiça Federal de Primeira Instância e do pagamento nele ordenado.”

²⁹⁰ Rcl 2.256/RN – Relator: Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 11/09/2003 – DJU: 30/04/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: 1. Reclamação. 2. Garantia da autoridade de provimento cautelar na ADI 1.730/RN. 3. Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte em Mandado de Segurança. Reenquadramento de servidor aposentado, com efeitos ‘*ex nunc*’. Aposentadoria com proventos correspondentes à remuneração de classe imediatamente superior. 4. Decisão que restabelece dispositivo cuja vigência encontrava-se suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de cautelar. 5. Eficácia ‘*erga omnes*’ e efeito vinculante de decisão cautelar proferida em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Reclamação julgada procedente.”

E, por outro lado, é de se ver que a denegação de medida cautelar não impede o julgamento, pelo controle difuso, de caso concreto de idêntico litígio constitucional.²⁹¹

Não se admite pedido de reconsideração de decisão que defere a liminar suspendendo o ato impugnado²⁹² e, de outra margem, sendo ela indeferida, pode-se intentar a reiteração do pedido, desde que existam fatos supervenientes que possam justificar o reexame.²⁹³

²⁹¹ Rcl-MC 2.980/SP – Relator: Ministro Celso de Mello – Julgamento: 25/11/2004 – DJU: 06/12/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “DECISÃO: Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada sob a alegação de que ilustre magistrada estadual de primeira instância teria desrespeitado a autoridade de decisão denegatória de provimento cautelar proferida em sede de controle normativo abstrato (ADI 2.797/DF), em processo instaurado com o objetivo de contestar a validade jurídico-constitucional da Lei n. 10.628/2002 editada pela União Federal. (...) Passo a examinar o pleito ora formulado pela parte reclamante. E, ao fazê-lo, analiso, desde logo, questão preliminar pertinente à admissibilidade, ou não, no presente caso, da utilização do instrumento reclamatório. Ou, em outras palavras, cumpre indagar se a decisão desta Suprema Corte, proferida em sede de fiscalização normativa abstrata (ADI 2.797/DF, no caso), de que resultou o indeferimento do pedido de suspensão cautelar da Lei n. 10.628/2002, impede, ou não, que outros Juízes ou Tribunais deliberem, de modo diverso, no plano do controle difuso, sobre a questão pertinente à constitucionalidade do referido diploma legislativo. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar essa específica questão, considerada a perspectiva da utilização do instrumento reclamatório, firmou entendimento no sentido de não se revelar admissível, em tal hipótese, o emprego da reclamação. Essa orientação revelou-se, de modo particularmente expressivo, no julgamento da Rcl 2.431-AgR/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, quando esta Corte – tendo presente situação idêntica à de que ora se cuida (aplicabilidade, ou não, da Lei n. 10.628/2002, em tema de ação civil de improbidade administrativa ajuizada em face de Prefeito Municipal) – proferiu decisão consubstanciada em acórdão assim ementado: “RECLAMAÇÃO. DESRESPEITO A DECISÃO QUE INDEFERIU MEDIDA LIMINAR EM ADI. Concessão de liminar, em reclamação, por desrespeito à decisão que indeferiu liminar em ação de declaração de inconstitucionalidade. Impossibilidade. Precedente. Agravo improvido.” Esta Suprema Corte, ao assim decidir, entendeu que a existência de juízo denegatório de provimento cautelar, quando proferido em sede de controle abstrato de constitucionalidade, não impede que se proceda ao julgamento concreto, pelo método difuso, de idêntico litígio constitucional (...).”

²⁹² ADI-QO 2.188/RJ – Relator: Ministro Néri da Silveira – Julgamento: 14/06/2000 – DJU: 16/04/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Expressões ‘e inativos’, contidas nos arts. 14, 18 e 37; da expressão ‘provento e pensão’ contida no art. 18, bem como do inciso II do art. 34, e dos arts. 35 e 40, todos da Lei n. 3.189, de 22.02.99, do Estado do Rio de Janeiro. Pedido liminar que guarda correspondência com súplica deduzida na ADI 2049-8/RJ. Relevantes os fundamentos do pedido cautelar e presente o ‘*periculum in mora*’. Medida cautelar deferida, em parte. Pedido de reconsideração. Sustentação de que a Lei n. 3.189/99 não criou alíquota ou contribuição alguma diversa das já existentes. Invocação da regra do art. 12, da Emenda Constitucional n. 20/98. Preliminar de não conhecimento do pedido de reconsideração de deferimento de cautelar, porque não fundado em fato novo. Seu acolhimento pela maioria do Plenário.”

²⁹³ ADI-MC 504/DF – Relator: Ministro Paulo Brossard – Julgamento: 18/12/1991 – DJU: 13/03/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 29, da Lei 8.177/91, – que inclui as entidades de previdência privada no sistema financeiro. MEDIDA CAUTELAR. Reiteração fundamentada em fato novo e superveniente que sujeita referidas entidades às normas da CVM e as obriga a adquirir certificados de privatização. Possibilidade. Liminar deferida.”

Nos termos do artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.868/99, a medida cautelar na ação direta, salvo no período de recesso, será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias. Se julgar indispensável, o relator ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias (§ 1º). No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal (§ 2º). Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (§ 3º).

Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal fará publicar a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato (art. 11, *caput*, da Lei n. 9.868/99).

A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos,²⁹⁴ será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (art. 11, § 1º, da Lei n. 9.868/99).²⁹⁵ Há precedentes do Pretório Excelso conferindo eficácia *ex tunc* a liminares que suspendem resoluções administrativas de tribunais que concederam reajuste de vencimentos.²⁹⁶

²⁹⁴ Luís Roberto Barroso preleciona que “o caráter ‘*erga omnes*’ da decisão é traço típico dos pronunciamentos em ação direta, que repercutem sobre a própria lei e não sobre situações jurídicas subjetivas” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 168-169).

²⁹⁵ ADI-MC 596/RJ – Relator: Ministro Moreira Alves – Julgamento: 11/10/1991 – DJU: 22/11/1991 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: – Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. – Ocorrência, no caso, da relevância jurídica da arguição e do ‘*periculum in mora*’. – Embora, normalmente, a concessão da liminar só produza efeitos ‘*ex nunc*’, quando a norma impugnada tem os seus efeitos exauridos logo após sua entrada em vigor, mas com repercussão indireta no futuro pela desconstituição de atos pretéritos, repercussão essa a justificar a concessão da liminar, tal concessão se dá para o efeito único possível de suspender a eficácia da norma ‘*ex tunc*’, certo como é que não se pode suspender para o futuro o que já se exauriu no passado. Liminar deferida, para suspender, ‘*ex tunc*’, a eficácia do artigo 5º da Emenda Constitucional n. 4, de 1991, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro.”

²⁹⁶ ADI-MC 1.797/PE – Relator: Ministro Ilmar Galvão – Julgamento: 16/04/1998 – DJU: 05/06/1998 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO À DECISÃO ADMINISTRATIVA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO, QUE RECONHECERA A EXISTÊNCIA DE DIREITO AO REAJUSTE DE 11,98%, A PARTIR DE ABRIL DE 1994, AOS JUÍZES TOGADOS E CLASSISTAS E AOS SERVIDORES DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO. CONVERSÃO DA URP NA DATA DO EFETIVO PAGAMENTO. Decisão que se caracteriza como ato normativo passível de controle por meio de ação direta de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADI-MCs 1.652, 1.661, 1.781 e 1.787, suspendeu, ‘*ex tunc*’, a eficácia de resoluções administrativas de

Com efeito, em regra, as liminares concedidas em ações diretas de inconstitucionalidade têm eficácia *ex nunc* por conta de sua natureza preventiva, podendo ser conferida eficácia *ex tunc* apenas excepcionalmente. Os efeitos retroativos devem estar expressamente consignados na decisão, pois, do contrário, no silêncio a respeito disso, há que se concluir que a liminar produz efeitos *ex nunc*.²⁹⁷

Nesse particular, Teori Albino Zavascki elucida que a eficácia *ex nunc* inibe os efeitos futuros dos atos normativos impugnados, ao passo que a eficácia *ex tunc* repercute sobre situações pretéritas para afastar o *periculum in mora*, como ocorre, por exemplo, “quando o preceito impugnado importou um ‘desfazer’, como a desconstituição de atos ou de situações jurídicas (exoneração de servidores), caso em que o afastamento do perigo supõe um ‘refazer’.”²⁹⁸

A liminar opera efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento no Diário da Justiça da União,²⁹⁹ ressalvados os casos excepcionais a serem apreciados pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.³⁰⁰

Tribunais que reconheceram o direito a idêntico reajuste. Ocorrentes, no caso, o ‘fumus boni iuris’ e o ‘*periculum in mora*’, deferiu-se a cautelar para suspender, ‘*ex tunc*’, até o julgamento final da ação, a eficácia da decisão administrativa em causa.”

²⁹⁷ ADI-MC 1.434/SP – Relator: Ministro Celso de Mello – Julgamento: 20/08/1996 – DJU: 22/11/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO (ART. 101) – EQUIPARAÇÃO, EM VENCIMENTOS E VANTAGENS, ENTRE PROCURADORES DO ESTADO E PROCURADORES AUTÁRQUICOS – ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 37, XIII; ART. 39, § 1º E ART. 61, § 1º, II, C) – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA COM EFICÁCIA ‘EX NUNC’. (...) – A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex nunc*, ‘operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere’ (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia ‘*ex tunc*’, com repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86). A excepcionalidade da eficácia ‘*ex tunc*’ impõe que o Supremo Tribunal Federal expressamente a determine no acórdão concessivo da medida cautelar. A ausência de determinação expressa importa em outorga de eficácia ‘*ex nunc*’ à suspensão cautelar de aplicabilidade da norma estatal impugnada em ação direta (...).”

²⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, cit., p. 278.

²⁹⁹ ADI-QO 711/AM – Relator: Ministro Néri da Silveira – Julgamento: 05/08/1992 – DJU: 11/06/1993 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar deferida. Questão de ordem. 2. A decisão que concede medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, possui eficácia ‘*ex nunc*’. Com a concessão da liminar, o ato normativo impugnado fica com sua eficácia suspensa, até o julgamento final. 3. Em se tratando de lei relativa a vencimentos e vantagens de servidores públicos, o Tribunal assentou, por maioria, vencidos três ministros, inclusive o relator, que, deferida a liminar, novos pagamentos não se fazem, com base nesse diploma, até o julgamento final, mesmo quanto aos servidores que já vinham percebendo estímulos de acordo com as normas suspensas; a concessão da cautelar alcança os efeitos supervenientes do ato administrativo, proferido com base na lei atacada. 4. O deferimento da medida cautelar produz seus efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento no Diário da Justiça da União. Petição conhecida como questão de ordem e decidida nos termos acima.”

³⁰⁰ ADI-MC 1.434/SP – Relator: Ministro Celso de Mello – Julgamento: 20/08/1996 – DJU: 22/11/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>.

A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (art. 11, § 2º, da Lei n. 9.868/99). Conforme entendimento do Supremo Tribunal, a suspensão cautelar da eficácia do ato normativo questionado em ação direta, embora restaure, provisoriamente, a aplicabilidade da legislação anterior, não inibe o Poder Público de editar novo ato estatal, desde que observados os parâmetros instituídos pelo sistema de direito positivo.³⁰¹

O controle de cumprimento das medidas antecipatórias realiza-se por via da reclamação, perante o Pretório Excelso, no âmbito do controle concentrado ou por ação individual no âmbito dos processos individuais.

Assim, no entender da Suprema Corte, cabe reclamação para assegurar a autoridade de suas decisões, quando o mesmo órgão de que emanara a norma declarada inconstitucional persiste na prática de atos concretos que lhe pressuporiam a validade³⁰² e desde que a reclamação seja proposta por ente legitimado a ajuizar a ação.³⁰³

Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO (ART. 101) – EQUIPARAÇÃO, EM VENCIMENTOS E VANTAGENS, ENTRE PROCURADORES DO ESTADO E PROCURADORES AUTÁRQUICOS – ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 37, XIII; ART. 39, § 1º E ART. 61, § 1º, II, C) – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA COM EFICÁCIA ‘EX NUNC’: (...) Concedida a medida cautelar (que se reveste de caráter temporário), a eficácia ‘*ex nunc*’ (regra geral) ‘tem seu início marcado pela publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça da União, exceto em casos excepcionais a serem examinado pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão’ (ADIn 711-AM [Questão de Ordem], Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA) (...)”

³⁰¹ ADI 652/MA – Relator: Ministro Celso de Mello – Julgamento: 02/04/1992 – DJU: 02/04/1993 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – EFICÁCIA RETROATIVA – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ‘LEGISLADOR NEGATIVO’ – REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO – PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS – PREJUDICIALIDADE. (...) – A suspensão cautelar da eficácia do ato normativo impugnado em ação direta – não obstante restaure, provisoriamente, a aplicabilidade da legislação anterior por ele revogada – não inibe o Poder Público de editar novo ato estatal, observados os parâmetros instituídos pelo sistema de direito positivo (...)”

³⁰² Rcl 399/PE – Relator: Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 07/10/1993 – DJU: 24/03/1995 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 01/03/2009. “Ementa: Reclamação: Hipótese de admissibilidade e procedência para salvaguarda da autoridade de decisão cautelar ou definitiva em Ação Direta de Inconstitucionalidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal admite a reclamação para assegurar a autoridade de suas decisões positivas em Ação Direta de Inconstitucionalidade, quando o mesmo órgão de que emanara a norma declarada inconstitucional persiste na prática de atos concretos que lhe pressuporiam a validade (cf. Recls. 389, 390 e 393). No caso, dado que a medida cautelar na ação direta tem eficácia ‘*ex nunc*’, o seu deferimento não afetou a do ato concreto anterior, em relação ao qual não se conheceu da ação direta: da decisão liminar para frente, no entanto, o efeito útil da suspensão cautelar da resolução impugnada

No âmbito dos processos individuais, incumbe ao juiz dar cumprimento ao comando emergente da medida antecipatória deferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação de controle concentrado. Não obstante, considerando as consequências que poderão surgir em razão de eventual revogação da medida, pode o juiz ou tribunal determinar a suspensão do processo até o julgamento final da ação em que foi proferida a liminar, com espeque no artigo 265, inciso IV, alínea *a*, do Código de Processo Civil.

Focalizando a redação do artigo 12 da Lei n. 9.868/99, depreende-se que ao relator é permitido conduzir o processo de forma mais célere. Assim, havendo pedido de medida cautelar, o relator poderá, à vista da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

4.4.6 Decisão final

A Lei n. 9.868/99 cuida, de forma conjunta, da decisão a ser proferida na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade.

foi precisamente o de impedir que se continuassem a praticar atos concretos derivados do seu conteúdo normativo.”

³⁰³ Rcl-MC-QO 397/RJ – Relator: Ministro Celso de Mello – Julgamento: 25/11/1992 – DJU: 21/05/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 01/03/2009. “Ementa: RECLAMAÇÃO – GARANTIA DA AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXCEPCIONALIDADE DO SEU CABIMENTO – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA – PEDIDO NÃO CONHECIDO. – O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistem litígios referentes a situações concretas ou individuais. A natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta (Rcl 354, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Coloca-se, contudo, a questão da conveniência de que se atenuem o rigor dessa vedação jurisprudencial, notadamente em face da notória inobservância de alguns Tribunais judiciais as teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade. – A expressão “parte interessada”, constante da Lei n. 8.038/90, embora assumam conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados, deverá no processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, limitar-se apenas aos órgãos ativos ou passivamente legitimados a sua instauração (CF, art. 103). Reclamação que não é de ser conhecida, eis que formulada por magistrados, estranhos ao rol taxativo do art. 103 da Constituição.”

A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será levada a efeito se presentes na sessão pelo menos oito Ministros (art. 22), devendo haver a manifestação de pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade (art. 23).

Ambas as ações integram uma unidade conceitual decorrente do exercício da jurisdição constitucional por via de ação e em abstrato, de modo que, à luz do artigo 24, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória. E, de outra margem, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.³⁰⁴

A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em ação direta ou ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a oposição de embargos de declaração,³⁰⁵ que, por sua vez, não poderão ser manejados por terceiros³⁰⁶ e nem pelo Advogado-Geral da União.³⁰⁷ O artigo 26

³⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 170.

³⁰⁵ Há precedente, anterior à Lei n. 9.868/99, em que foram admitidos embargos infringentes contra decisão não unânime, a saber: ADI-EI 1.289/DF – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 03/04/2003 – DJU: 27/02/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/04/2009. “Ementa: 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Embargos Infringentes. Cabimento, na hipótese de recurso interposto antes da vigência da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. 3. Cargos vagos de juízes do TRT. Composição de lista. 4. Requisitos dos arts. 94 e 115 da Constituição: quinto constitucional e lista sêxtupla. 5. Ato normativo que menos se distancia do sistema constitucional, ao assegurar aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária. 6. Salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre outro. 7. Interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado ‘pensamento jurídico do possível’. 8. Lacuna constitucional. 9. Embargos acolhidos para que seja reformado o acórdão e julgada improcedente a ADI 1.289, declarando-se a constitucionalidade da norma impugnada.”

³⁰⁶ ADI-ED 3.615/PB – Relatora Ministra Carmem Lúcia – Julgamento: 17/03/2008 – DJU: 25/04/2008 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29/03/2009 “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR *AMICUS CURIAE*. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. INTERPRETAÇÃO DO § 2º DA LEI N. 9.868/99. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. 2. Exceção apenas para impugnar decisão de não admissibilidade de sua intervenção nos autos. 3. Precedentes. 4. Embargos de declaração não conhecidos.”

³⁰⁷ ADI-MC-ED 2.323/DF – Relator Ministro Ilmar Galvão – Julgamento: 16/05/2001 – DJU: 24/08/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29/03/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. Não sendo a União parte no processo de controle concentrado de constitucionalidade de ato normativo, não tem legitimidade para o recurso em referência. Embargos não conhecidos.” A sobredita decisão foi noticiada no *Informativo STF* n. 228 (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29/03/2009): “TÍTULO: AGU e Ilegitimidade para Embargos em ADIn – PROCESSO: ADI 2.323/DF – ARTIGO: O Advogado-Geral da União não

estabelece, também, que não cabe ação rescisória contra decisão proferida em controle concentrado.³⁰⁸

Para o constitucionalista português Jorge Miranda, a decisão de inconstitucionalidade em fiscalização abstrata possui, de forma simultânea, um alcance positivo, no sentido de implicar o provimento do pedido dirigido ao órgão judicial de controle, bem como um alcance negativo, por erradicar a norma impugnada do ordenamento jurídico.³⁰⁹

Urge destacar que, como regra geral, vigora no Brasil o entendimento de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é declaratória, que não inova na ordem jurídica, porquanto limita-se a constatar a existência de um vício, proclamando a invalidade da norma.³¹⁰

4.4.6.1 Efeitos da decisão e coisa julgada

A decisão proferida em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade apresenta múltiplos efeitos.

Ocorrendo o trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade, tal *decisum* não estará mais sujeito a recurso e seu conteúdo tornar-se-á indiscutível e imutável, nos moldes do que dispõe o artigo 467 do Código de Processo Civil.³¹¹

tem legitimidade para embargos de declaração a acórdão proferido em ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de processo objetivo de controle de constitucionalidade em que a União não é parte e nem se admite a intervenção de terceiros. Com esse entendimento, o Tribunal não conheceu de embargos de declaração opostos pelo Advogado-Geral da União à decisão do Plenário do STF que indeferira pedido de medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra a Decisão Administrativa do Conselho de Administração do STJ que reconheceu a existência do direito ao reajuste de 11,98%, a partir de abril de 1994, resultado da conversão em URV dos vencimentos dos servidores da mencionada Corte. ADIn (EDcl) 2.323-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, 16.5.2001.(ADI-2.323)”

³⁰⁸ AR-Agr 1.365/BA – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 03/06/1996 – DJU: 13/09/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29/03/2009. “Ementa: Ação rescisória para rescindir ação desta Corte prolatada em ação direta de inconstitucionalidade. Seu descabimento. – Este Tribunal, ao julgar, por seu Plenário, a ação rescisória n. 878, firmou o entendimento de que não cabe ação rescisória contra representação de inconstitucionalidade de lei em tese (RTJ 94/49 e segs.), que a atual Constituição denomina ação direta de inconstitucionalidade. Agravo regimental a que se nega provimento.”

³⁰⁹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2002. p. 732-733.

³¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 174.

³¹¹ “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

A função da coisa julgada, segundo Cândido Rangel Dinamarco, é a de promover segurança nas relações jurídicas, estabilizando e imunizando a decisão judicial e seus efeitos.³¹²

A coisa julgada tem como limite objetivo as questões decididas pelo magistrado, cujo pronunciamento deverá se cingir ao objeto do litígio, que é delimitado pelo pedido, *ex vi* do artigo 468 do Código de Processo Civil.³¹³

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart prelecionam que a coisa julgada agrega-se à declaração contida na sentença, tornando-a imutável e indiscutível. Assim, se esse fenômeno incide sobre a declaração expressa na sentença, é certo que a coisa julgada apenas atingirá a parte dispositiva, haja vista que não há ainda propriamente julgamento no relatório e na fundamentação. O magistrado certifica a vontade do direito que incide sobre o caso concreto apenas na última etapa, ou seja, no dispositivo.³¹⁴ Em outros dizeres, “o que obtém a autoridade da coisa julgada material é exclusivamente o preceito concreto formulado na sentença, ou seja, é a ‘disposição’ nela contida, acerca da situação concreta trazida para o juiz com o pedido de solução.”³¹⁵

Com efeito, a autoridade da coisa julgada não abrange o relatório, que é mera narrativa e não contém juízo de valor, e nem a fundamentação da sentença, que contém os fundamentos e alicerces sobre os quais se apoia o comando concreto, conforme bem revela a expressa dicção do artigo 469 do Código de Processo Civil.³¹⁶

Nessa ordem de ideias, importa sublinhar que é possível identificar duas modalidades de eficácia associadas à coisa julgada, sendo a primeira a eficácia preclusiva e, a segunda, a eficácia vinculativa.³¹⁷

³¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III, p. 296.

³¹³ “Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

³¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, cit., p. 624-625.

³¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I, p. 243.

³¹⁶ “Art. 469. Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”

³¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 173-174.

A chamada eficácia preclusiva é um dos efeitos da coisa julgada, que vem atingir os fundamentos do decisório que restou, em si mesmo, acobertado pela autoridade da coisa julgada. Vale dizer, a matéria alcançada pela autoridade da coisa julgada não poderá ser objeto de novo pronunciamento judicial.³¹⁸

A eficácia vinculativa, por seu turno, nada mais significa que a autoridade da coisa julgada deverá ser respeitada e observada na solução de qualquer lide que esteja logicamente vinculada à questão resolvida anteriormente, como ocorre, por exemplo, na ação de alimentos em que, restando assentada a relação de paternidade em demanda anterior, o magistrado não poderá rejeitar o pedido com base na inexistência da relação.³¹⁹

Nos dias hodiernos, um tema que tem despertado profundos debates entre os doutrinadores é a questão da relativização da coisa julgada.³²⁰

Em regra, não é possível a revisão de uma decisão exarada com base em lei que veio a ser posteriormente julgada inconstitucional, quando não mais caiba ação rescisória e nem seja caso de oferecimento de embargos de devedor.

Não obstante isso, em que pese a coisa julgada ter por finalidade precípua assegurar a estabilidade da decisão que soluciona o litígio judicial, o fato é que o

³¹⁸ Luís Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart assinalam que a eficácia preclusiva da coisa julgada é elemento protetor da decisão judicial, com expressa previsão no artigo 474 do Código de Processo Civil, cuja redação é no sentido de que “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.” Assim, para proteger a declaração transitada em julgado, todo o material atinente ao primeiro julgamento fica precluso, não podendo, pois, ser reapreciado judicialmente em ação subsequente. Todas as alegações deduzidas, bem como aquelas que seriam dedutíveis, por manterem relação direta com o material da primeira demanda, presumem-se oferecidas e repelidas pelo órgão jurisdicional. Tal não significa dizer que os motivos da sentença transitam em julgado, mas apenas que, sendo julgada a controvérsia e sendo elaborada a regra concreta do caso, todo o material utilizado como pressuposto para se alcançar essa declaração torna-se irrelevante e superado (*Manual do processo de conhecimento*, cit., p. 627-628).

³¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 174.

³²⁰ Há vozes que se levantam contra a relativização da coisa julgada, como a de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para quem “a coisa julgada não se sujeita – ou poderá se sujeitar – aos efeitos ‘*ex tunc*’ da declaração de inconstitucionalidade, e, assim, mesmo antes do art. 27 da Lei 9.868/99 – que, na realidade, com ela não tem relação –, já era imune a tais efeitos” (*Manual do processo de conhecimento*, cit., p. 650). Leonardo Greco, na mesma linha, entende que “a segurança jurídica, como direito fundamental, assegurada pela coisa julgada, não permite, como regra, a propositura de ação de revisão da coisa julgada como consequência da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.” (*Eficácia da declaração ‘erga omnes’ de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24 nov. 2009).

Supremo Tribunal tem reconhecido hipóteses em que há relativização da coisa julgada por conta de pronúncia superveniente de inconstitucionalidade da lei.³²¹

Cândido Rangel Dinamarco pontua que, no âmbito da Excelsa Corte, começou a surgir a consciência de uma coisa julgada inconstitucional, em que se detecta a contrariedade a alguma garantia constitucional de significado tão elevado quanto a *auctoritas rei judicatae* ou até de maior relevância e importância que a segurança nas relações jurídicas. “Por isso, não ficam imunizadas as sentenças que transgridam frontalmente um desses valores, porque não se legitima que, para evitar a perenização de conflitos, se perenizem inconstitucionalidades de extrema gravidade, ou injustiças intoleráveis e manifestas.”³²²

Para Luís Roberto Barroso, o princípio da segurança jurídica não é revestido de caráter absoluto, razão pela qual há que se atentar e se proceder à ponderação³²³ com outros princípios de igual estatura, como o da justiça ou da

³²¹ RE-ED 328.812/AM – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 06/03/2008 – *DJU*: 02/05/2008 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24/11/2009. “Ementa: Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória.” RE 534.343/RS – Relator Ministro Cezar Peluso – Julgamento: 16/12/2008 – *DJU*: 13/03/2009 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24/11/2009. “Ementa: RECURSO. Extraordinário. Criminal. Pena. Prisão. Regime de cumprimento. Fase de execução. Aplicação de lei superveniente mais benigna. Admissibilidade. Existência de coisa julgada material. Irrelevância. Eficácia operante sob cláusula ‘rebus sic stantibus’. Crime hediondo. Progressão de regime. Direito reconhecido. Aplicação da Lei n. 11.464/2007, que deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, tido por inconstitucional. Declaração de inconstitucionalidade que beneficia o réu. Precedentes. Inteligência do art. 5º, XLVI, da CF, e 65 e seguintes da LEP, e da súmula 611. O trânsito em julgado de sentença penal condenatória não obsta a aplicação, no processo de execução, de lei superveniente mais benigna sobre o regime de cumprimento da pena, nem ‘a fortiori’ a eficácia imediata de declaração de inconstitucionalidade que do mesmo modo beneficie o condenado.” RE 93.412/SC – Relator Ministro Clóvis Ramalhete – Julgamento: 04/05/1982 – *DJU*: 04/06/1982 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24/11/2009. “Ementa: DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO (ATUALIZAÇÃO). EXTRAVIO DE AUTOS. NOVA AVALIAÇÃO. COISA JULGADA. Não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender a garantia constitucional da justa indenização, procrastinada por culpa da expropriante. Precedentes do STF. Recurso Extraordinário não conhecido.”

³²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. III, p. 307.

³²³ No artigo nominado “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo”, ressalta Luís Roberto Barroso que a “ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura

moralidade, aplicando-se o princípio instrumental da razoabilidade-proporcionalidade. Adverte, ainda, que essa será uma situação excepcionalíssima e que “somente em situações-limite, de quase-ruptura do sistema, será legítima a superação da garantia constitucional da coisa julgada.”³²⁴

4.4.6.2 Efeitos objetivos da decisão

Por conta da eficácia preclusiva da coisa julgada, não será possível o ajuizamento de nova ação direta para obter outro pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade da mesma lei ou mesmo ato normativo. Por sua vez, sob o enfoque da eficácia vinculativa, os juízes e tribunais, ao decidirem questões e matérias *sub judice*, deverão observar a decisão proferida pela Alta Corte quanto à inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, a fim de não se configurar ofensa à coisa julgada.

Nesse contexto, é conveniente esclarecer que, em regra geral, a coisa julgada forma-se nos processos subjetivos em caso de improcedência do pedido, ainda que o fundamento seja a ausência de prova suficiente.³²⁵ As exceções são expressamente previstas em lei, como se vê, por exemplo, na Lei n. 4.717/65, que disciplina a ação popular, na Lei n. 7.347/85, que cuida da ação civil pública, e na

estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. (...) Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.” (In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. II, p. 33).

³²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 198-199.

³²⁵ Na obra *Curso de direito processual civil* (Salvador: Juspodium, 2007. v. 2, p. 491), Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira descortinam três diferentes tipos de coisa julgada por modo de produção, explicitando que, no Código de Processo Civil, a regra geral é a chamada coisa julgada *pro et contra*, que se forma independentemente do resultado do processo, porquanto a decisão definitiva proferida sempre será apta a gerar coisa julgada, pouco importando se é de procedência ou de improcedência. Nesse regime geral (*pro et contra*), a improcedência por falta de provas torna-se indiscutível em virtude da coisa julgada. Há, também, a coisa julgada *secundum eventum litis*, que somente é produzida quando a demanda for julgada procedente, como ocorre, por exemplo, na ação coletiva que verse sobre direitos individuais homogêneos (art. 103, III, CDC). Por fim, há a coisa julgada *secundum eventum probationis*, que só se aperfeiçoa em caso de esgotamento das provas, ou seja, a decisão judicial estará apta a produzir coisa julgada se forem exauridos todos os meios de prova. Se a decisão proferida no processo for pela improcedência do pedido por insuficiência de provas, não haverá formação de coisa julgada. Tal ocorre, por exemplo, nas ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou direitos coletivos em sentido estrito (art. 103, I e II, CDC) e na ação popular (art. 18 da Lei n. 4.717/65).

Lei n. 8.078/90, que dispõe sobre a proteção e defesa do consumidor (Código de Defesa do Consumidor).³²⁶ Todavia, o mesmo não ocorre quando o pedido é considerado improcedente na ação direta de inconstitucionalidade.

Destarte, havendo declaração de inconstitucionalidade de lei, esta não poderá mais ser validamente aplicada. De outro lado, sendo declarada a improcedência do pedido na ação direta, nada ocorrerá com a lei em si.

Em termos objetivos, pode-se afirmar que, ao reconhecer a inconstitucionalidade de norma, a Suprema Corte está declarando que ela é nula de pleno direito e que, portanto, não deverá mais produzir efeitos.³²⁷ Logo, a nulidade e a ineficácia são consequências da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Insta observar que, quando entra em vigor uma nova lei ou novo ato normativo, o que frequentemente ocorre é a revogação das normas anteriores que disciplinavam a mesma matéria. Porém, se a norma revogadora for declarada inconstitucional, a situação jurídica volta ao *status quo ante*, restaurando a vigência da legislação preexistente. A Lei n. 9.868/99 prevê, excepcionalmente, que o Tribunal pode se manifestar em sentido contrário.³²⁸

³²⁶ Lei n. 4.717/65: “Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘*erga omnes*’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” Lei n. 7.347/85: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada ‘*erga omnes*’, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” Lei n. 8.078/90: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I – ‘*erga omnes*’, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II – ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;”

³²⁷ Embora a declaração de nulidade seja a regra geral, não se pode perder de vista que no artigo 27 da Lei n. 9.868/99 há previsão de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

³²⁸ “Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo. (...) § 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. (...) Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

No sentir de Luís Roberto Barroso, o Supremo Tribunal pode reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida se houver novos argumentos, novos fatos, alterações formais ou informais no sentido da Constituição ou transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei. Desse modo, o mencionado constitucionalista entende que, à vista de improcedência do pedido em ação direta, podem os legitimados do artigo 103 da Carta Magna propor nova ação tendo por objeto a mesma lei, a fim de, perante a Corte Maior, obter-se a reapreciação da matéria.³²⁹

Para o jurista Lenio Luiz Streck, o efeito vinculante das decisões em ações direta de inconstitucionalidade sofre limitações histórico-temporais, não havendo caráter absoluto na decisão que declara, de forma direta ou indireta, a constitucionalidade de um ato normativo, porquanto a mutação do contexto social-histórico pode dar azo à nova interpretação.³³⁰

Acerca da questão posta, é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal já vem adotando o que a doutrina pátria aponta como fenômeno da “lei ainda constitucional”, “inconstitucionalidade progressiva” ou “declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade”.³³¹

Lançando luzes sobre o tema, André Ramos Tavares noticia que a Corte Constitucional alemã tem se valido, sem amparo legal, do *Appellentscheidungen* como técnica de decisão, reconhecendo ainda como constitucional a norma objeto de apreciação. Trata-se, na realidade, “de decisão que afasta a inconstitucionalidade, reconhecendo a constitucionalidade da norma, à qual se soma uma espécie de ‘advertência’ judicial, ou, se se quiser, de reconhecimento de uma situação de imperfeição que tende a transformar-se em situação de inconstitucionalidade.”³³²

Essa técnica consagra e coroa a orientação doutrinária de que as normas constitucionais não são estáticas, mas, ao contrário, estão sujeitas aos influxos da evolução normal da vida, que levam ao que se chama de “mutação constitucional informal”.³³³

³²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 176-177.

³³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 565-569.

³³¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 176; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 269; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*, cit., p. 498-511.

³³² TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 269.

³³³ Idem.

De fato, no julgamento do HC 70.514/RS, a Alta Corte, ao apreciar o tema do prazo em dobro no âmbito do processo penal, entendeu que essa regra é constitucional até que a Defensoria Pública seja efetivamente instalada. Quando a Defensoria Pública estiver eficazmente organizada, a regra tornar-se-á inconstitucional, o que configura a norma em trânsito para a inconstitucionalidade³³⁴

No RE 147.776/SP, a Suprema Corte entendeu que o artigo 68 do CPP, que versa sobre a ação civil *ex delicto* ajuizada pelo Ministério Público, é uma norma ainda constitucional e que está em trânsito, progressivamente, para a inconstitucionalidade, na medida em que as Defensorias Públicas forem, de forma efetiva, sendo instaladas para pleno cumprimento do artigo 134 da Constituição Federal.³³⁵

³³⁴ HC 70.514/RS – Relator Sydney Sanches – Julgamento: 23/03/1994 – DJU: 27/06/1997 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17/11/2009. “Ementa: Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5º do art. 1º da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. ‘Habeas Corpus’. Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do art. 1º da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5º do art. 1º da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. ‘Habeas Corpus’ deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro.”

³³⁵ RE 147.776/SP – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 19/05/1998 – DJU: 19/06/1998 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17/11/2009. “Ementa: Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, sobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ‘*ex tunc*’ faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuido de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado

4.4.6.3 Efeitos subjetivos da decisão

À luz do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, a decisão definitiva de mérito proferida na ação direta de inconstitucionalidade produz efeito vinculante³³⁶ em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O artigo 28 da Lei n. 9.868/99, notadamente no seu parágrafo único, dispõe que “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.”

336

No texto intitulado “Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?”, Juliano Taveira Bernardes afirma que o efeito vinculante não é acessório da coisa julgada e nem do efeito *erga omnes*. Sustentando que o efeito vinculante tem natureza conexa, que independe da eficácia *erga omnes* ou da ocorrência de hipóteses preclusivas como a coisa julgada, o citado jurista traça três planos comparativos, a saber: a) A coisa julgada formal demarca a preclusão processual que imuniza e preserva o ato processual contra quaisquer pronunciamentos em contrário no mesmo processo. A coisa julgada material, por sua vez, pressupõe a estabilização jurídica dos efeitos substanciais da sentença em relação às pessoas que se sujeitam à eficácia do julgado. Ocorre que, no âmbito do controle concentrado, o processo é do tipo objetivo, de modo que a coisa julgada material obstaculiza a renovação da discussão judicial, porém não permite a articulação satisfatória de mecanismos de sanção contra aqueles que desrespeitarem os efeitos substanciais da decisão de mérito transitada em julgado. Segundo o STF e, nos termos da Lei n. 9.868/98, a eficácia da decisão do controle de constitucionalidade, seja final ou liminar, tem início com a simples publicação da ata do respectivo julgamento, de tal sorte que a partir daí a decisão torna-se eficaz, irradiando efeitos vinculantes antes mesmo da publicação do acórdão ou do trânsito em julgado. Logo, o efeito vinculante independe da formação da coisa julgada. b) A garantia da coisa julgada não se confunde com o efeito *erga omnes*. Não é por conta do efeito *erga omnes* que o Tribunal e os demais sujeitos processuais estão impedidos de rediscutir questões já apreciadas, mas sim em decorrência do sistema de preclusões processuais, cujo maior exemplo é a coisa julgada. Tanto é que liminares podem contar com efeitos *erga omnes* e serem revogados posteriormente pelo Tribunal. A fiscalização abstrata de constitucionalidade tem por escopo depurar o ordenamento jurídico e garantir a supremacia da Constituição, de modo que as decisões proferidas no âmbito do controle concentrado têm eficácia *erga omnes* para que os limites subjetivos dos julgados sejam estendidos a pessoas que não compuseram e nem deveriam compor a relação processual dessas ações. c) O efeito vinculante também não depende dos efeitos *erga omnes*. A dimensão subjetiva do efeito vinculante é ampliada pelos efeitos *erga omnes*, porém não há eles relação de subordinação. Para o aludido autor, “mesmo que a eficácia ‘*erga omnes*’ só atinja pessoas estranhas à relação processual originária, nada impede que alguma das partes esteja reflexamente sob a influência dos efeitos vinculantes. À semelhança, embora não abranja o próprio STF, o Legislativo nem os particulares (...), a vinculação reforça a eficácia ‘*erga omnes*’, porque mesmo as pessoas não abrangidas pela vinculação tampouco poderão utilizar os demais órgãos judiciais para contrariar a decisão.” (In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional – Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 358-361).

Calha registrar, nesse ponto, que a Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade do dispositivo acima referenciado, conforme decisão proferida na Rcl-AgR 1.880/SP.³³⁷

De modo geral, a decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade produzirá efeitos contra todos, ou seja, *erga omnes*, haja vista que as pessoas e órgãos elencados no artigo 103 da Constituição Federal agem com legitimação extraordinária e em nome próprio, defendendo interesse da coletividade. Logo, por decorrência, os efeitos da decisão têm caráter geral, não se cingindo apenas às partes do processo.³³⁸

A decisão do Supremo Tribunal estende seus efeitos para além das partes, no sentido formal, da relação processual objetiva, sendo, pois, desnecessária a comunicação ao Senado Federal nos moldes previstos no artigo 52, inciso X, da Constituição da República.³³⁹

A decisão de pronúncia da inconstitucionalidade surte efeitos imediatos no plano normativo a partir da publicação no *DJU*, ainda que não tenha transitado em julgado.³⁴⁰

³³⁷ Rcl-AgR 1.880/SP – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 07/11/2002 – *DJU*: 19/03/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 18/11/2009. “Ementa: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9.868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ‘*ad causam*’ de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8.038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (*DJ* de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido.”

³³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 179.

³³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 240. O artigo 52, inciso X, da Constituição Federal contém a seguinte redação: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I ‘*usque*’ (...) X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

³⁴⁰ Rcl 2.576/SC/SP – Relatora Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 23/06/2004 – *DJU*: 20/08/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE

Diversamente, no plano das situações concretas já constituídas e que envolvem atos jurídicos individuais, os reflexos da decisão de reconhecimento de inconstitucionalidade sofrem temperamentos.³⁴¹ Embora não haja regra expressa na ordem jurídica brasileira, confere-se proteção ao ato singular, com diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo e no plano do ato concreto, por meio de aplicação das fórmulas de preclusão.³⁴²

Nas palavras de Gilmar Mendes,

“Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.

Em outros termos, somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação.

Importa, portanto, assinalar que a eficácia ‘*erga omnes*’ da declaração de inconstitucionalidade não opera uma depuração total do ordenamento jurídico. Ela cria, porém, as condições para a eliminação dos atos singulares suscetíveis de revisão ou de impugnação.”³⁴³

Noutro giro, transpondo a noção de coisa julgada do processo civil ao âmbito dos processos de jurisdição abstrata e objetiva, bem como avaliando o efeito vinculante atribuído ao controle de constitucionalidade, Luís Roberto Barroso destaca que a coisa julgada obstaculiza novo pronunciamento judicial sobre a mesma matéria, enquanto o efeito vinculante obriga à adoção da tese jurídica albergada pelo Tribunal Superior, sempre que a ela esteja subordinada a decisão da causa. A coisa julgada impede que o próprio órgão julgador reveja a matéria, ao passo que o efeito vinculante não provoca tal impedimento, podendo o órgão prolator reapreciar a matéria decidida. Assim, partindo dessas premissas, o citado

DECLARAÇÃO. CUMPRIMENTO DA DECISÃO. 1. Desnecessário o trânsito em julgado para que a decisão proferida no julgamento do mérito em ADI seja cumprida. Ao ser julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade – ADI n. 2.335 – a Corte, tacitamente, revogou a decisão contrária, proferida em sede de medida cautelar. Por outro lado, a lei goza da presunção de constitucionalidade. Além disso, é de ser aplicado o critério adotado por esta Corte, quando do julgamento da Questão de Ordem, na ADI 711 em que a decisão, em julgamento de liminar, é válida a partir da data da publicação no Diário da Justiça da ata da sessão de julgamento. 2. A interposição de embargos de declaração, cuja consequência fundamental é a interrupção do prazo para interposição de outros recursos (art. 538 do CPC), não impede a implementação da decisão. Nosso sistema processual permite o cumprimento de decisões judiciais, em razão do poder geral de cautela, antes do julgamento final da lide. 3. Reclamação procedente.”

³⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 191-192.

³⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 184-185.

³⁴³ *Ibidem*, p. 185.

jurista afirma que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei reveste-se da autoridade de coisa julgada, com eficácia vinculativa a todos os órgãos judiciais e ao próprio Supremo Tribunal Federal. De outra margem, a decisão em que se considera improcedente o pedido na ação direta produz apenas efeito vinculante em relação aos órgãos judiciais, mas não ao Pretório Excelso, que poderá revê-la posteriormente.³⁴⁴

Gilmar Mendes pondera que, do ponto vista estritamente material, deve-se “excluir uma autovinculação do Supremo Tribunal aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isto poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, afazer imanente dos órgãos de jurisdição constitucional.”³⁴⁵ Na mesma direção, entendendo que o efeito vinculante não atinge o próprio Supremo, trilha Juliano Taveira Bernardes.³⁴⁶

Nessa quadra, vale consignar que, caso ocorra alteração de orientação, é recomendável que a Suprema Corte apresente justificção adicional para a superação dos precedentes jurisprudenciais, mormente em respeito e em observância ao princípio da segurança jurídica.³⁴⁷

Em decorrência do efeito vinculante, os demais órgãos judiciais não poderão proceder ao juízo incidental acerca da constitucionalidade da norma, cabendo-lhes, nas decisões dos casos concretos, observar a premissa estabelecida pelo Suprema Corte sobre a validade ou não da norma questionada.

O Pretório Excelso já atribuiu efeito vinculante à liminar proferida em ação direta de inconstitucionalidade, consoante retrata, *ad exemplum*, a decisão exarada na Rcl 2.256/RN.³⁴⁸

³⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 180-181.

³⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 21 nov. 2009.

³⁴⁶ BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?, cit., p. 364.

³⁴⁷ Na opinião de Juliano Taveira Bernardes, “o STF pode até se desviar de sua anterior jurisprudência, como forma de adaptar a interpretação constitucional às novas correntes de pensamento e às necessidades contemporâneas. Contudo, o princípio da segurança jurídica recomenda que o abandono do precedente seja devidamente acompanhado de justificções adicionais.” (Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?, cit., p. 365). Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, por sua vez, ressaltam que “parece importante, tal como assinalado por Bryde, que o Tribunal não se limite a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas que o faça com base em crítica fundada do entendimento anterior que explicita e justifique a mudança” (*Controle concentrado de constitucionalidade*, cit., p. 548).

³⁴⁸ Rcl 2.256/RN – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 11/09/2003 – DJU: 30/04/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em:

Nos termos do artigo 102, inciso I, alínea I, da Carta da República, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar reclamação para preservar a sua competência e garantir a autoridade de suas decisões. Eventual descumprimento, por juízes e tribunais, da decisão da Suprema Corte justificará o manejo do instrumento constitucional da reclamação.

Gilmar Mendes, em seu artigo “A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal”, assinala que não há consenso na doutrina e na jurisprudência a respeito da natureza jurídica da reclamação, estando somente pacificado que se trata de medida jurisdicional, superando antiga discussão de que se constituiria mera medida administrativa.³⁴⁹

O Supremo Tribunal enfrentou a questão da natureza da reclamação na Rcl 336/DF, tendo o Ministro Celso de Mello compilado e relacionado o entendimento de diversos doutrinadores acerca da matéria.³⁵⁰

21/11/2009. “Ementa: 1. Reclamação. 2. Garantia da autoridade de provimento cautelar na ADI 1.730/RN. 3. Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte em Mandado de Segurança. Reenquadramento de servidor aposentado, com efeitos *‘ex nunc’*. Aposentadoria com proventos correspondentes à remuneração de classe imediatamente superior. 4. Decisão que restabelece dispositivo cuja vigência encontrava-se suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de cautelar. 5. Eficácia *‘erga omnes’* e efeito vinculante de decisão cautelar proferida em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Reclamação julgada procedente.”

³⁴⁹ In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional – Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 404.

³⁵⁰ Rcl 336/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 19/12/1990 – DJU: 15/03/1991 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19/11/2009. “Ementa: RECLAMAÇÃO – NATUREZA JURÍDICA – ALEGADO DESRESPEITO À AUTORIDADE DE DECISÃO EMANADA DO STF – INOCORRÊNCIA – IMPROCEDÊNCIA. A reclamação, qualquer que SEJA a qualificação que se lhe DE – Ação (Pontes de Miranda, ‘Comentários ao Código de Processo Civil’, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, *RTJ* 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, ‘O Poder Judiciário e a Nova Constituição’, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orosimbo Nonato, ‘apud’ Cordeiro de Mello, ‘O processo no Supremo Tribunal Federal’, v. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, ‘A Correição Parcial’, p. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (Jose Frederico Marques, ‘Manual de Direito Processual Civil’, v 3., 2. parte, p. 199, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, *RTJ* 112/518-522) – configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (*RTJ* 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *‘f’*) e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, *‘f’*). – Não constitui ato ofensivo a autoridade de decisão emanada do Supremo Tribunal Federal o procedimento de magistrado inferior que, motivado pela existência de várias execuções penais ainda em curso, referentes a outras condenações não desconstituídas pelo *‘writ’*, deixa de ordenar a soltura imediata de paciente beneficiado por *‘habeas corpus’* concedido, em caso diverso e específico, por esta Corte.”

A mais alta Corte do nosso país, no julgamento da ADI 2.212/CE,³⁵¹ houve por bem alterar a orientação anterior quanto ao monopólio da reclamação pela Suprema Corte, passando a aceitar a previsão da reclamação também na Constituição Estadual.³⁵²

³⁵¹ ADI 2.212/CE – Relatora Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 02/10/2003 – *DJU*: 14/11/2003 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA. 1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.”

³⁵² ADI 2.480/PB – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 02/04/2007 – *DJU*: 15/06/2007 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: DISPOSITIVO DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA (ART. 357), QUE ADMITE E DISCIPLINA O PROCESSO E JULGAMENTO DE RECLAMAÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DA SUA COMPETÊNCIA OU DA AUTORIDADE DE SEUS JULGADOS: AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 125, *CAPUT* E § 1º E 22, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 2.212 (PI 2.10.03, Ellen, *DJ* 14.11.2003), alterou o entendimento – firmado em período anterior à ordem constitucional vigente (v.g., Rp 1092, Pleno, Djaci Falcão, *RTJ* 112/504) – do monopólio da reclamação pelo Supremo Tribunal Federal e assentou a adequação do instituto com os preceitos da Constituição de 1988: de acordo com a sua natureza jurídica (situada no âmbito do direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal) e com os princípios da simetria (art. 125, *caput* e § 1º) e da efetividade das decisões judiciais, é permitida a previsão da reclamação na Constituição Estadual. 2. Questionada a constitucionalidade de norma regimental, é desnecessário indagar se a colocação do instrumento na seara do direito de petição dispensa, ou não, a sua previsão na Constituição estadual, dado que consta do texto da Constituição do Estado da Paraíba a existência de cláusulas de poderes implícitos atribuídos ao Tribunal de Justiça estadual para fazer valer os poderes explicitamente conferidos pela ordem legal – ainda que por instrumento com nomenclatura diversa (Const. Est. (PB), art. 105, I, e e f). 3. Inexistente a violação do § 1º do art. 125 da Constituição Federal: a reclamação paraibana não foi criada com a norma regimental impugnada, a qual – na interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça do Estado à extensão dos seus poderes implícitos – possibilita a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, como exige a primeira parte da alínea a do art. 96, I, da Constituição Federal. 4. Ação direta julgada improcedente.”

Insta mencionar que, inicialmente, a Suprema Corte considerava inadmissível a reclamação em sede de controle concentrado de constitucionalidade, dada a natureza eminentemente objetiva do processo da ação direta.³⁵³

Ulteriormente, o Supremo Tribunal passou a admitir a reclamação em sede de controle concentrado, mormente nos casos em que caracterizado desrespeito ostensivo à autoridade de seus julgados.³⁵⁴

Na Rcl-AgR 1.880/SP, à vista da eficácia vinculante *erga omnes* das decisões exaradas em controle concentrado, restou reconhecida a legitimidade ativa *ad causam* de todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses da Suprema Corte.³⁵⁵

³⁵³ Rcl-AgR 354/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 16/05/1991 – DJU: 28/06/1991 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19/11/2009. “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – RECLAMAÇÃO QUE BUSCA GARANTIR A AUTORIDADE DE DECISÃO TOMADA EM PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido do não cabimento de reclamação na hipótese de descumprimento de decisão tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, dada a natureza eminentemente objetiva do processo de ação direta. Precedentes da Corte.”

³⁵⁴ Rcl-MC-QO 397/RJ – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 25/11/1992 – DJU: 21/05/1993 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19/11/2009. “Ementa: RECLAMAÇÃO – GARANTIA DA AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXCEPCIONALIDADE DO SEU CABIMENTO – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA – PEDIDO NÃO CONHECIDO. – O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais. A natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta (Rcl 354, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Coloca-se, contudo, a questão da conveniência de que se atenuie o rigor dessa vedação jurisprudencial, notadamente em face da notória insubmissão de alguns Tribunais judiciários as teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade. – A expressão ‘parte interessada’, constante da Lei n. 8.038/90, embora assumia conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados, devera no processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, limitar-se apenas aos órgãos ativa ou passivamente legitimados a sua instauração (CF, art. 103). Reclamação que não e de ser conhecida, eis que formulada por magistrados, estranhos ao rol taxativo do art. 103 da Constituição.”

³⁵⁵ Rcl-AgR 1.880/SP – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 07/11/2002 – DJU: 19/03/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19/11/2009. “Ementa: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9.868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. (...) 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ‘*ad causam*’ de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8.038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido.”

Relativamente aos órgãos da Administração, Luís Roberto Barroso alerta que eventual descumprimento da decisão do Pretório Excelso desafiará impugnação por meios judiciais cabíveis, podendo ocorrer, se for o caso, a responsabilização do agente público.³⁵⁶

No que concerne ao Presidente da República, Juliano Taveira Bernardes observa que o efeito vinculante restringe-se às atribuições inerentes à condição de Chefe da administração federal, pois, do contrário, até mesmo algumas das atuações de natureza legislativa restariam atingidas de forma reflexa, como, por exemplo, o poder de iniciativa, sanção, veto, medidas provisórias, leis delegadas e tratados internacionais.³⁵⁷ Assim, a vinculação, nesse sentido restrito, alcança somente os atos presidenciais elencados no artigo 84, incisos II, VI, XVI, segunda parte, XXIV e XXV da Carta Constitucional.³⁵⁸

³⁵⁶ O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 181-182. No âmbito federal, vale observar o Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de 1997, cujos artigos 1º e 1º-A assim rezam: “Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto. § 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ‘*ex tunc*’, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial. § 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal. § 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto. Art. 1º-A. Concedida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal, ficará também suspensa a aplicação dos atos normativos regulamentadores da disposição questionada. Parágrafo único. Na hipótese do ‘*caput*’, relativamente a matéria tributária, aplica-se o disposto no art. 151, inciso IV, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, às normas regulamentares e complementares.”

³⁵⁷ Nessa linha de raciocínio, calha registrar que o Supremo Tribunal Federal já entendeu, por exemplo, que o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União não está entre as atribuições de natureza administrativa do Presidente da República, de modo que não há de se cogitar a aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, *in fine*, da CF, que prevê a fixação de prazo para o mister. Confira-se: ADI 2.061/DF – Relator Ministro Ilmar Galvão – Julgamento: 25/04/2001 – DJU: 29/06/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 21/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC N. 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, a, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC n. 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, *in fine*, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação.”

³⁵⁸ Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: Transcendência aos Motivos Determinantes?, Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de

O efeito vinculante não atinge e nem alcança o Poder Legislativo, conforme se depreende da leitura do artigo 102, § 2º da Constituição Federal e do artigo 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99.³⁵⁹

Na percepção de Clèmerson Merlin Clève, não há como impedir que o órgão legislativo volte a praticar inconstitucionalidade mediante edição de ato novo que ostente o mesmo conteúdo do anterior.³⁶⁰

O Pretório Excelso orientou-se no sentido de que não cabe reclamação no caso de edição de lei de conteúdo idêntico ou similar ao da anteriormente declarada inconstitucional, haja vista não estar o legislador vinculado à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente. Em tal hipótese, caberá o ajuizamento de nova ação direta.³⁶¹

Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional, p. 364-365. Constituição Federal: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; III ‘*usque*’ V (...) VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; VII ‘*usque*’ XV (...) XVI – nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União; XVII ‘*usque*’ (...) XXIV – prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior; XXV – prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;”.

³⁵⁹ Constituição Federal: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I ‘*usque*’ III (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade 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.” Lei n. 9.868/99: “Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União* a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

³⁶⁰ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 241.

³⁶¹ ADI-MC 1.850/RS – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 02/09/1998 – DJU: 27/04/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 21/11/2009. “Ementa: I. Reclamação: cabimento para garantir a autoridade das decisões do STF no controle direto de constitucionalidade de normas: hipóteses de cabimento hoje admitidas pela jurisprudência (precedentes), que, entretanto, não abrangem o caso da edição de lei de conteúdo idêntico ou similar ao da anteriormente declarada inconstitucional, à falta de vinculação do legislador à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente, que há de ser objeto de nova ação direta. II. Medida cautelar: implausibilidade da arguição de inconstitucionalidade fundada na concessão de cautelar em outra ação direta sobre lei similar, que, no entanto, a decisão definitiva veio a declarar constitucional (ADIn 1591). III. Concurso público: não contraria a exigência do concurso público a criação de carreira por fusão de carreiras precedentes: o que pode afrontá-la é a forma de provimento dos cargos da carreira nova pelos integrantes das carreiras anteriores.”

O Ministro Cezar Peluso, em voto proferido na Rcl-AgR 2.617/MG, esclareceu que o ordenamento jurídico não estendeu ao legislador os efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade.³⁶²

4.4.6.4 Efeitos transcendententes

Pelo enfoque da teoria extensiva,³⁶³ o efeito vinculante não se restringe apenas à parte dispositiva, mas abarca também os motivos determinantes da decisão judicial. Desse modo, as razões determinantes da decisão do Pretório Excelso vinculam, em casos futuros, todos os demais órgãos judiciais e as autoridades administrativas.³⁶⁴

³⁶² O Ministro Cezar Peluso, em seu voto na Rcl-AgR 2.617/MG, menciona que “Está visto, pois, que nosso ordenamento não estendeu ao legislador os efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade. Nem se pode tirar coisa diversa à só previsão da eficácia ‘*erga omnes*’. Já se demonstrou alhures, com abundância de argumentos, que, como fruto de exegese de textos similares ou análogos, a proibição de reprodução de norma idêntica à que foi declarada inconstitucional não pode inspirar-se nalgum princípio processual geral que iniba renovação do comportamento subjacente a ato concreto anulado ou tido por ilegal, o que, sob a autoridade da ‘*res iudicata*’, conviria apenas a processos de índole subjetiva. Ademais, o postulado da segurança jurídica acabaria, contra uma correta interpretação constitucional sistemático-teleológica, sacrificando, em relação às leis futuras, a própria justiça da decisão. Por outro lado, tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. E, como razão de não menor tomo, a proibição erigiria mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição.” (*Informativo STF* n. 386 – <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 21/11/2009). Rcl-AgR 2.617/MG – Relator Ministro Cezar Peluso – Julgamento: 23/02/2005 – DJU: 20/05/2005 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 21/11/2009. “Ementa: Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia *erga omnes*, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal n. 9.868/99. A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão.”

³⁶³ Diversos doutrinadores brasileiros seguem a teoria da transcendência dos motivos determinantes, podendo, por exemplo, ser citados os seguintes: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868, de 10/11/1999*, cit.; MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional. Teoria da Constituição*, cit., p. 220; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 140-142; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 749.

³⁶⁴ BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? cit., p. 371.

Por outro lado, em contrapartida, há a teoria restritiva,³⁶⁵ em que se defende que somente a parte dispositiva da decisão torna-se juridicamente vinculante, o que não impede a avaliação e análise dos motivos e das razões determinantes do julgado para dirimir dúvidas quanto ao alcance da parte dispositiva.³⁶⁶

A Suprema Corte reconhece o fenômeno da “transcendência dos motivos determinantes” da decisão em processo de fiscalização abstrata de normas, proclamando que o efeito vinculante abrange os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*), projetando-se, por conseguinte, para além da parte dispositiva do julgado.³⁶⁷

³⁶⁵ Entre os doutrinadores do Brasil, Clèmerson Merlin Clève é partidário da teoria restritiva, sustentando que “No caso brasileiro, porque o Constituinte reformador referiu-se à ‘decisão definitiva de mérito’, o efeito vinculante restringe-se exclusivamente à sua (dela: a decisão) parte dispositiva, não alcançando os seus fundamentos determinantes.” (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 307). Em estudo minucioso sobre o tema sub examine, André Dias Fernandes afirma que a interpretação histórico-evolutiva e o elemento sistemático são desfavoráveis à tese da extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes. Aduz que a interpretação sistemática da Lei n. 9.868/99 conduz à conclusão de que somente a parte dispositiva do acórdão do STF é capaz de produzir efeito vinculante. Adverte, por fim, que, não obstante a tese da limitação do efeito vinculante à parte dispositiva, nada impede a análise dos fundamentos determinantes da decisão do STF “para o fim de melhor compreender e esclarecer o sentido e o alcance da parte dispositiva.” (*Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada ‘erga omnes’ e eficácia ‘erga omnes’*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 203-215). Juliano Taveira Bernardes tece severas críticas à teoria extensiva, na qual enxerga inconstitucionalidade. (Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? cit., p. 373-378).

³⁶⁶ BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? cit., p. 372.

³⁶⁷ Rcl 1.987/DF – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 01/10/2003 – DJU: 21/05/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de sequestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada – ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia ‘erga omnes’ e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de sequestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente.”

Essa corrente ganhou força no âmbito do Supremo Tribunal por obra do Ministro Gilmar Mendes, que, com arrimo na doutrina alemã, perfilha a posição de que o efeito vinculante se estende também aos chamados fundamentos determinantes da decisão e, assim, segundo esse entendimento, a eficácia da decisão da Corte transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.³⁶⁸

Nessa linha, por consequência, tem sido admitida reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pela Alta Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se configure de forma oblíqua.³⁶⁹

³⁶⁸ Rcl 2.363/PA – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 23/10/2003 – DJU: 01/04/2005 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: RECLAMAÇÃO. 2. Sequestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de sequestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente.” Convém reproduzir, nessa passagem, excerto do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no caso em questão: “(...) Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados ‘obiter dicta’ (Cf. Maunz, in Maunz, et al., *BVerfGG*, cit., § 31, I, n. 16). Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a ideia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão (*BVerfGE* 1, 14 (37); 4, 31 (38); 5, 34 (37); 19, 377 (392); 20, 56 (86); 24, 289 (294); 33, 199 (203); 40, 88 (93); cf., também, Maunz, dentre outros, *BVerfGG*, § 31, I, n. 16; Norbert Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung*, Berlim, 1979, p. 42). Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros. (...)”

³⁶⁹ Rcl 1.987/DF – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 01/10/2003 – DJU: 21/05/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de sequestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada – ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para

Estão excluídas da teoria dos fundamentos determinantes as considerações marginais, ou seja, as coisas ditas de passagem (*obiter dicta*). E, nessa seara, Juliano Taveira Bernardes³⁷⁰ destaca, entre outras críticas à teoria extensiva, que se faz necessário distinguir as verdadeiras razões de decidir dos simples *obiter dicta*, pois, na prática, têm ocorrido divergências de entendimento, como se deu no julgamento da Rcl-AgR 2.475/MG.³⁷¹

4.4.6.5 Efeitos temporais

A natureza da decisão que reconhece a inconstitucionalidade é declaratória, na medida em que se limita a constatar uma situação preexistente, declarando a nulidade da norma.³⁷²

motivar o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de sequestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente.”

³⁷⁰ BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? cit., p. 375.

³⁷¹ Informação veiculada no *Informativo STF* n. 474/2007, retratando a divergência ocorrida em relação ao debate acerca do efeito vinculante versus ‘obiter dictum’ no julgamento da Rcl 2.475/MG. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo/474.htm>>. Acesso em: 22/11/2009. “Efeito Vinculante e ‘Obiter Dictum’ O Tribunal, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão que indeferira pedido de medida liminar em reclamação ajuizada pela União, na qual se sustentava que julgado do STJ – em que se entendera que a isenção concedida pela LC 70/91 às sociedades prestadoras de serviço não pode ser revogada por lei ordinária – teria ofendido a autoridade da decisão proferida por esta Corte nos autos da ADC 1/DF (DJU de 6.6.95). Alegava-se, na espécie, que a decisão proferida pelo STF na citada ADC, cujo efeito é vinculante, teria considerado a LC 70/91 como materialmente ordinária, e apenas formalmente complementar, estando legitimada, portanto, a sua revogação por meio da Lei 9.430/96 – v. *Informativo* 335. Reportando-se à parte dispositiva e à ementa do acórdão proferido na referida ação declaratória, entendeu-se que o Tribunal, no julgamento da ADC 1/DF, não decidira no sentido de que a LC 70/91 seria materialmente lei ordinária ou apenas formalmente complementar, e que a afirmação de que a mencionada lei complementar seria materialmente ordinária, constante dos votos do relator e do Min. Carlos Velloso, proferidos naquele julgado, caracterizara-se como ‘obiter dictum’, que não integra o dispositivo da decisão, nem se sujeita ao efeito vinculante. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Celso de Mello que, salientando que a referida afirmação constituía premissa essencial que conduziria à conclusão pela constitucionalidade dos dispositivos em discussão naquele julgamento, proviam o recurso, por entender que o alcance do efeito vinculante da decisão não está limitado a sua parte dispositiva, devendo abranger, também, os chamados ‘fundamentos determinantes’.” Rcl 2475 AgR/MG, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 2.8.2007 (Rcl-2475).

³⁷² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 185.

Em regra, a norma jurídica inconstitucional é nula, de sorte que, com a declaração de sua inconstitucionalidade, ela é retirada do ordenamento jurídico com eficácia retroativa (*ex tunc*), desde o seu nascimento. E, por decorrência, são considerados evitados de vício todos os atos praticados com base nela.³⁷³

Em diversos precedentes, o Supremo Tribunal atenuou a teoria da nulidade, estabelecendo, de forma excepcional, que o ato decisório não deveria produzir efeitos retroativos.³⁷⁴

Para Vicente Paulo e Alexandre Marcelino, a adoção do entendimento de que a lei inconstitucional é anulável, e não necessariamente nula, com mitigação da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade da lei, encontra justificativa nos casos em que se deve tutelar e respeitar a boa-fé e a segurança jurídica, notadamente para não prejudicar os agentes que firmaram certas relações jurídicas sob a vigência da lei ainda não declarada inconstitucional.³⁷⁵

Consentâneo com essa realidade, o legislador houve por bem disciplinar a modulação temporal dos efeitos da decisão no artigo 27 da Lei n. 9.868/99.³⁷⁶

³⁷³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 166.

³⁷⁴ Conforme rememora Luís Roberto Barroso (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 185), há o caso dos magistrados que receberam, de boa-fé, vantagem pecuniária considerada inconstitucional. A remuneração foi interrompida, mas não foram eles compelidos a proceder à devolução da quantia recebida, consoante julgado abaixo reproduzido: RE 122.202/MG – Relator Ministro Francisco Rezek – Julgamento: 10/08/1993 – DJU: 08/04/1994 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigiou lei estadual a revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte.” Outro caso lembrado é o do Oficial de Justiça cuja lei de investidura foi considerada inconstitucional, sem que a penhora por ele realizada na condição de funcionário de fato fosse invalidada. Segue, abaixo, o julgado em questão: RE 78.594/SP – Relator Ministro Bilac Pinto – Julgamento: 07/06/1974 – DJU: 04/11/1974 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: FUNCIONÁRIO PÚBLICO. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. DE OFICIAL VALIDADE DO ATO PRATICADO POR FUNCIONÁRIO DE FATO. APESAR DE PROCLAMADA A ILEGALIDADE DA INVESTIDURA DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO NA FUNÇÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA, EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL QUE AUTORIZOU TAL DESIGNAÇÃO, O ATO POR ELE PRATICADO É VÁLIDO. – RECURSO NÃO CONHECIDO.”

³⁷⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 167.

³⁷⁶ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Desde que presentes os pressupostos legais, tais como razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e deliberação de dois terços dos seus membros, poderá a Alta Corte atribuir efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* às decisões em que haja reconhecimento de inconstitucionalidade de lei. Em outras palavras, o Supremo poderá:

- a) restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade;
- b) conferir efeitos não retroativos (*ex nunc*) ao seu ato decisório e
- c) fixar outro momento para o início da eficácia de sua decisão.

Relativamente à hipótese da letra “a”, o Pretório Excelso poderá restringir a eficácia da decisão contra todos (*erga omnes*), afastando o seu alcance, por exemplo, em relação a uma categoria de pessoas que poderiam sofrer ônus excessivo ou insuportável. Quanto à situação da letra “b”, a Corte pode determinar que a declaração de inconstitucionalidade produzirá efeitos prospectivos, a partir do trânsito em julgado de seu ato decisório, resguardando a validade de todos os atos já praticados com base na lei impugnada, ou seja, entre o início de sua vigência e a pronúncia de sua inconstitucionalidade. Por fim, no tocante à letra “c”, o Tribunal poderá conceder uma sobrevida à norma, fixando um outro momento, que pode ser no futuro, para que a declaração de inconstitucionalidade comece a surtir efeitos.³⁷⁷

³⁷⁷ Embora a Lei n. 9.868/99 tenha estabelecido a possibilidade de modulação no tempo apenas para o controle concentrado, o fato é que o Supremo Tribunal passou a admiti-la também no controle incidental de constitucionalidade, conforme se vê no julgamento do RE n. 197.917. Em tal julgamento, a Alta Corte assegurou, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade, considerando, sobretudo, o princípio da segurança jurídica. RE 197.917/SP – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 06/06/2002 – DJU: 07/05/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada

Luís Roberto Barroso elucida que, nesses casos de dosagem dos efeitos retroativos da decisão, o Supremo Tribunal realiza uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei considerada inconstitucional, como, por exemplo, a boa-fé, a moralidade, a coisa julgada, a razoabilidade, entre outros.³⁷⁸

4.4.6.6 Efeito repristinatório

A decisão da Excelsa Corte no controle concentrado é dotada de efeitos repristinatórios em relação à lei anterior, que havia sido revogada pela norma considerada inconstitucional. Como a declaração de inconstitucionalidade é de eficácia retroativa (*ex tunc*), a revogação que a lei inconstitucional havia produzido torna-se sem efeito. Dessa maneira, “é como se a lei anteriormente revogada pela lei declarada inconstitucional em ação direta jamais tivesse perdido sua vigência, não sofrendo solução de continuidade.”³⁷⁹

Alexandre de Moraes registra que os efeitos repristinatórios decorrem automaticamente da declaração de inconstitucionalidade por força de expressa disposição legal, independentemente de previsão no acórdão.³⁸⁰

O Supremo Tribunal vem se valendo da expressão “efeito repristinatório” da declaração de inconstitucionalidade, haja vista que, se a lei é nula, ela nunca teve eficácia. Se a lei inconstitucional nunca teve eficácia, ela nunca revogou nenhuma norma. Logo, se não houve revogação de nenhuma norma, aquela que teria sido supostamente revogada permanece tendo eficácia.³⁸¹

traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, *‘incidenter tantum’*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *‘ex tunc’*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *‘pro futuro’* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.”

³⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 187.

³⁷⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 103.

³⁸⁰ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, cit., p. 272.

³⁸¹ Vale a pena conferir o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na ADI 2.215/PE (*Informativo* n. 224/2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo_224.htm>. Acesso em: 22/11/2009): “(...) Já se afirmou, no início desta decisão, que a declaração de inconstitucionalidade *‘in abstracto’*, de um lado, e a suspensão cautelar de

Cumprido ressaltar que repristinação e efeito repristinatório são expressões distintas e inconfundíveis, embora o Supremo as utilize sem muito critério.

Segundo Clèmerson Merlin Clève, “por ‘efeito repristinatório’ identificar-se-ia o fenômeno da reentrada em vigor da norma ‘aparentemente’ revogada. Já a ‘repristinação’, instituto distinto, substanciaria a reentrada em vigor da norma ‘efetivamente’ revogada em função da revogação (mas não da anulação) da norma revogadora.”³⁸²

A repristinação somente é permitida caso haja expressa previsão legal, por vedação do artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil.³⁸³

No entender de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, a repristinação é um fenômeno legislativo que se relaciona com a vigência, ao passo que o efeito repristinatório decorre da declaração de nulidade de um ato normativo, que não revogou validamente outro, envolvendo duas leis e uma decisão judicial.³⁸⁴

eficácia do ato reputado inconstitucional, de outro, importam – considerado o efeito repristinatório que lhes é inerente – em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. Esse entendimento – hoje expressamente consagrado em nosso sistema de direito positivo (Lei n. 9.868/99, art. 11, § 2º) –, além de refletir-se no magistério da doutrina (ALEXANDRE DE MORAES, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, p. 272, item n. 6.2.1, 2000, Atlas; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. RT, 2000. p. 249; CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 4, tomo III/87, 1997, Saraiva; ZENO VELOSO, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, p. 213/214, item n. 212, 1999, Cejup), também encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, desde o regime constitucional anterior (RTJ 101/499, 503, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 120/64, Rel. Min. FRANCISCO REZEK), vem reconhecendo a existência de efeito repristinatório nas decisões desta Corte Suprema, que, em sede de fiscalização normativa abstrata, declaram a inconstitucionalidade ou deferem medida cautelar de suspensão de eficácia dos atos estatais questionados em ação direta (RTJ 146/461-462, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 2.028-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES – ADI 2.036-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES). O sentido e o alcance do efeito repristinatório foram claramente definidos, em texto preciso, por CLÈMERSON MERLIN CLÈVE (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 249/250, 2. ed., 2000, RT), cuja autorizada lição assim expôs o tema pertinente à restauração de eficácia do ato declarado inconstitucional, em sede de controle abstrato, ou objeto de suspensão cautelar de aplicabilidade, deferida em igual sede processual: “Porque o ato inconstitucional, no Brasil, é nulo (e não, simplesmente, anulável), a decisão judicial que assim o declara produz efeitos repristinatórios. Sendo nulo, do ato inconstitucional não decorre eficácia derogatória das leis anteriores. A decisão judicial que decreta (*‘rectius’*, que declara) a inconstitucionalidade atinge todos os ‘possíveis efeitos que uma lei constitucional é capaz de gerar’, inclusive a cláusula expressa ou implícita de revogação. Sendo nula a lei declarada inconstitucional, diz o Ministro Moreira Alves, ‘permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade’.”

³⁸² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit. p. 250.

³⁸³ “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (...) § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

³⁸⁴ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O efeito repristinatório na declaração de inconstitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional – Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 349.

O efeito repristinatório está expressamente disciplinado no artigo 11, § 2º, da Lei n. 9.868/99,³⁸⁵ que diz respeito à concessão de medida cautelar. Não obstante, a mesma regra é aplicável à decisão de mérito na ação direta de inconstitucionalidade, conforme vem decidindo a Excelsa Corte.³⁸⁶

Clèmerson Merlin Clève adverte que nem sempre o efeito repristinatório é vantajoso, porquanto a norma reentrante pode estar inquinada de inconstitucionalidade ainda mais grave que a do ato normativo nulificado. Assim, restando detectada eventual eficácia repristinatória indesejada, cabe requerer, já na inicial da ação direta, que seja pronunciada a inconstitucionalidade da norma impugnada e, desde que possível, a do ato normativo ressuscitado.³⁸⁷

³⁸⁵ “Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo. (...) § 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.”

³⁸⁶ ADI 2.903/PB – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 01/12/2005 – DJU: 19/09/2008 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – CONFIGURAÇÃO – DEFENSORIA PÚBLICA – RELEVÂNCIA DESSA INSTITUIÇÃO PERMANENTE, ESSENCIAL À FUNÇÃO DO ESTADO – A EFICÁCIA VINCULANTE, NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, NÃO SE ESTENDE AO PODER LEGISLATIVO – LEGISLAÇÃO PERTINENTE À ORGANIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA – MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE (CF, ART. 24, XIII, C/C O ART. 134, § 1º) – FIXAÇÃO, PELA UNIÃO, DE DIRETRIZES GERAIS E, PELOS ESTADOS-MEMBROS, DE NORMAS SUPLEMENTARES – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE ESTABELECE CRITÉRIOS PARA INVESTIDURA NOS CARGOS DE DEFENSOR PÚBLICO-GERAL, DE SEU SUBSTITUTO E DE CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO – OFENSA AO ART. 134, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NA REDAÇÃO QUE LHE DEU A EC N. 45/2004 – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE CONTRARIA, FRONTALMENTE, CRITÉRIOS MÍNIMOS LEGITIMAMENTE VEICULADOS, EM SEDE DE NORMAS GERAIS, PELA UNIÃO FEDERAL – INCONSTITUCIONALIDADE CARACTERIZADA – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) – ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL – FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – PERTINÊNCIA TEMÁTICA DEMONSTRADA – LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” RECONHECIDA. (...) A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE “IN ABSTRACTO” E O EFEITO REPRISTINATÓRIO. – A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida em sede de fiscalização normativa abstrata, importa – considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente (RTJ 187/161-162 – RTJ 194/504-505 – ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 3.148/TO, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – em restauração das normas estatais precedentemente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por juridicamente inválido, não se reveste de qualquer carga de eficácia jurídica, mostrando-se incapaz, até mesmo, de revogar a legislação a ele anterior e com ele incompatível. Doutrina. Precedentes.”

³⁸⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 250.

A Máxima Corte firmou orientação de que o afastamento do efeito repristinatório indesejado depende de pedido específico da parte autora. Cabe, nessa situação, a apresentação de pedidos sucessivos de inconstitucionalidade, tanto da lei impugnada, assim como da lei por ela revogada.³⁸⁸

4.4.7 Modalidades de decisão

O Poder Judiciário pode pronunciar e declarar a inconstitucionalidade de lei de variadas formas.

É relevante consignar, por oportuno, que há situações em que a Suprema Corte deixa de declarar a inconstitucionalidade de norma impugnada para evitar o chamado “agravamento do estado de inconstitucionalidade”. Embora esteja evidenciada a inconstitucionalidade, a retirada do ato viciado do mundo jurídico poderia ocasionar lesão de maior gravidade do que aquela decorrente de sua manutenção. Assim foi decidido no julgamento do RE 274.383/SP, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.³⁸⁹

³⁸⁸ ADI 3.148/TO – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 13/12/2006 – DJU: 28/09/2007 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEGISLAÇÃO ESTADUAL PERTINENTE À EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE LOTÉRICA – DISCUSSÃO SOBRE A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE O TEMA REFERENTE A SISTEMAS DE SORTEIOS – MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (CF, ART. 22, INCISO XX) – HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO REFERENTE À EXPLORAÇÃO DOS JOGOS E SISTEMAS LOTÉRICOS (INCLUSIVE BINGOS) NO BRASIL – DIPLOMAS NORMATIVOS ESTADUAIS QUE DISCIPLINAM OS SERVIÇOS DE LOTERIAS E INSTITUEM NOVAS MODALIDADES DE JOGOS DE AZAR – MATÉRIA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADA, EM CARÁTER DE ABSOLUTA PRIVATIVIDADE, À UNIÃO FEDERAL – USURPAÇÃO, PELO ESTADO-MEMBRO, DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EXCLUSIVA DA UNIÃO – OFENSA AO ART. 22, XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DAS LEIS E DECRETOS DO ESTADO DO TOCANTINS QUE DISPUSERAM SOBRE JOGOS E SISTEMAS LOTÉRICOS – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO PERTINENTE A SISTEMAS DE SORTEIOS – MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (CF, ART. 22, INCISO XX) – NORMAS ESTADUAIS QUE DISCIPLINAM A ATIVIDADE LOTÉRICA – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA – PRECEDENTES. (...) FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE E EFEITO REPRISTINATÓRIO. (...) Considerações em torno da questão da eficácia repristinatória indesejada e da necessidade de impugnar os atos normativos, que, embora revogados, exteriorizem os mesmos vícios de inconstitucionalidade que inquinam a legislação revogadora. – Ação direta que impugna, não apenas a Lei estadual n. 1.123/2000, mas, também, os diplomas legislativos que, versando matéria idêntica (serviços lotéricos), foram por ela revogados. Necessidade, em tal hipótese, de impugnação de todo o complexo normativo. Correta formulação, na espécie, de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, porque também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Reconhecimento da inconstitucionalidade desses diplomas legislativos, não obstante já revogados.”

³⁸⁹ RE 274.383/SP – Relatora Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 29/03/2005 – DJU: 22/04/2005 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em:

Consoante Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, a inconstitucionalidade de uma lei pode dar ensejo a variadas formas de declaração de nulidade, a saber: declaração de nulidade total, declaração de nulidade parcial, declaração de nulidade parcial sem redução do texto e interpretação conforme a Constituição.³⁹⁰

4.4.7.1 Declaração de nulidade total

Pode-se falar que há declaração de nulidade total nas hipóteses em que a Alta Corte invalida a totalidade da lei ou do ato normativo impugnado.

22/11/2009. “Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. INICIATIVA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO. EMENDA PELO PODER LEGISLATIVO. AUMENTO DE DESPESA. 1. Norma municipal que confere aos servidores inativos o recebimento de proventos integrais correspondente ao vencimento de seu cargo. Lei posterior que condiciona o recebimento deste benefício, pelos ocupantes de cargo em comissão, ao exercício do serviço público por, no mínimo, 12 anos. 2. Norma que rege o regime jurídico de servidor público. Iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Alegação de inconstitucionalidade desta regra, ante a emenda da Câmara de Vereadores, que reduziu o tempo mínimo de exercício de 15 para 12 anos. 3. Entendimento consolidado desta Corte no sentido de ser permitido a Parlamentares apresentar emendas a projeto de iniciativa privativa do Executivo, desde que não causem aumento de despesas (art. 61, § 1º, “a” e “c” combinado com o art. 63, I, todos da CF/88). Inaplicabilidade ao caso concreto. 4. Se a norma impugnada for retirada do mundo jurídico, desaparecerá qualquer limite para a concessão da complementação de aposentadoria, acarretando grande prejuízo às finanças do Município. 5. Inteligência do decidido pelo Plenário desta Corte, na ADI 1.926-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 6. Recurso extraordinário conhecido e improvido.” Vale conferir a informação veiculada no *Informativo STF* n. 381/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo381.htm>>. Acesso em: 22/11/2009. “Aumento da Despesa e Agravamento do Estado de Inconstitucionalidade. A Turma negou provimento a recurso extraordinário em que o recorrente, ocupante de cargo em comissão, pretendia receber complementação dos proventos de sua aposentadoria, correspondente à diferença entre o que percebe do INSS e os vencimentos do cargo no qual se aposentara. Sustentava o recorrente que a Lei 2.241/89, do Município de Mauá, que acrescentou o parágrafo único do art. 147 da Lei 1.046/68, e instituiu limite de tempo para a concessão desse benefício, seria inconstitucional, já que sofrera emenda na Câmara dos Vereadores, a qual, alterando a redação original do projeto enviado pelo Prefeito, reduzira de 15 para 12 anos o aludido limite temporal, o que seria vedado por se tratar de matéria de iniciativa do Poder Executivo, qual seja, regime jurídico do servidor público. Rejeitou-se a alegação de inconstitucionalidade formal do dispositivo, haja vista entendimento do STF no sentido de ser permitido a parlamentares apresentarem emendas a projeto de iniciativa privativa do Executivo, desde de que tais modificações não inovem o tema veiculado no projeto remetido e tampouco acarretem aumento de despesas, em obediência ao disposto no art. 63, I, da CF. Entendeu-se, ainda, que o aumento de despesa não poderia ser invocado para a declaração pretendida, porquanto, se o mencionado artigo fosse retirado do mundo jurídico, desapareceria qualquer exigência de tempo mínimo para a aquisição do benefício pleiteado, o que ensejaria dano muito maior às finanças municipais, agravando o estado de inconstitucionalidade. Por fim, asseverou-se que o recorrente não atingira o tempo mínimo necessário a fazer jus à aposentadoria com proventos integrais, nos termos do dispositivo impugnado. RE 274383/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 29.3.2005 (RE-274383)”.

³⁹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1182-1194.

A declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa ocorre à vista da constatação de defeitos formais, tais como a não observância das disposições relativas à iniciativa de lei ou à competência legislativa, visto que, nesses casos, inexistente possibilidade de divisão da lei em partes válidas e inválidas.³⁹¹

O Supremo Tribunal já teve oportunidade de apreciar diversos casos que versam sobre descumprimento de normas constitucionais referentes ao processo legislativo, notadamente em que há inconstitucionalidade formal por violação aos comandos constitucionais de repartição de competências entre a União, os Estados e o Distrito Federal,³⁹² assim como por ofensa às regras atinentes à reserva de iniciativa legislativa de órgãos ou poderes.³⁹³

³⁹¹ Ibidem, p. 1182.

³⁹² ADI 3.098/SP – Relator Ministro Carlos Velloso – Julgamento: 24/11/2005 – DJU: 10/03/2006 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. LEI 9.394, DE 1996. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE: CF, ART. 24. COMPETÊNCIA ESTADUAL CONCORRENTE NÃO CUMULATIVA OU SUPLEMENTAR E COMPETÊNCIA CONCORRENTE ESTADUAL CUMULATIVA. I. – O art. 24 da CF compreende competência estadual concorrente não cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2º) e competência estadual concorrente cumulativa (art. 24, § 3º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1º), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais (art. 24, § 2º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena “para atender a suas peculiaridades” (art. 24, § 3º). Sobrevindo a lei federal de normas gerais, suspende esta a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º). II. – A Lei 10.860, de 31.8.2001, do Estado de São Paulo foi além da competência estadual concorrente não cumulativa e cumulativa, pelo que afrontou a Constituição Federal, art. 22, XXIV, e art. 24, IX, § 2º e § 3º. III. – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.860/2001 do Estado de São Paulo.”

³⁹³ ADI 3.061/AP – Relator Ministro Carlos Britto – Julgamento: 05/04/2006 – DJU: 09/06/2006 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DIRIGIDA CONTRA A LEI N. 538, DE 23 DE MAIO DE 2000, DO ESTADO DO AMAPÁ. – O § 1º do art. 61 da Lei Republicana confere ao Chefe do Poder Executivo a privativa competência para iniciar os processos de elaboração de diplomas legislativos que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e Autárquica, o aumento da respectiva remuneração, bem como os referentes a servidores públicos da União e dos Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (alíneas “a” e “c” do inciso II do art. 61). – Insistindo nessa linha de opção política, a mesma Lei Maior de 1988 habilitou os presidentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça a propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juizes que lhes forem vinculados, tudo nos termos da alínea “b” do inciso II do artigo 96. – A jurisprudência desta Casa de Justiça sedimentou o entendimento de ser a cláusula da reserva de iniciativa, inserta no § 1º do artigo 61 da Constituição Federal de 1988, corolário do princípio da separação dos Poderes. Por isso mesmo, de compulsória observância pelos Estados, inclusive no exercício do poder reformador que lhes assiste (Cf. ADI 250, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADI 843, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADI 227, Rel. Min. Maurício Correa; ADI 774, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e ADI 665, Rel. Sydney Sanches, entre outras). – O diploma legislativo em foco é formalmente inconstitucional, dado que

Há situações em que a Alta Corte pronunciou a nulidade total de uma lei se presente a relação de dependência ou de interdependência entre suas partes constitucionais e inconstitucionais. De fato, se porventura a disposição principal da lei há de ser considerada inconstitucional, ou se há forte integração entre as partes constitucionais e inconstitucionais do ato normativo impugnado, a Corte Maior declarará a inconstitucionalidade da lei em sua integralidade.³⁹⁴

A dependência ou interdependência normativa entre os dispositivos de uma lei pode ocasionar a extensão da declaração de inconstitucionalidade a outros dispositivos, ainda que não expressamente mencionados na peça inicial da ação. É a chamada “declaração de inconstitucionalidade consequente ou por arrastamento”.³⁹⁵

Destarte, o Supremo Tribunal vem flexibilizando o princípio do pedido e tem declarado a inconstitucionalidade por arrastamento de outros dispositivos quando há

o Projeto de Lei n. 102/99, que deu origem à norma impugnada, foi de iniciativa parlamentar. – De outra parte, a Lei amapaense n. 538/02 é materialmente inconstitucional, porquanto criou um diferenciado quadro de pessoal na estrutura dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para aproveitar servidores de outras unidades da Federação, oriundos de qualquer dos três Poderes. Possibilitou, então, movimentação no espaço funcional em ordem a positivar um provimento derivado de cargos públicos. Mas tudo isso fora de qualquer mobilidade no interior de uma mesma carreira. E sem exigir, além do mais, rigorosa compatibilidade entre as novas funções e os padrões remuneratórios de origem. Violação, no particular, à regra constitucional da indispensabilidade do concurso público de provas, ou de provas e títulos para cada qual dos cargos ou empregos a prover na estrutura de pessoal dos Poderes Públicos (Súmula 685 do STF). – Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do instrumento normativo impugnado.”

³⁹⁴ Rp 1.379/MG – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 12/08/1987 – DJU: 11/09/1987 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMA DUPLO DE VENCIMENTOS E DE VANTAGENS PARA A MAGISTRATURA DA MESMA CARREIRA E INCONSTITUCIONAL. NO CASO, DECLARA-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DE TODA A SISTEMÁTICA, PORQUE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL IMPORTARIA VERDADEIRA CRIAÇÃO DE UMA LEI NOVA, NÃO VOTADA PELO LEGISLATIVO, QUE, PRESUMIDAMENTE, NÃO A VOTARIA POR AFASTAR-SE DA ORIENTAÇÃO QUE PRESIDU A SUA FEITURA. REPRESENTAÇÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAIS OS ARTIGOS TERCEIRO, QUARTO (E SEU PARAGRAFO ÚNICO), QUINTO (E SEUS PARAGRAFOS) E SEXTO DA LEI 9.262, DE 11 DE SETEMBRO DE 1986, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. RESSALVA QUANTO AO ANEXO II DA REFERIDA LEI.”

³⁹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1183-1184. Carlos Blanco de Moraes, jurista português, ao tratar do princípio do pedido e do problema da inconstitucionalidade consequente, pontua que “Esta problemática releva, sobretudo, para o universo das invalidades consequentes e têm lugar sempre que existam normas hierárquica, funcional ou instrumentalmente dependentes de outras normas de natureza principal cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade tenha sido declarada e que, em razão dessa dependência, tenham sido atingidas ‘por arrastamento’ pela invalidade.” (*Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. t. II, p. 525).

dependência normativa em relação aos dispositivos inconstitucionais expressamente questionados na ação direta.³⁹⁶

4.4.7.2 Declaração de nulidade parcial

A declaração de nulidade parcial decorre da aplicação da teoria da divisibilidade da lei, de maneira que o Pretório Excelso somente pronuncia a inconstitucionalidade dos dispositivos viciados, não estendendo a declaração de invalidade às outras partes da lei, desde que estas possam subsistir de modo autônomo.

Por conta do princípio da parcelaridade, o Poder Judiciário pode expurgar do texto normativo uma palavra ou expressão figurante no *caput* de um artigo, em um parágrafo, em um inciso ou em uma alínea.

Todavia, a Corte deve permanecer atenta aos limites de sua atuação, uma vez que de sua decisão não poderá resultar uma “nova norma”, diversa daquela correspondente à vontade do legislador. Se da declaração de nulidade resultar a criação de uma nova lei, que não corresponda às concepções inspiradoras do legislador, caberá a declaração de inconstitucionalidade de toda a lei.³⁹⁷

³⁹⁶ ADI-QO 2.982/CE – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 17/06/2004 – DJU: 12/11/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: 1. Questão de ordem. 2. Extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na inicial. 3. Inconstitucionalidade por arrastamento. 4. Explicitação no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade alcança os seguintes dispositivos: no art. 5º, a expressão "acrescida e calculada juntamente com a Taxa Judiciária e quotas para a Associação Cearense dos Magistrados, para a Associação Cearense do Ministério Público e para a Caixa de Assistência dos Advogados"; o art. 22; no art. 25, a expressão "outra para o recolhimento dos valores destinados aos órgãos de classe especificados no Art. 5º desta Lei"; e o art. 28 da Lei n. 12.381, de 9 de dezembro de 1994, do Estado do Ceará.”

³⁹⁷ Rp 1.379/MG – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 12/08/1987 – DJU: 11/09/1987 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMA DUPLO DE VENCIMENTOS E DE VANTAGENS PARA A MAGISTRATURA DA MESMA CARREIRA E INCONSTITUCIONAL. NO CASO, DECLARA-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DE TODA A SISTEMÁTICA, PORQUE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL IMPORTARIA VERDADEIRA CRIAÇÃO DE UMA LEI NOVA, NÃO VOTADA PELO LEGISLATIVO, QUE, PRESUMIDAMENTE, NÃO A VOTARIA POR AFASTAR-SE DA ORIENTAÇÃO QUE PRESIDIU A SUA FEITURA. REPRESENTAÇÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAIS OS ARTIGOS TERCEIRO, QUARTO (E SEU PARAGRAFO ÚNICO), QUINTO (E SEUS PARAGRAFOS) E SEXTO DA LEI 9.262, DE 11 DE SETEMBRO DE 1986, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. RESSALVA QUANTO AO ANEXO II DA REFERIDA LEI.”

Ao examinar a ADI 3.459/RS, o Supremo Tribunal decidiu não conhecer da ação direta porque a eliminação da expressão normativa impugnada faria com que surgisse nova lei contrária à vontade original do legislador.³⁹⁸

4.4.7.3 Declaração de nulidade parcial sem redução de texto

Na declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a decisão proferida não enseja a eliminação da lei e nem a retirada de vigência de qualquer expressão literal de seu texto.

Na realidade, apenas a aplicação da lei, relativamente a determinadas pessoas ou a certos períodos, é considerada inconstitucional. A norma impugnada continua intacta, sem supressão e nem modificação literal de seu texto, mas a sua aplicação é restringida e limitada, não se admitindo que alcance certas situações nas quais, caso incidisse, configuraria inconstitucionalidade.³⁹⁹

A Excelsa Corte já declarou nulidade parcial sem redução de texto nos casos em que há cobrança de tributo sem a observância do princípio da anterioridade.⁴⁰⁰ Essas decisões não redundam, necessariamente, em cassação da lei, porquanto ela poderá ser aplicada no próximo exercício financeiro sem nenhum óbice.⁴⁰¹

³⁹⁸ ADI 3.459/RS – Relator Ministro Marco Aurélio – Julgamento: 24/08/2005 – DJU: 07/04/2006 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: CARÊNCIA DA AÇÃO – PROCESSO OBJETIVO – PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSEQUÊNCIA – SURGIMENTO DE NORMATIZAÇÃO. Uma vez surgindo, como consequência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, normatização estranha ao crivo da Casa Legislativa, forçoso é concluir pela impossibilidade jurídica.”

³⁹⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 172.

⁴⁰⁰ A orientação passou a ser sumulada, consoante Súmula n. 67 do STF: “É inconstitucional a cobrança do tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro.”

⁴⁰¹ ADI 939/DF – Relator Ministro Sydney Sanches – Julgamento: 15/12/1993 – DJU: 18/03/1994 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. IPMF Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – IPMF. Artigos 5º, par. 2º, 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da CF). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1º – o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5º, par. 2º, art. 60, par. 4º, inciso IV e art. 150, III, “b” da Constituição); 2º – o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4º, inciso I, e art. 150, VI, “a”, da CF); 3. – a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: “b”): templos de qualquer culto; “c”): patrimônio, renda

Na ADI-QO 319/DF, o Supremo Tribunal adotou a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.⁴⁰²

4.4.7.4 *Interpretação conforme a Constituição*

Partindo dos pressupostos da supremacia da Constituição, da necessidade de interpretação das normas jurídicas e da presunção de constitucionalidade das leis, pode-se concluir que a interpretação jurídica é parte integrante do processo de aferição de compatibilidade, ou não, de normas infraconstitucionais com a Carta da República. Assim, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, “quando uma ou algumas das interpretações possíveis da norma resultarem em incompatibilidade com o Texto Magno, avulta a importância da chamada ‘interpretação conforme a Constituição’, significando que se deve optar pela interpretação da norma que se coadune com a Lei Maior, eliminando aquelas que a contrariem.”⁴⁰³

No sentir de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, a interpretação conforme a Constituição⁴⁰⁴ é uma técnica que tem por escopo salvar as leis ou atos normativos,

ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da CF (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.”

⁴⁰² ADI-QO 319/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 03/03/1993 – DJU: 30/04/1993 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: – Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e da outras providencias. – Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que e o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. – Não e, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares. – Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada Lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação a expressão "marco" contida no parágrafo 5º do artigo 2º da referida Lei. Interpretação conforme a Constituição aplicada ao "caput" do artigo 2º, ao parágrafo 5º desse mesmo artigo e ao artigo 4º, todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "marco" contida no parágrafo 5º do artigo 2º da Lei n. 8.039/90, e, parcialmente, o "caput" e o parágrafo 2º do artigo 2º, bem como o artigo 4º os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.”

⁴⁰³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 176.

⁴⁰⁴ J. J. Gomes Canotilho ressalta que, havendo polissemia de sentidos de um ato normativo, a norma não deve ser considerada inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo

possibilitando a sua manutenção no ordenamento jurídico, desde que ofereçam possibilidade de interpretação que seja compatível com o texto da Carta Constitucional brasileira. Essa técnica só tem cabimento quando se enfrenta inconstitucionalidade material, e não formal.⁴⁰⁵

Historiando as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco relatam que, gradualmente, a Excelsa Corte tem se afastado da posição inicialmente agasalhada, diferenciando a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto da interpretação conforme a Constituição.⁴⁰⁶

Para Regina Maria Macedo Nery Ferrari, a diferença anotada é evidente. Na interpretação conforme a Constituição, há reconhecimento da constitucionalidade da norma em virtude da adoção da interpretação que se adapta à Carta Magna, enquanto na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto considera-se inconstitucional a parte que afronta a Constituição.⁴⁰⁷

Há limites para a interpretação conforme a Constituição, na medida em que o intérprete não pode contrariar frontalmente texto literal e sentido da norma interpretada. Além disso, deve o intérprete zelar e respeitar a vontade do legislador, não podendo distorcer o sentido da lei contrariamente à manifesta concepção original do legislador.⁴⁰⁸

Em outros dizeres, significa que a Corte Suprema não pode funcionar como legislador positivo, sendo admitida a interpretação conforme só quando houver espaço para a decisão do Judiciário, deixado pelo Legislativo. Ao Supremo Tribunal

com a Constituição. Segundo o constitucionalista português, “A interpretação das leis em conformidade com a Constituição é um meio de o TC (e os outros tribunais) neutralizarem violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição.” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 958-959). Por seu turno, no artigo intitulado “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, Virgílio Afonso da Silva sustenta que, ao se falar em interpretação conforme a Constituição, não se está versando sobre interpretação constitucional, pois não é a Constituição que deve ser interpretada com ela mesma, mas sim as normas infraconstitucionais. Em suma, a interpretação conforme a Constituição constitui um critério para a interpretação das leis, mas não para a interpretação constitucional (In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 132-133).

⁴⁰⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 246.

⁴⁰⁶ *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1187-1191.

⁴⁰⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, cit., p. 248-249.

⁴⁰⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1192; PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 177-178.

cabe a atuação como legislador negativo, não podendo desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha, a de legislador positivo, sob pena de usurpação de competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

A Excelsa Corte vem aplicando a interpretação conforme a Constituição, consoante se denota, por exemplo, pelo julgamento da ADI-MC 1.344/ES.⁴⁰⁹

No artigo 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99, o legislador optou por separar as figuras da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto e a interpretação conforme a Constituição.⁴¹⁰

O predito dispositivo é claro ao preconizar que a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto

⁴⁰⁹ ADI-MC 1.344/ES – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 18/12/1995 – DJU: 19/04/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22/11/2009. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de medida liminar. Par. 1º do artigo 71 da Lei Complementar n. 46, de 31 de janeiro de 1994, do artigo 2º da Lei Complementar n. 48, de 19 de abril de 1994, e artigo 1º da Lei Complementar n. 50, de 18 de julho de 1994, todas do Estado do Espírito Santo. – Vantagens pessoais excluídas do teto de remuneração. Plausibilidade jurídica do pedido de liminar com relação as vantagens que as normas impugnadas excluem do teto de remuneração e que não são vantagens de caráter individual, por serem correspondentes ao exercício do cargo ou função, independentemente de quem seja o titular ou do que anteriormente ele tenha sido. No caso, são elas: as gratificações pelo exercício de função gratificada, pelo exercício de cargo em comissão, de produtividade e de representação. – Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as varias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente. – Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar ‘para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal’, técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade ‘sem redução do texto’ em decorrência de este permitir ‘interpretação conforme a Constituição’. – Ocorrência, no caso, quer do ‘*periculum in mora*’, quer da conveniência da suspensão requerida. Pedido de cautelar que se defere, em parte, para suspender a eficácia do artigo 2º da Lei Complementar n. 48, de 19 de abril de 1994, do Estado do Espírito Santo; para suspender, sem redução da letra de seu texto, a aplicação do par. 1º do artigo 71 da Lei Complementar n. 46, de 31 de janeiro de 1994, do Estado do Espírito Santo, no que concerne a remissão a alínea “j” do inciso I do artigo 93 da mesma Lei Complementar, bem como para suspender, sem redução de seu texto, a aplicação do artigo 1º da Lei Complementar estadual n. 50, de 18 de julho de 1994, do Estado do Espírito Santo, no que toca a remissão as alíneas “a”, “b” e “j” do inciso I do artigo 93 da Lei Complementar n. 93/94 do mesmo Estado; e para suspender, também, no 1º do artigo 71 da citada Lei Complementar n. 46 e no artigo 1º da referida Lei Complementar n. 50, a remissão que ambos fazem ao inciso III do artigo 93 da também já mencionada Lei Complementar n. 46/94.”

⁴¹⁰ “Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Debruçando-se sobre o tema, Luís Roberto Barroso considera a interpretação conforme a Constituição como gênero, que, por seu turno, comporta as seguintes modalidades de atuação do intérprete:

- a) interpretação da norma infraconstitucional de modo e forma que melhor capte o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;
- b) declaração de que a norma não incide em determinada situação de fato e
- c) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, consistente na exclusão de uma dada interpretação possível da norma, com afirmação de uma interpretação alternativa que seja compatível com a Carta Magna.

Para o referido constitucionalista, no primeiro caso não há incidência do efeito vinculante, pois trata-se de mera declaração de uma interpretação, sem exclusão expressa de outras. Nas duas outras situações, o jurista em referência sustenta que há efeito vinculante, concluindo, por conseguinte, que “juízes e tribunais não poderão aplicar a norma a uma situação de fato que tenha sido excluída da sua incidência pelo Supremo Tribunal Federal, nem tampouco dar à norma uma interpretação que haja sido por ele declarada inválida.”⁴¹¹

⁴¹¹ *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 183-184.

CAPÍTULO 5

OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

5.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

Traçadas as linhas a respeito do controle concentrado de constitucionalidade e sobre pontos específicos da competência, legitimação ativa e passiva, processo, julgamento e efeitos da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade, mister se faz, nessa senda, focar a atenção sobre os atos impugnáveis por meio dessa ação direta genérica à luz da jurisprudência da Suprema Corte brasileira, por serem o objeto de estudo do presente trabalho.

Primeiramente, os comentários cingem-se aos pontos básicos que bem caracterizam as leis e atos normativos impugnáveis por via de controle concentrado de constitucionalidade e, subseqüentemente, há o desdobramento dos comentários, com a especificação de cada espécie normativa e com reprodução, ainda que parcial, de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição de 1988.

5.2 NOÇÃO DE ATOS NORMATIVOS E OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A Constituição da República estabelece que ao Supremo Tribunal compete processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, inciso I, alínea *a*). Nesse caso, a Constituição Federal constitui o paradigma da fiscalização abstrata de constitucionalidade.⁴¹²

Para que possa ser verificada a possibilidade jurídica de exercício da ação direta, é imprescindível a compreensão do significado e alcance do que sejam leis e

⁴¹² A Constituição Federal prevê a fiscalização abstrata, em âmbito estadual, mediante representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º). Nessa hipótese, os atos impugnáveis são as leis ou atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual.

atos normativos, por representarem os parâmetros de confronto para averiguação da existência de eventuais ofensas ao texto da Carta Maior.

Na percepção de Uadi Lammêgo Bulos, as leis são, em sentido amplo, atos primários, escritos, bilaterais, abstratos, gerais e imperativos. Atos normativos são, por seu turno, pautas prescritivas de comportamento que encerram um juízo de dever-ser, contendo, na substância, densidade normativa. As leis são elaboradas pelo Poder Legislativo, enquanto os atos normativos não são necessariamente elaborados pelo Legislativo, podendo ser editados pelo Executivo e Judiciário no exercício de suas co-respectivas funções constitucionais.⁴¹³

Nos dizeres do mencionado constitucionalista, “não é o exame da forma nem a fonte de origem que possibilitam o entendimento do que sejam atos normativos. É o conteúdo do ato que permite identificá-lo como sendo normativo”.⁴¹⁴

À evidência, nessa espécie de ação busca-se realizar o controle de constitucionalidade de ato revestido de normatividade, marcado pela generalidade e abstração.⁴¹⁵ Vale dizer, é ato dirigido a um número indeterminado e indistinto de indivíduos que se enquadrem na situação hipotética descrita abstratamente no ato normativo.⁴¹⁶

Quanto às características de generalidade e abstração, Celso Antônio Bandeira de Mello, contraditando Bobbio⁴¹⁷ em alguns aspectos, expõe o seu ponto de vista:

⁴¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 169.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 169.

⁴¹⁵ Acerca das características de generalidade e abstração, Sílvio de Salvo Venosa declara que a “(...) norma é geral e abstrata, no direito contemporâneo, pois não deve regular um caso em particular, mas todas as situações fáticas que se subsumem à sua descrição. É abstrata porque prescreve uma conduta; geral porque se destina a um número indeterminado de pessoas, número mais ou menos amplo. A generalidade permite que a norma alcance atos, ações, condutas de um número indeterminado de pessoas” (*Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 106).

⁴¹⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 74.

⁴¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello discorda da classificação de normas jurídicas, baseada na combinação dos requisitos de generalidade, abstração, individualidade e concretude, proposta por Norberto Bobbio. Em sua obra *Teoria da norma jurídica*, o jusfilósofo italiano alinha as suas ideias no sentido de que “combinando-se os quatro requisitos, o da generalidade, o da abstração, o da individualidade e o da concretude, as normas jurídicas podem ser de quatro tipos: ‘normas gerais e abstratas’ (deste tipo são a maior parte das leis, por exemplo, as leis penais); ‘normas gerais e concretas’ (uma lei que declara mobilização geral se volta a uma classe de cidadãos e ao mesmo tempo prescreve uma ação singular que, uma vez cumprida, exaure a eficácia da norma); ‘normas individuais e abstratas’ (uma lei que atribui a uma determinada pessoa um ofício, por exemplo, o de juiz da Corte constitucional, se dirige a um só indivíduo e lhe prescreve não uma ação singular, mas todas aquelas que são inerentes ao exercício da função); ‘normas individuais e concretas’ (o exemplo mais característico é fornecido pelas sentenças do juiz).” (4. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2008. p. 183).

“A lei se diz ‘geral’, quando apanha uma classe de sujeitos. ‘Generalidade’ opõe-se a ‘individualização’, que sucede toda vez que se volta para um único sujeito, particularizadamente, caso em que se deve nominá-la lei ‘individual’. Diversa coisa é a abstração da lei. Convém denominar de ‘abstrata’ a regra que supõe situação reproduzível, ou seja, ‘ação-tipo’, como diz Norberto Bobbio. O contraposto do preceito abstrato é o ‘concreto’, relativo à situação única, prevista para uma só ocorrência; portanto, sem hipotetizar sua renovação. (...)”

Consideramos, contudo, que o ilustre jusfilósofo se engana ao estabelecer as possíveis combinações entre estes quatro tipos de normas: gerais, individuais, abstratas e concretas. Isto porque, consoante nos parece, toda norma ‘abstrata’ – ao contrário do que supõe Bobbio – é sempre ‘geral’, embora seja certo que a característica da generalidade nada predica quanto à abstração ou concreção da regra. Vale dizer: a generalidade é neutra quanto a isto. Reversamente, a abstração contém, requer, logicamente, a generalidade.”⁴¹⁸

Elival da Silva Ramos trilha a linha dos que relacionam a característica de generalidade aos destinatários da norma, em que há contraposição de norma geral e norma individual, e dos que entendem que a abstração se refere ao objeto da norma, em que há distinção da norma abstrata e norma concreta.⁴¹⁹

Consoante Clèmerson Merlin Clève, se o ato normativo for genérico, a doutrina o identifica como lei material. Se, ao revés, o ato legislativo contiver preceitos concretos, a doutrina o denomina de lei meramente formal.⁴²⁰

As leis de efeitos concretos, com destinatários certos e determinados, são desprovidas de generalidade e abstração, de modo que essas leis, conhecidas como meramente formais, não podem ser impugnadas por ação direta de inconstitucionalidade, conforme entendimento assentado pela Alta Corte.⁴²¹

⁴¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26-27.

⁴¹⁹ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 193.

⁴²⁰ Calçado na doutrina pátria, Clèmerson Merlin Clève faz a distinção entre lei material e lei meramente formal, explicitando, em sua obra *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro* (p. 189-190), que “na doutrina brasileira – a que neste momento interessa – a diferença funda-se na noção de generalidade. Se o ato normativo é genérico, não importa de onde provenha, então a doutrina vai identificá-lo como lei material. Se, ao contrário, o ato legislativo contiver preceitos concretos, então a doutrina vai chamá-lo de lei meramente formal. A lei material, no caso, tanto pode emanar dos órgãos dotados de competência legislativa como da Administração Pública. Quanto à lei meramente formal, emanará, sempre, dos órgãos dotados, pelo Constituinte, de atribuição legiferante. Em face dessa concepção, uma lei poderá ser, a um tempo, formal e material (o preceito genérico com forma de lei). Contudo, poderá tratar-se de lei apenas formal (o preceito concreto com forma de lei) ou material (o ato normativo sem forma de lei).”

⁴²¹ ADI 643/SP – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 19/12/1991 – DJU: 03/04/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ESTADO DE SÃO PAULO – LEI N. 7.210/91 – DOAÇÃO DE BENS INSERVÍVEIS E/OU EXCEDENTES A ENTIDADE DE DIREITO PRIVADO – ATO MATERIALMENTE ADMINISTRATIVO –

Somente as leis e atos normativos que afrontam diretamente a Lei Maior podem ser alvo de controle concentrado perante o Pretório Excelso. Noutras palavras, não é possível a fiscalização abstrata de normas que contrariam a Constituição de forma indireta ou reflexa.⁴²²

O Supremo Tribunal Federal⁴²³ e doutrinadores de escol⁴²⁴ têm entendido que apenas os atos normativos emanados do Poder Público são suscetíveis de controle de constitucionalidade, até porque, conforme esclarece Rodrigo Lopes

IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – NÃO CONHECIMENTO. – Objeto do controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte, são, em nosso sistema de direito positivo, exclusivamente, os atos normativos federais ou estaduais. Refogem a essa jurisdição excepcional de controle os atos materialmente administrativos, ainda que incorporados ao texto de lei formal. – Os atos estatais de efeitos concretos – porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata – não são passíveis de fiscalização jurisdicional, ‘em tese’, quanto a sua compatibilidade vertical com o texto da Constituição. Lei estadual, cujo conteúdo veicule ato materialmente administrativo (doação de bens públicos a entidade privada), não se expõe a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta.”

⁴²² ADI 1.670/DF – Relatora Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 10/10/2002 – DJU: 08/11/2002 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decreto n. 2.208, de 17.04.97 e Portaria n. 646, de 14.05.97. Alegação de afronta aos artigos 6º, 18 e 208, II da Constituição Federal. Lei n. 9.394/96 – Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Ao editarem o Decreto e a Portaria contra cujos dispositivos se insurgem os autores, pretenderam o Presidente da República e o Ministro da Educação conferir maior efetividade aos artigos 36, § 2º e 39 a 42, todos da Lei n. 9.394/96 (Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional), disciplinando a implementação da educação profissional destinada aos alunos e demais membros da sociedade, como parte da política nacional de educação. Trata-se, pois, de atos normativos meramente regulamentares, e não autônomos, como sustentam os autores. Firmou a jurisprudência deste Supremo Tribunal o entendimento de que só é cabível a ação direta de inconstitucionalidade para o confronto direto, sem intermediários, entre o ato normativo impugnado e a Constituição Federal. Precedentes: ADIMC n. 996, Rel. Min. Celso de Mello e ADI n. 1388, Rel. Min. Néri da Silveira. Impossibilidade jurídica do pedido. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.”

⁴²³ ADI-MC 1.434/SP – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 20/08/1996 – DJU: 22/11/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO (ART. 101) – EQUIPARAÇÃO, EM VENCIMENTOS E VANTAGENS, ENTRE PROCURADORES DO ESTADO E PROCURADORES AUTÁRQUICOS – ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 37, XIII; ART. 39, § 1º E ART. 61, § 1º, II, C) – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA COM EFICÁCIA ‘EX NUNC’ – INGRESSO DO SINDICATO COMO LITIS-CONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO EM PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE. – O controle abstrato de constitucionalidade somente pode ter como objeto de impugnação atos normativos emanados do Poder Público. Isso significa, ante a necessária estatalidade dos atos suscetíveis de fiscalização ‘in abstrato’, que a ação direta de inconstitucionalidade só pode ser ajuizada em face de órgãos ou instituições de natureza pública (...).”

⁴²⁴ Clémerson Merlin Clève rememora que “(...) somente os atos normativos do Poder Público desafiam a propositura de ação direta de inconstitucionalidade” (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 183). Na mesma direção, J. J. Gomes Canotilho assinala que “o objecto de controlo da constitucionalidade são ‘normas jurídico-públicas’. Excluem-se, assim, da fiscalização judicial da Constituição os ‘actos normativos privados.’” (*Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1001).

Lourenço, “a magnitude dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade não se coaduna com a solução de questões eminentemente privadas.”⁴²⁵ Os atos normativos de natureza privada como, *ad exemplum*, convenção de condomínio e estatuto de empresa, se forem ilegais, sujeitam-se a outras formas de impugnação judicial.⁴²⁶

As múltiplas espécies de atos normativos previstas no artigo 59 da Lei Maior são suscetíveis de controle concentrado de constitucionalidade e serão a seguir examinadas sob os prismas da doutrina e da jurisprudência dominante da Suprema Corte.⁴²⁷

5.3 ESPÉCIES DE ATOS NORMATIVOS SUJEITOS AO CONTROLE POR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nesse tópico, além das espécies normativas do artigo 59, também estão elencados outros atos impugnáveis por via da ação direta de inconstitucionalidade, que se encontram identificados na doutrina e nos julgados da Excelsa Corte.

5.3.1 Emenda constitucional

A doutrina pátria enumera e especifica as diferenças entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado.

O poder constituinte originário, também chamado de fundacional, genuíno, primário, primogênito ou de primeiro grau, estabelece a constituição e auto-organiza o Estado. É um poder de natureza fática, na medida em que não é um poder jurídico, atrelado aos desígnios do mundo do Direito, e sim metajurídico ou extrajurídico, que exsurge das relações político-sociais. Apresenta como principais características a inicialidade, a soberania, a incondicionalidade, a latência, a instantaneidade, a inalienabilidade e a especialidade.⁴²⁸

⁴²⁵ LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 57.

⁴²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 150.

⁴²⁷ “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

⁴²⁸ Uadi Lammêgo Bulos, em sua obra *Curso de direito constitucional* (p. 286-288), assinala as características do poder constituinte originário: a) Inicialidade: origina a ordem jurídica do Estado, que passa a existir com o advento da constituição por ele criada; b) Soberania: é um poder autossuficiente, que haure sua força em si mesmo, sem vinculação a prescrições jurídico-positivas para fundamentá-lo; c) Incondicionalidade: não encontra condicionamentos para o seu

O poder constituinte originário tem como objetivo precípua criar um novo Estado, instaurando uma nova ordem jurídica, diversa daquela que vigorava anteriormente.⁴²⁹

Por sua vez, o poder constituinte derivado, também identificado como reformador, instituído, constituído, de segundo grau ou secundário, é aquele que altera o texto constitucional formalmente, sendo responsável pela função renovadora das constituições. É um poder de direito, um fato jurídico, originando-se da própria constituição, que estabelece as condições para o seu exercício. Apresenta como caracteres ou atributos a secundariedade, a subordinação, o condicionamento e a continuidade.⁴³⁰

O poder constituinte derivado subdivide-se em poder reformador e poder decorrente. O primeiro tem por função reformar o texto da Constituição Federal, observando os limites previamente traçados pelo poder constituinte originário, e, o segundo, atua na criação e reforma das constituições dos Estados-membros.

Para Michel Temer, as Constituições se pretendem eternas, mas não imutáveis, de sorte que se atribuiu a um dos órgãos do poder a competência para

exercício, sendo juridicamente ilimitado e livre de toda e qualquer formalidade; d) Latência: é um poder latente, atemporal e contínuo, que está pronto para ser acionado a qualquer tempo; e) Instantaneidade: após a elaboração da constituição, a potência cessa de forma instantânea, deixando pronta a sua obra até o momento em que forem exigidas mudanças no texto originário da carta magna; f) Inalienabilidade: é um corolário da permanência e, portanto, seus titulares não poderão deixar de exercê-lo ao argumento de que é indisponível, porquanto pode ser acionado a qualquer momento; g) Especialidade: sua função é especial, no sentido de que elabora a constituição, a norma fundante da ordem jurídica, o documento supremo de um povo, e não as leis e atos normativos em geral, que ficam a cargo do legislador ordinário.

⁴²⁹ Quanto ao tema em foco, é oportuno reproduzir a lição de Michel Temer: “A cada manifestação constituinte, editora de atos constitucionais como Constituição, Atos Institucionais e até Decretos (veja-se o Dec. 1, de 15.11.1889, que proclamou a República e instituiu a Federação como forma de Estado), nasce o Estado. Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa a sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de modo a invalidar a normatividade vigente, tem-se novo Estado” (*Elementos de direito constitucional*, cit., p. 33).

⁴³⁰ Relativamente ao poder constituinte derivado, Uadi Lammêgo Bulos, em sua obra *Curso de direito constitucional* (p. 295-296), explicita as seguintes características: a) Secundariedade: não existe por si próprio e retira sua força do poder constituinte originário, sendo preciso uma constituição para prevê-lo; b) Subordinação: tem sua competência prevista na constituição e está juridicamente subordinado ao poder constituinte originário; c) Condicionamento: está condicionado aos limites previstos na constituição para promover a alteração de texto constitucional, ou seja, os parâmetros para o seu exercício vêm delineados na carta magna; d) Continuidade: ao proceder à reforma do texto constitucional, dá continuidade e prosseguimento à obra do constituinte, adaptando os preceptivos supremos do Estado à realidade dos fatos, sem corromper a espinha dorsal, limitado que está por ela mesma.

modificação constitucional, notadamente para adaptação dos preceitos de ordem jurídica a novas realidades fáticas.⁴³¹

Tecnicamente, segundo Uadi Lammêgo Bulos, há distinção entre emenda e revisão, que são espécies do gênero reforma constitucional. A emenda constitucional é o recurso instituído pelo poder constituinte originário para promover mudanças em pontos específicos e localizados do texto da *Lex Mater*, enquanto que a revisão constitucional revela-se como um recurso instituído pelo poder constituinte originário com o objetivo de alterar a Constituição amplamente, promovendo revisão de amplo leque de matérias.⁴³²

De fato, a emenda constitucional decorre do trabalho do poder constituinte derivado reformador, com vistas à alteração do texto constitucional mediante acréscimos, modificações ou supressões de normas.

Ao prever a possibilidade de alteração das normas constitucionais por meio de um processo legislativo especial e com exigência de *quorum* diferenciado para aprovação, o legislador constituinte de 1988 veio definir a atual Constituição como rígida, dando relevo à ideia de supremacia da ordem constitucional.⁴³³

Pontua Alexandre de Moraes no sentido de que a alterabilidade constitucional, ainda que possa implicar alteração de muitas disposições da Constituição, sempre deverá conservar um valor integrativo, ou seja, deverá deixar substancialmente idêntico o sistema originário da constituição.⁴³⁴

Consoante orientação firmada pelo Pretório Excelso, o Congresso Nacional, ao exercer sua atividade constituinte derivada e ao desempenhar a sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário.⁴³⁵

⁴³¹ Michel Temer advoga a ideia de que é mais conveniente reservar a expressão “Poder Constituinte” para o caso de emanção normativa direta da soberania popular. Como a produção normativa do poder constituinte derivado não emana diretamente da soberania popular, é mais apropriado, segundo esse eminente jurista, denominar a possibilidade de modificação parcial da Constituição como competência reformadora (*Elementos de direito constitucional*, cit., p. 34-35).

⁴³² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 296.

⁴³³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 650.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 650-651.

⁴³⁵ ADI 466/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 03/04/1991 – DJU: 10/05/1991 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/03/2010. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE PRÉVIA CONSULTA PLEBISCITÁRIA – LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, § 4º, IV) – INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO – AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO – NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. (...) O Congresso

A jurisprudência da Máxima Corte é pacífica quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade de emenda à Constituição.⁴³⁶ A fiscalização abstrata pode se dar em relação às exigências formais previstas no artigo 60,⁴³⁷ bem como em relação ao aspecto material da emenda, especificamente no que tange às denominadas cláusulas pétreas de que cuida o § 4º desse dispositivo constitucional. Igualmente, a Constituição prevê limitações circunstanciais, proibindo emendas na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, § 1º).

Relativamente ao processo legislativo de emenda, vale conferir o caso da ADI 2.135 MC/DF, em que o Supremo Tribunal deferiu parcialmente medida liminar, por vislumbrar vício de inconstitucionalidade decorrente de inobservância do requisito formal previsto no artigo 60, § 2º, da Carta Maior. O texto aprovado por

Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.”

⁴³⁶ ADI 2.024/DF – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 03/05/2007 – DJU: 22/06/2007 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: I. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: SEU CABIMENTO – SEDIMENTADO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL – PARA QUESTIONAR A COMPATIBILIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL COM OS LIMITES FORMAIS OU MATERIAIS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO: PRECEDENTES. (...). 1. A ‘forma federativa de Estado’ – elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República – não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; (...).” Há outros julgados em que o Supremo reconheceu a possibilidade de proceder ao controle de constitucionalidade de emenda: ADI 939/DF – Relator Ministro Sydney Sanches – Julgamento: 15/12/1993 – DJU: 18/03/1994; ADI 833/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 14/04/1993 – DJU: 16/09/1994. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009.

⁴³⁷ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

uma Casa não pode ser alterado pela outra sem que a matéria retorne para a apreciação da Casa iniciadora.⁴³⁸

Por sua vez, no que se refere às cláusulas pétreas previstas no § 4º do artigo 60, é válido mencionar o caso da ADI 3.104/DF, proposta pela CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, em que se alegou que o artigo 2º da Emenda Constitucional n. 41/2003 desrespeitou a garantia individual do direito adquirido, insculpida no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição e, por consequência, afrontou a cláusula pétrea inscrita no inciso IV do § 4º do artigo 60 da Carta da República. Nesse caso, a Suprema Corte julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, entendendo que, em matéria previdenciária, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a

⁴³⁸ ADI-MC 2.135/DF – Relator Ministro Néri da Silveira – Relatora para Acórdão: Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 02/08/2007 – DJU: 07/03/2008 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/03/2010. “Ementa: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) N. 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO *CAPUT* DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS n. 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o *caput* desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS n. 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o *quorum* de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao *caput* do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos ‘*ex nunc*’ da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esgotamento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.”

inatividade. Assim, para a Alta Corte, somente os servidores públicos que preenchem os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional n. 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contidas, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional n. 41/2003. Quanto aos demais servidores públicos, que porventura não tinham completado os requisitos para a aposentadoria à época do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005.⁴³⁹

5.3.2 Lei complementar

As leis complementares são atos normativos infraconstitucionais e tipificam-se pela matéria reservada, com área de incidência específica,⁴⁴⁰ e pelo *quorum* especial de aprovação, que é o de maioria absoluta (art. 69).⁴⁴¹ À vista disso, diz-se que as leis complementares têm dois requisitos: o material e o formal.⁴⁴²

⁴³⁹ ADI 3.104/DF – Relatora Ministra Cármen Lúcia – Julgamento: 26/09/2007 – DJU: 09/11/2007 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/03/2010. “Ementa: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 2º E EXPRESSÃO ‘8º’ DO ART. 10, AMBOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. APOSENTADORIA. TEMPUS REGIT ACTUM. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO: NÃO OCORRÊNCIA. 1. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. 2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. 3. Somente os servidores públicos que preenchem os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003. 4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.”

⁴⁴⁰ A Constituição da República reserva expressamente à lei complementar a disciplina de certas matérias, como se verifica, por exemplo, da leitura dos arts. 7º, I, 43, § 1º, 146, 163. Do ponto de vista de Hugo de Brito Machado, a lei complementar pode disciplinar qualquer matéria, e não apenas aquelas que a Constituição expressamente lhe reserva: “É certo que a Constituição estabelece que certas matérias só podem ser tratadas por lei complementar, mas isto não significa de nenhum modo que a lei complementar não possa regular outras matérias, e, em se tratando de norma cuja aprovação exige quórum qualificado, não é razoável entender-se que pode ser alterada, ou revogada, por lei ordinária” (*Curso de direito tributário*, p. 107).

⁴⁴¹ “Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.” No tocante ao *quorum* de maioria absoluta, Walber de Moura Agra expõe que o legislador constituinte procurou assegurar uma estabilidade mais consolidada às leis complementares que regulamentam a Constituição, tentando evitar constantes modificações, que poderiam ser ocasionadas por um *quorum* mais facilitado (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 396).

⁴⁴² AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 396; Celso Ribeiro BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 369.

Quanto ao aspecto material, verifica-se que as hipóteses de regulamentação por meio de lei complementar estão expressamente previstas no texto da Constituição. O constituinte fez expressa menção aos casos em que cabe regulamentação por lei complementar. Porém, havendo silêncio do legislador constituinte, a lei a ser editada será a ordinária.⁴⁴³ Nesse sentido, há precedente da Suprema Corte brasileira.⁴⁴⁴

Vale assinalar, nessa passagem, que Hugo de Brito Machado entende de modo diverso, sustentando que a lei complementar pode disciplinar qualquer matéria, e não apenas aquelas que a Constituição expressamente lhe reserva.⁴⁴⁵

Há que se observar que, consoante vedação contida no artigo 62, § 1º, inciso III, da Carta Maior, a matéria reservada à lei complementar não pode ser veiculada por medida provisória.⁴⁴⁶ Além disso, a matéria confiada à lei complementar não pode ser objeto de lei delegada, conforme deflui do artigo 68, § 1º, da *Lex Mater*.⁴⁴⁷

Em relação ao aspecto formal, a distinção entre lei complementar e lei ordinária está na fase de votação do respectivo projeto de lei. A lei complementar é

⁴⁴³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 975.

⁴⁴⁴ ADI-MC 2.028/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 11/11/1999 – *DJU*: 16/06/2000 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/03/2010. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 1º, na parte em que alterou a redação do artigo 55, III, da Lei 8.212/91 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, e dos artigos 4º, 5º e 7º, todos da Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998. – Preliminar de mérito que se ultrapassa porque o conceito mais lato de assistência social – e que é admitido pela Constituição – é o que parece deva ser adotado para a caracterização da assistência prestada por entidades beneficentes, tendo em vista o cunho nitidamente social da Carta Magna. – De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente a ‘lei’ para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, quanto a legislação complementar. (...)”.

⁴⁴⁵ Hugo de Brito Machado, em sua obra *Curso de direito tributário*, afirma que “É certo que a Constituição estabelece que certas matérias só podem ser tratadas por lei complementar, mas isto não significa de nenhum modo que a lei complementar não possa regular outras matérias, e, em se tratando de norma cuja aprovação exige quórum qualificado, não é razoável entender-se que pode ser alterada, ou revogada, por lei ordinária. A tese segundo a qual a lei complementar só pode tratar das matérias que a Constituição reservou expressamente a essa espécie normativa, além de não encontrar fundamento na Constituição, contribui para a insegurança jurídica, na medida em que não permite sejam suscitadas sérias questões a respeito do conteúdo das normas definidoras de campos reservados à lei complementar.” (28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 78-79).

⁴⁴⁶ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (...) III – reservada a lei complementar.”

⁴⁴⁷ “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: (...)”.

aprovada pelo *quorum* de maioria absoluta, nos termos do artigo 69,⁴⁴⁸ enquanto a lei ordinária é aprovada pelo *quorum* de maioria simples, nos moldes do artigo 47 da Constituição Federal.⁴⁴⁹

A lei complementar, conforme explicita Uadi Lammêgo Bulos, não comporta a rigidez constitucional de uma emenda constitucional e, também, não se sujeita ao processo de elaboração e aprovação de lei ordinária, pelo que não perde vigência com a simples edição de leis comuns supervenientes.⁴⁵⁰

É interessante registrar, pela relevância da matéria, que o Supremo Tribunal, ao apreciar e julgar o AI 235800 AgR/RS, consignou que a recepção de lei ordinária como lei complementar pela Constituição posterior a ela só ocorre com relação aos seus dispositivos em vigor quando da promulgação desta, não havendo que se falar em ocorrência de efeito repristinatório, porque o sistema jurídico brasileiro, salvo disposição em contrário, não admite a repristinação (art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil).⁴⁵¹

No campo doutrinário, predomina a tese de que não há relação hierárquica entre a lei complementar e a lei ordinária,⁴⁵² mas sim de competência. Dessa

⁴⁴⁸ “Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.”

⁴⁴⁹ “Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.”

⁴⁵⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 974.

⁴⁵¹ AI-AgR 235.800/RS – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 25/05/1999 – DJU: 25/06/1999 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/03/2010. “Ementa: Agravo regimental. – Não tem razão o agravante. A recepção de lei ordinária como lei complementar pela Constituição posterior a ela só ocorre com relação aos seus dispositivos em vigor quando da promulgação desta, não havendo que pretender-se a ocorrência de efeito repristinatório, porque o nosso sistema jurídico, salvo disposição em contrário, não admite a repristinação (artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Agravo a que se nega provimento.”

⁴⁵² No sentido de que não há relação hierárquica entre a lei complementar e a lei ordinária, podem ser mencionados, dentre outros, os seguintes juristas: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 370; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 151-152; TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, cit., p. 146-148; CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo*, cit., p. 438-439; BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 99-100; REIS, Palhares Moreira. *A lei complementar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 73-88; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 836. No sentido da existência de hierarquia: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 211-212; BACHA, Sérgio Reginaldo. *Constituição Federal: leis complementares e leis ordinárias. Hierarquia?* Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 106-126; BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 975-976. Nessa passagem, é imperioso observar que José Afonso da Silva adotou a classificação formulada por José Souto Maior Borges, que divide as leis complementares em dois grupos: a) leis complementares que fundamentam a validade de outros atos normativos e b) leis complementares que não fundamentam a validade de outros atos normativos. A partir daí,

maneira, haverá vício de inconstitucionalidade “se a lei ordinária invadir campo próprio da lei complementar, e dispuser sobre matéria a ela reservada, e não porque a lei complementar seja hierarquicamente superior à lei ordinária.”⁴⁵³

A Suprema Corte firmou posicionamento no sentido da inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária.⁴⁵⁴

Segundo Walber de Moura Agra, não há sistematização ontológica para se delimitar o espaço que deve ser ocupado pela lei complementar e, assim, as matérias previamente indicadas para regulamentação por essa espécie normativa foram escolhidas pelo legislador constituinte sem nenhum critério de caráter essencial, porquanto a única intenção foi garantir uma maior estabilidade mediante um *quorum* de maioria absoluta.⁴⁵⁵

O artigo 25 da Lei Excelsa dispõe, às expensas, que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios insculpidos no texto constitucional. Assim, desde que obedecidos os ditames da

José Afonso da Silva assevera que “se as do primeiro grupo fundamentam a validade de outros atos normativos, isso indica relação hierárquica, de tal sorte que tais atos hão que conformar-se a seu fundamento de validade, que, por isso, se coloca em nível superior.” (p. 247) E, mais adiante, o autor reconhece que “(...) a lei complementar somente pode cuidar das matérias a ela reservadas pela Constituição” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 249).

⁴⁵³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo*, cit., p. 438-439.

⁴⁵⁴ RE 419.629/DF – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 23/05/2006 – DJU: 30/06/2006 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/03/2010. “Ementa: I. Recurso extraordinário e recurso especial: interposição simultânea: incoerência, na espécie, de perda de objeto ou do interesse recursal do recurso extraordinário da entidade sindical: apesar de favorável a decisão do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial, não transitou em julgado e é objeto de RE da parte contrária. II. Recurso extraordinário contra acórdão do STJ em recurso especial: hipótese de cabimento, por usurpação da competência do Supremo Tribunal para o deslinde da questão. C. Pr. Civil, art. 543, § 2º. Precedente: AI 145.589-AgR, Pertence, RTJ 153/684. 1. No caso, a questão constitucional – definir se a matéria era reservada à lei complementar ou poderia ser versada em lei ordinária – é prejudicial da decisão do recurso especial, e, portanto, deveria o STJ ter observado o disposto no art. 543, § 2º, do C. Pr. Civil. 2. Em consequência, dá-se provimento ao RE da União para anular o acórdão do STJ por usurpação da competência do Supremo Tribunal e determinar que outro seja proferido, adstrito às questões infraconstitucionais acaso aventadas, bem como, com base no art. 543, § 2º, do C.Pr.Civil, negar provimento ao RE do SESCOB-DF contra o acórdão do TRF/1ª Região, em razão da jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a questão constitucional de mérito. III. PIS/COFINS: revogação pela L. 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão pela LC 70/91. 1. A norma revogada – embora inserida formalmente em lei complementar – concedia isenção de tributo federal e, portanto, submetia-se à disposição de lei federal ordinária, que outra lei ordinária da União, validamente, poderia revogar, como efetivamente revogou. 2. Não há violação do princípio da hierarquia das leis – ‘rectius’, da reserva constitucional de lei complementar – cujo respeito exige seja observado o âmbito material reservado pela Constituição às leis complementares. 3. Nesse sentido, a jurisprudência sedimentada do Tribunal, na trilha da decisão da ADC 1, 01.12.93, Moreira Alves, RTJ 156/721, e também pacificada na doutrina.”

⁴⁵⁵ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 395.

Constituição da República, os Estados-membros podem estipular e adotar, nas respectivas Constituições, o mecanismo de leis complementares.⁴⁵⁶

5.3.3 Lei ordinária

A lei ordinária é norma infraconstitucional que nasce no Congresso Nacional e corresponde à maior parte da produção legislativa. É espécie-tipo dos atos normativos primários.⁴⁵⁷

A lei ordinária, além de ser ato legislativo primário, comum, geral e abstrato, vem caracterizar, fundamentalmente, o Estado Democrático de Direito, mormente considerando o postulado consagrado no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, em que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.⁴⁵⁸

Sob o prisma material, a lei ordinária pode disciplinar todas as matérias que não lhe sejam vedadas. Logo, não são suscetíveis de tratamento por essa espécie normativa as matérias que estão reservadas às emendas constitucionais, às leis complementares, aos decretos legislativos e às resoluções.

O *caput* do art. 61 da Lei Fundamental reza que a iniciativa da lei ordinária cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos preestabelecidos no texto constitucional.

A Constituição prevê as hipóteses em que a iniciativa da lei é privativa, isto é, que a proposição de lei somente poderá proceder de um determinado órgão ou pessoa.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ REIS, Palhares Moreira. *A lei complementar na Constituição de 1988*, cit., p. 159; AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 396. Roque Antônio Carraza, de sua parte, pontifica que “em face de tudo quanto exprimimos, podemos afiançar que, se obedecerem ao ‘processo’ legislativo traçado pela Constituição Federal, os Estados podem prever em suas respectivas Constituições novas hipóteses de lei complementar, além das já contempladas na Carta Suprema da Nação” (*Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 149).

⁴⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 152.

⁴⁵⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 977.

⁴⁵⁹ O processo legislativo para criação de uma lei ordinária compõe-se de iniciativa, discussão, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Do processo legislativo*, p. 208), a Constituição reserva a iniciativa em certas matérias a titular determinado, como ocorre em relação ao Chefe do Executivo (art. 61, § 1º), ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Superiores (art. 96, II) e ao Procurador-Geral da República (art. 127, § 2º).

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que o desrespeito à cláusula de iniciativa reservada de lei, em qualquer das hipóteses elencadas textualmente na Carta Política, configura uma inconstitucionalidade formal, insuscetível de produzir qualquer consequência válida de ordem jurídica.⁴⁶⁰

5.3.4 Lei delegada

No Brasil, as leis delegadas existem desde a Constituição de 1891, porém tal existência era de forma implícita, pois não havia fundamento normativo que a admitisse expressamente. A existência explícita das leis delegadas deu-se efetivamente com a Emenda Constitucional n. 04/61, que instituiu o parlamentarismo por meio de ato adicional. Com a revogação da Emenda Constitucional n. 04/61, as leis delegadas somente retornaram com a Constituição de 1967, mantendo-se até hoje.⁴⁶¹

Luís Roberto Barroso noticia que a lei delegada é marcada pelo desuso, tendo ocorrido o abandono da prática sistemática de delegações legislativas a partir de 1962.⁴⁶² E, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, isso se deve pela facilidade que ensejava o decreto-lei no contexto constitucional anterior e que ora enseja a medida provisória no contexto vigente.⁴⁶³

⁴⁶⁰ ADI-MC 2.364/AL – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 01/08/2001 – DJU: 14/12/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE INTERVÉM NO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS AO PODER EXECUTIVO – USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA RESERVADO AO GOVERNADOR DO ESTADO – (...) – O desrespeito à cláusula de iniciativa reservada das leis, em qualquer das hipóteses taxativamente previstas no texto da Carta Política, traduz situação configuradora de inconstitucionalidade formal, insuscetível de produzir qualquer consequência válida de ordem jurídica. A usurpação da prerrogativa de iniciar o processo legislativo qualifica-se como ato destituído de qualquer eficácia jurídica, contaminando, por efeito de repercussão causal prospectiva, a própria validade constitucional da lei que dele resulte. Precedentes (...)”.

⁴⁶¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 979.

⁴⁶² Luís Roberto Barroso menciona que, após 1962, houve dois casos de delegações legislativas, ambos de 1992. A Lei Delegada n. 12, de 07 de agosto de 1992, que disciplinou a instituição de gratificação de atividade para os servidores militares federais das forças armadas, e a Lei Delegada n. 13, de 27 de agosto de 1992, que tratou da instituição de gratificações para servidores civis do Poder Executivo (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 153).

⁴⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 231.

A delegação legislativa é instituto de caráter excepcional no quadro de tripartição de Poderes, submetendo-se a restrições formais e materiais estipuladas na Constituição Federal.⁴⁶⁴

Na sistemática constitucional em vigor, a lei delegada é um ato normativo elaborado e editado pelo Presidente da República mediante autorização concedida pelo Poder Legislativo (art. 68, *caput*).⁴⁶⁵

A lei delegada tem natureza de ato normativo primário porque, assim como as demais espécies normativas elencadas no artigo 59, retira seu fundamento de validade da Lei Fundamental.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que a lei delegada, em sua formação, poderia ser situada entre atos secundários, pois, como condição de sua validade, depende de ato de delegação do Congresso Nacional. Relativamente a seu conteúdo e eficácia, é ela um típico ato primário, porquanto as normas que estabelece estão no primeiro nível de eficácia, logo abaixo das constitucionais. Dessa forma, “*a lei delegada é um ato primário, derivado de pronto da Constituição, embora condicionado.*”⁴⁶⁶

O artigo 68, § 2º, da Lei Maior preconiza que a delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos do seu exercício.⁴⁶⁷ Significa dizer que o Congresso Nacional poderá, no ato resolutivo, limitar o âmbito da delegação legislativa, fixando, por exemplo, termo de caducidade da habilitação, período de vigência, amplitude da lei a ser editada, etc.⁴⁶⁸

Michel Temer explica que se trata de uma delegação externa corporis, ou seja, para fora do corpo do Poder Legislativo. Assim, “delegar atribuições, para o constituinte, significa retirar parcela de atribuições de um Poder para entregá-lo a outro Poder.”⁴⁶⁹

⁴⁶⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 834.

⁴⁶⁵ “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.”

⁴⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, cit., p. 231-232.

⁴⁶⁷ “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. (...) § 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.”

⁴⁶⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 980.

⁴⁶⁹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, cit., p. 150.

O procedimento legislativo atinente à lei delegada apresenta contornos claros no artigo 68, §§ 1º e 3º, da Carta Magna e, sendo assim, essas formalidades devem ser obrigatoriamente observadas na feitura e aprovação de tal espécie normativa, conforme bem assinalou o Supremo Tribunal na ADI 425/TO.⁴⁷⁰

O comando do *caput* do artigo 68 é expresso no sentido de que as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. Essa iniciativa solicitadora é ato exclusivo e discricionário do Chefe do Poder Executivo, que deverá indicar a matéria a ser regulamentada por lei delegada.

Sobreleva advertir que não é toda e qualquer matéria que pode ser objeto de lei delegada, notadamente porque vigoram os princípios da separação dos poderes e da reserva constitucional de competência legislativa.

As proibições materiais estão catalogadas no artigo 68, § 1º, incisos I a III, a saber:

- a) os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional;
- b) os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
- c) a matéria reservada à lei complementar;

⁴⁷⁰ ADI 425/TO – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 04/09/2002 – DJU: 19/12/2003 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/03/2010. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. PROCESSO LEGISLATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA. COMPETÊNCIA DO GOVERNADOR PARA EDITÁ-LA. AUMENTO DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS. INICIATIVA. DOAÇÃO DE BENS DO ESTADO. MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA ARRECADAÇÃO DO ICMS. EFICÁCIA LEGAL LIMITADA NO TEMPO. PREJUDICIALIDADE. 1. Podem os Estados-membros editar medidas provisórias em face do princípio da simetria, obedecidas as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União (CF, artigo 62). 2. Constitui forma de restrição não prevista no vigente sistema constitucional pátrio (CF, § 1º do artigo 25) qualquer limitação imposta às unidades federadas para a edição de medidas provisórias. Legitimidade e facultatividade de sua adoção pelos Estados-membros, a exemplo da União Federal. 3. Lei 219/90. Reajuste de remuneração dos cargos de confiança exercidos por servidores do Estado. Iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Legitimidade. Inexistência de afronta ao princípio da moralidade. Pedido improcedente. 4. Lei 220/90. Autorização legislativa para venda e doação de lotes situados em área urbana específica. Política habitacional implantada na Capital de Estado em fase de consolidação. Ausência de violação à Carta Federal. Improcedência. 5. Lei 215/90. Ofensa ao princípio da separação dos Poderes por norma que atribui ao Governador autorização para dispor, segundo sua conveniência, de bens públicos do Estado, sem especificá-los. Instrumento anômalo de delegação de poderes. Inobservância do processo legislativo concernente às leis delegadas. Ação, no ponto, julgada procedente. 6. Lei 218/90. Elevação do percentual da arrecadação do ICMS a ser repassado aos Municípios por repartição das receitas tributárias, no período compreendido entre os anos de 1990 e 1995. Suspensão o cautelar. Regra cuja eficácia exauriu-se pelo decurso do tempo de sua vigência. Pedido prejudicado por perda superveniente do objeto. Ação direta julgada procedente em parte para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual 215/90.”

- d) a legislação sobre:
- d.1) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
 - d.2) nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;
 - d.3) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A título exemplificativo, pode ser mencionado o julgamento da ADI 1.247 MC/PA, em que o Pretório Excelso declarou que os benefícios tributários questionados só poderiam ter sido deferidos mediante lei específica, sendo vedado ao Poder Legislativo conferir ao Chefe do Executivo a prerrogativa extraordinária de dispor, normativamente, sobre as categorias temáticas ali debatidas, sob pena de ofensa ao postulado nuclear da separação de poderes e de transgressão ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa.⁴⁷¹

O rol das vedações substanciais ou materiais à edição de leis delegadas é taxativo, não comportando exegese ampliada.

Caso haja delegação ao Presidente da República mediante resolução do Congresso Nacional, o Chefe do Executivo não estará obrigado a editar a lei delegada que lhe foi autorizada, uma vez que a delegação legislativa externa não se reveste de efeito vinculante.⁴⁷²

O artigo 68 da Constituição preconiza duas modalidades de delegação legislativa.

⁴⁷¹ ADI-MC 1.247/PA – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 17/08/1995 – DJU: 08/09/1995 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/03/2010. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INEXISTÊNCIA DE PRAZO DECADENCIAL – ICMS – CONCESSÃO DE ISENÇÃO E DE OUTROS BENEFÍCIOS FISCAIS, INDEPENDENTEMENTE DE PREVIA DELIBERAÇÃO DOS DEMAIS ESTADOS-MEMBROS E DO DISTRITO FEDERAL – LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DO ESTADO-MEMBRO EM TEMA DE ICMS (CF, ART. 155, 2., XII, “G”) – NORMA LEGAL QUE VEICULA INADMISSIVEL DELEGAÇÃO LEGISLATIVA EXTERNA AO GOVERNADOR DO ESTADO – PRECEDENTES DO STF – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM PARTE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E PRAZO DECADENCIAL: (...) MATÉRIA TRIBUTÁRIA E DELEGAÇÃO LEGISLATIVA: A outorga de qualquer subsídio, isenção ou crédito presumido, a redução da base de cálculo e a concessão de anistia ou remissão em matéria tributária só podem ser deferidas mediante lei específica, sendo vedado ao Poder Legislativo conferir ao Chefe do Executivo a prerrogativa extraordinária de dispor, normativamente, sobre tais categorias temáticas, sob pena de ofensa ao postulado nuclear da separação de poderes e de transgressão ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa. Precedente: ADIn 1.296-PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO.”

⁴⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 980.

A primeira é a chamada delegação típica ou própria, em que a autorização resolutiva do Congresso Nacional cessa, de pronto e imediato, a partir do momento em que o Presidente da República promulga e determina a publicação da lei delegada. Não há necessidade de confirmação do ato delegatório ao Legislativo, esgotando-se o procedimento legislativo especial da lei delegada dentro do próprio Executivo.

A segunda é a delegação atípica ou imprópria, em que os próprios parlamentares estabelecem, na autorização resolutiva, o retorno do projeto da lei delegada ao Congresso Nacional. Nessa situação, a apreciação ocorrerá em votação única, vedada qualquer emenda (art. 68, § 3º, da CF).⁴⁷³ Caso o projeto venha a ser aprovado em sua integralidade, o Presidente poderá promulgar e determinar a publicação da lei delegada. Todavia, sendo rejeitado por completo, o projeto deverá ser arquivado, podendo ser reapresentado na próxima sessão legislativa (art. 67 da CF).⁴⁷⁴

Nessa referida modalidade atípica, que foge aos padrões usuais de delegação legislativa, o Congresso Nacional delega ao Presidente o estabelecimento de novas regras jurídicas, com especificação de conteúdo e termo, porém se reserva ao direito de apreciar o projeto presidencial, como conclusão da elaboração do novo texto. O Congresso é que, na prática, sanciona o projeto elaborado pelo Chefe do Poder Executivo.⁴⁷⁵

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos, a edição de leis delegadas está condicionada ao princípio da irrenunciabilidade da atividade parlamentar, de maneira que o Legislativo tem primazia e o dever de elaborar normas jurídicas. Logo, mesmo durante o prazo concedido ao Presidente da República para editar lei delegada, o Congresso Nacional poderá, por via de lei ordinária, disciplinar o assunto objeto de delegação. Também nada impede que, antes de vencido o prazo concessivo da delegação legislativa externa, o Congresso cancele e desfaça o ato resolutivo.⁴⁷⁶

⁴⁷³ “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. (...) § 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.”

⁴⁷⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 980. O art. 67 da Constituição Federal traz a seguinte redação: “Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.”

⁴⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 207.

⁴⁷⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 981.

É relevante observar que a resolução, que concede a delegação, não poderá ser substituída por lei ordinária. Nesse particular, a Suprema Corte já decidiu, na ADI 1.296/PE, que a resolução é indispensável, não sendo possível a sua substituição por lei comum.⁴⁷⁷

A teor do artigo 49, inciso V, da Lei Fundamental, o Congresso Nacional poderá sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem a esfera do

⁴⁷⁷ ADI-MC 1.296/PE – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 14/06/1995 – DJU: 10/08/1995 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/03/2010. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE OUTORGA AO PODER EXECUTIVO A PRERROGATIVA DE DISPOR, NORMATIVAMENTE, SOBRE MATÉRIA TRIBUTÁRIA – DELEGAÇÃO LEGISLATIVA EXTERNA – MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO – POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PRINCÍPIO DA RESERVA ABSOLUTA DE LEI EM SENTIDO FORMAL – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – CONVENIÊNCIA DA SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DAS NORMAS LEGAIS IMPUGNADAS – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. – A essência do direito tributário – respeitados os postulados fixados pela própria Constituição – reside na integral submissão do poder estatal a *‘rule of law’*. A lei, enquanto manifestação estatal estritamente ajustada aos postulados subordinantes do texto consubstanciado na Carta da República, qualifica-se como decisivo instrumento de garantia constitucional dos contribuintes contra eventuais excessos do Poder Executivo em matéria tributária. Considerações em torno das dimensões em que se projeta o princípio da reserva constitucional de lei. – A nova Constituição da República revelou-se extremamente fiel ao postulado da separação de poderes, disciplinando, mediante regime de direito estrito, a possibilidade, sempre excepcional, de o Parlamento proceder a delegação legislativa externa em favor do Poder Executivo. A delegação legislativa externa, nos casos em que se apresente possível, só pode ser veiculada mediante resolução, que constitui o meio formalmente idôneo para consubstanciar, em nosso sistema constitucional, o ato de outorga parlamentar de funções normativas ao Poder Executivo. A resolução não pode ser validamente substituída, em tema de delegação legislativa, por lei comum, cujo processo de formação não se ajusta a disciplina ritual fixada pelo art. 68 da Constituição. A vontade do legislador, que substitui arbitrariamente a lei delegada pela figura da lei ordinária, objetivando, com esse procedimento, transferir ao Poder Executivo o exercício de competência normativa primária, revela-se irrita e desvestida de qualquer eficácia jurídica no plano constitucional. O Executivo não pode, fundando-se em mera permissão legislativa constante de lei comum, valer-se do regulamento delegado ou autorizado como sucedâneo da lei delegada para o efeito de disciplinar, normativamente, temas sujeitos a reserva constitucional de lei. – Não basta, para que se legitime a atividade estatal, que o Poder Público tenha promulgado um ato legislativo. Impõe-se, antes de mais nada, que o legislador, abstendo-se de agir *‘ultra vires’*, não haja excedido os limites que condicionam, no plano constitucional, o exercício de sua indisponível prerrogativa de fazer instaurar, em caráter inaugural, a ordem jurídico-normativa. Isso significa dizer que o legislador não pode abdicar de sua competência institucional para permitir que outros órgãos do Estado – como o Poder Executivo – produzam a norma que, por efeito de expressa reserva constitucional, só pode derivar de fonte parlamentar. O legislador, em consequência, não pode deslocar para a esfera institucional de atuação do Poder Executivo – que constitui instância juridicamente inadequada – o exercício do poder de regulação estatal incidente sobre determinadas categorias temáticas – (a) a outorga de isenção fiscal, (b) a redução da base de cálculo tributária, (c) a concessão de crédito presumido e (d) a prorrogação dos prazos de recolhimento dos tributos –, as quais se acham necessariamente submetidas, em razão de sua própria natureza, ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal. – Traduz situação configuradora de ilícito constitucional a outorga parlamentar ao Poder Executivo de prerrogativa jurídica cuja *‘sedes materiae’* – tendo em vista o sistema constitucional de poderes limitados vigente no Brasil – só pode residir em atos estatais primários editados pelo Poder Legislativo.”

poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa.⁴⁷⁸ Trata-se, nos dizeres de Luís Roberto Barroso, de modalidade excepcional de controle político.⁴⁷⁹

O ato que susta a lei delegada opera efeitos *ex nunc*, isto é, a partir da publicação do decreto legislativo. Não há, nesse caso, declaração de nulidade da lei delegada, mas sim sustação de seus efeitos. Diversamente, se houver declaração de inconstitucionalidade de lei delegada por parte do Supremo Tribunal, o ato de sustação operará efeitos *ex tunc*, desde a edição da espécie normativa.⁴⁸⁰

Com efeito, há possibilidade de duplo controle jurisdicional de constitucionalidade da espécie normativa ora em apreço, na medida em que poderá recair sobre a resolução do Congresso Nacional que veicula a delegação, assim como sobre a lei delegada propriamente dita, elaborada e editada pelo Presidente da República.⁴⁸¹

O controle legislativo realizado pelo Congresso Nacional não obstaculiza e nem afasta a fiscalização normativa abstrata por parte do Supremo Tribunal Federal. Nesse diapasão, vale conferir a ADI 748 MC/RS.⁴⁸²

⁴⁷⁸ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I ‘*usque*’ IV (...) V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;”

⁴⁷⁹ *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 153.

⁴⁸⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 981-982

⁴⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 153.

⁴⁸² ADI-MC 748/RS – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 01/07/1992 – DJU: 06/11/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12/03/2010. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL – DECRETO LEGISLATIVO – CONTEUDO NORMATIVO – SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE ATO EMANADO DO GOVERNADOR DO ESTADO – CONTROLE PARLAMENTAR DA ATIVIDADE REGULAMENTAR DO PODER EXECUTIVO (CF, ART. 49, V) – POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – AÇÃO DIRETA CONHECIDA. REDE ESTADUAL DE ENSINO – CALENDARIO ESCOLAR ROTATIVO – PREVISÃO NO PLANO PLURIANUAL – ALEGADA INOBSERVANCIA DO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – EXERCÍCIO DE FUNÇÃO REGULAMENTAR PELO EXECUTIVO – RELEVÂNCIA JURÍDICA DO TEMA – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. – O controle concentrado de constitucionalidade tem objeto próprio. Incide exclusivamente sobre atos estatais providos de densidade normativa. A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização da constitucionalidade em tese, requer, além de sua autonomia jurídica, a constatação do seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. – O decreto legislativo, editado com fundamento no art. 49, V, da Constituição Federal, não se desveste dos atributos tipificadores da normatividade pelo fato de limitar-se, materialmente, à suspensão de eficácia de ato oriundo do Poder Executivo. Também realiza função normativa o ato estatal que exclui, extingue ou suspende a validade ou a eficácia de uma outra norma jurídica. A eficácia derogatória ou inibitória das consequências jurídicas dos atos estatais constitui um dos momentos concretizadores do processo normativo. A supressão da eficácia de uma regra de direito possui força normativa equiparável a dos preceitos jurídicos que inovam, de forma positiva, o ordenamento estatal, eis que a deliberação parlamentar de suspensão dos efeitos de um preceito jurídico incorpora, ainda que em sentido inverso, a carga de normatividade inerente ao ato que lhe constitui o objeto. O exame de constitucionalidade do decreto legislativo que suspende a eficácia de ato do Poder Executivo impõe a análise, pelo

5.3.5 Medida provisória

A medida provisória é espécie normativa emanada do Chefe do Executivo, que tem força de lei desde a sua edição (art. 62, *caput*, da CF).⁴⁸³

A Emenda Constitucional n. 32 introduziu importantes alterações na Constituição em vigor, restringindo a abrangência e a frequência dessa espécie normativa. Assim, se a medida provisória não for convertida em lei no prazo de sessenta dias, contados da sua publicação, perderá a eficácia desde a sua edição (art. 62, § 3º). É permitida somente uma prorrogação automática por outro período de sessenta dias, o que conduz à conclusão de que, somados os dois períodos, o prazo máximo de vigência é de cento e vinte dias (art. 62, § 7º).

Vencido esse prazo, se o conteúdo não for aprovado pelo Legislativo, a medida provisória perderá eficácia de imediato, cabendo ao Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas dela decorrentes (art. 62, § 3º).

Nos termos do *caput* do artigo 62 da *Lex Mater*, a relevância e a urgência são requisitos básicos, devendo haver conjunção de ambos.⁴⁸⁴ A relevância diz respeito ao *fumus bonis juris* e a urgência ao *periculum in mora*.⁴⁸⁵

O controle de constitucionalidade pode recair quanto aos requisitos e quanto ao conteúdo das medidas provisórias.

Relativamente aos requisitos de relevância e urgência, a Alta Corte entendeu que o controle deve ser predominantemente político, exercido pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, havendo possibilidade de controle judicial quando a ausência dos requisitos for objetivamente aferível, sem

Supremo Tribunal Federal, dos pressupostos legitimadores do exercício dessa excepcional competência deferida a instituição parlamentar. Cabe à Corte Suprema, em consequência, verificar se os atos normativos emanados do Executivo ajustam-se, ou não, aos limites do poder regulamentar ou aos da delegação legislativa. A fiscalização estrita desses pressupostos justifica-se como imposição decorrente da necessidade de preservar, *'hic et nun'*, a integridade do princípio da separação de poderes. – A previsão do calendário rotativo escolar na lei que institui o plano plurianual parece legitimar o exercício, pelo Chefe do Executivo, do seu poder regulamentar, tornando possível, desse modo, a implantação dessa proposta pedagógica mediante decreto. Posição dissidente do relator, cujo entendimento pessoal fica ressalvado.

⁴⁸³ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”

⁴⁸⁴ Nesse contexto, tem-se por relevante o que é importante, essencial e fundamental, sempre vinculado ao interesse público. A urgência, por sua vez, configura-se quando inadiável e premente o ato normativo com vistas ao alcance de determinado fim, não havendo possibilidade de se aguardar o trâmite normal do processo legislativo (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo*, cit., p. 441).

⁴⁸⁵ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 411.

depende de uma avaliação discricionária.⁴⁸⁶ Outrossim, segundo o Supremo, é possível o controle do Judiciário nos casos de abuso do poder de legislar.⁴⁸⁷

Entre os doutrinadores não há consenso sobre a possibilidade, ou não, do controle judicial dos pressupostos de admissibilidade das medidas provisórias.

Marco Aurélio Sampaio, ao realizar estudo específico sobre a medida provisória no Presidencialismo brasileiro, sustenta que descabe ao Judiciário ingressar na análise do que o Supremo Tribunal denomina de “excesso de poder de legislar”, pois isso representaria usurpação da função do Legislativo, ao qual cabe o controle político das escolhas governamentais, avaliando se há ou não excessos por parte do Executivo.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ ADI-MC 1.397DF – Relator Ministro Carlos Velloso – Julgamento: 28/04/1997 – DJU: 27/06/1997 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA. URGÊNCIA E RELEVÂNCIA: APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. REEDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NÃO REJEITADA EXPRESSAMENTE. CF, ART. 62. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO: CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. MEDIDA PROVISÓRIA 661, DE 18/10/94. LEI 9.131, DE 24/11/95. I. (...) II. Requisitos de urgência e relevância: caráter político. Em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidenciar-se improcedente. (...)” ADI-MC 1.754/DF – Relator Ministro Sydney Sanches – Julgamento: 12/03/1998 – DJU: 06/08/1999 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 24 DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.587-4, DE 12/12/1997 (SUCESSIVAMENTE REEDITADA) E QUE VEDA AOS SERVIDORES OCUPANTES DAS CARREIRAS E CARGOS REFERIDOS NOS ARTIGOS 1º E 4º EXERCERER ADVOCACIA FORA DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 62, 5º, XXXVI, E 39, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR. 1. Em face das informações presidenciais, ficaram abalados os fundamentos jurídicos da inicial, sendo, ademais, pacífica a jurisprudência da Corte, no sentido de lhe descaber o exame da relevância e urgência, como requisitos da Medida Provisória (art. 62 da CF), quando dependam de avaliação subjetiva – e não meramente objetiva (...)”

⁴⁸⁷ ADI-MC 162/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 14/12/1989 – DJU: 19/09/1997 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 111/89. PRISÃO TEMPORÁRIA. PEDIDO DE LIMINAR. Os conceitos de relevância e urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar (...)”. Sobre o tema em comento, vale examinar também a ADI-MC 2.213/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 04/04/2002 – DJU: 23/04/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009.

⁴⁸⁸ Na percepção de Marco Aurélio Sampaio, “sendo o controle de edição de medidas provisórias reservado ao Parlamento, descabe ao Judiciário ingressar na análise do que se resolveu chamar, indevidamente, ‘excesso de poder de legislar’. Isso seria usurpar função do legislador unificado a que se refere aqui. A ele, internamente, é que cabe ver se há ou não excessos. O Judiciário, tomando as inexistentes dores do Legislativo, não pode tomar o posicionamento político de controlar as escolhas governamentais” (*A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 197).

De outra margem, em posição oposta, Edilson Pereira Nobre Júnior conclui que, na hipótese de excesso de poder, os pressupostos propulsores da edição da medida provisória devem sofrer controle do Judiciário, mormente porque “os conceitos de relevância e urgência longe estão de constituir uma categoria conducente ao arbítrio”.⁴⁸⁹

Na mesma trilha, Wadih Damous e Flávio Dino professam que o controle parlamentar não exclui o de natureza jurisdicional, haja vista que, para emitir atos provisórios com força de lei, o Chefe do Executivo deverá observar os requisitos de urgência e relevância, competindo ao Judiciário cumprir a sua missão constitucional de controle de validade desses atos normativos.⁴⁹⁰

É importante observar que a Máxima Corte deferiu medida liminar na ADI 4.048 MC/DF,⁴⁹¹ entendendo que, quando houver desvirtuamento dos requisitos constitucionais de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º, da CF),⁴⁹² a medida

⁴⁸⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Medidas provisórias: controles legislativo e jurisdicional*. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 182.

⁴⁹⁰ DAMOUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e novo regime constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 144-145.

⁴⁹¹ ADI-MC 4.048/DF – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 14/05/2008 – DJU: 22/08/2008 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16/03/2010. “Ementa: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. (...) III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das ex pressões “guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. “Guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei n. 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008.”

⁴⁹² “Art. 167. São vedados: I ‘*usque*’ XI (...) § 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.”

provisória que abre crédito extraordinário poderá ser submetida ao controle concentrado.

No que tange ao conteúdo da medida provisória, o Pretório Excelso posicionou-se no sentido de que a ação direta de inconstitucionalidade resta prejudicada se a medida provisória é rejeitada pelo Congresso Nacional ou se não é apreciada no prazo constitucional.⁴⁹³ A eventual reedição ou conversão em lei não prejudica a ação proposta e, nessa hipótese, deve haver o aditamento da petição inicial,⁴⁹⁴ desde que não tenha ocorrido substancial alteração do conteúdo material do ato normativo editado pelo Presidente da República.⁴⁹⁵

⁴⁹³ ADI-QO 293/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 06/05/1993 – DJU: 18/06/1993 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 190/90. PERDA DE EFICÁCIA POR FALTA DE APRECIÇÃO OPORTUNA PELO CONGRESSO NACIONAL (CF, ART. 62, PARÁGRAFO ÚNICO). PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA. (...) – A perda retroativa de eficácia jurídica da medida provisória ocorre tanto na hipótese de explícita rejeição do projeto de sua conversão em lei quanto no caso de ausência de deliberação parlamentar no prazo constitucional de trinta (30) dias. Uma vez cessada a vigência da medida provisória, pelo decurso *‘in albis’* do prazo constitucional, opera-se, ante a superveniente perda de objeto, a extinção anômala do processo de ação direta de inconstitucionalidade.” No mesmo sentido, a ADI 162/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 02/08/1993 – DJU: 27/08/1993 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009.

⁴⁹⁴ Ao analisar a jurisprudência do STF, Gilmar Mendes concluiu que “afigura-se recomendável que se altere a orientação hoje dominante, admitindo-se o prosseguimento da ADIn contra medida provisória reeditada ou convertida em lei, desde que a reedição ou a conversão não introduza alterações que afetem a substância da decisão de caráter normativo contida na medida provisória impugnada. O aditamento da inicial somente seria exigido para aqueles casos em que se operou uma alteração substancial de conteúdo normativo no contexto da reedição das medidas provisórias ou de sua conversão em lei.” (*O controle de constitucionalidade de medidas provisórias*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/contr_const_MPs.htm. Acesso em 05/04/2008). Sobre a matéria em questão, vale observar a ADI-QO 2.162/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 04/05/2000 – DJU: 09/06/2000 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial. Falta de aditamento com relação às Medidas Provisórias que reeditaram aquela a respeito da qual se alega a omissão inconstitucional. Questão de ordem. – Esta Corte já firmou o entendimento, em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade, que, havendo reedição de Medida Provisória contra a qual foi proposta ação direta de inconstitucionalidade, e não sendo a inicial desta aditada para abarcar a nova Medida Provisória, fica prejudicada a ação proposta. – Essa orientação é de aplicar-se, também, quando se trata, como no caso presente, de ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial de Medida Provisória – e parcial porque não atendeu integralmente a disposto em preceito constitucional para lhe dar efetividade plena –, porquanto a omissão parcial alegada tem de ser examinada em face da Medida Provisória vigente quando de seu julgamento para verificar a ocorrência, ou não, nela dessa omissão parcial. Questão de ordem que se resolve dando-se por prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão.”

⁴⁹⁵ ADI-QO 258/DF – Relator Ministro Aldir Passarinho – Julgamento: 26/04/1991 – DJU: 28/02/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 160/90 – SUA CONVERSAO SUPERVENIENTE, COM ALTERAÇÕES, NA LEI N. 8.033/90 – IMPOSSIBILIDADE DE ADITAMENTO DA INICIAL. A lei de conversão, derivada de medida provisória objeto de ação direta de inconstitucionalidade,

5.3.6 Decreto legislativo

O decreto legislativo é espécie normativa que tem força de lei e que se presta a veicular atos privativos do Congresso Nacional.⁴⁹⁶

O decreto legislativo é destinado a tratar dos atos elencados no artigo 49 da Lei Suprema,⁴⁹⁷ bem como se presta a regulamentar as relações decorrentes de medidas provisórias não aprovadas ou que perderam sua eficácia (art. 62, § 3º, da CF).⁴⁹⁸

A espécie normativa ora enfocada submete-se a um procedimento legislativo especial, sendo obrigatoriamente instruída, discutida e votada na Câmara dos Deputados e no Senado. Após a aprovação, o decreto legislativo é promulgado pelo Presidente do Senado.

Esse procedimento legislativo é inerente à competência do Poder Legislativo e, portanto, não há participação do Presidente da República. Em suma, ao Congresso Nacional cabe disciplinar o procedimento de formação do decreto legislativo.

tendo operado alterações no conteúdo material desse ato normativo editado pelo Presidente da República, constitui espécie jurídica diversa, não podendo ser impugnada na mesma ação, mediante simples aditamento da petição inicial.”

⁴⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 154.

⁴⁹⁷ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; II – autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar; III – autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias; IV – aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas; V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; VI – mudar temporariamente sua sede; VII – fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; VIII – fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; IX – julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; XII – apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; XIII – escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União; XIV – aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares; XV – autorizar referendo e convocar plebiscito; XVI – autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; XVII – aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.”

⁴⁹⁸ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (...) 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.”

O artigo 49, inciso I, da Carta Magna dispõe, de forma expressa, que ao Congresso Nacional compete resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais. E o artigo 84, inciso VIII, da Lei Maior estabelece que compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Com efeito, Guilherme Peña de Moraes⁴⁹⁹ observa que ao Congresso Nacional cabe referendar os tratados e convenções internacionais celebrados pelo Presidente da República, incorporando-os no ordenamento jurídico brasileiro por meio de decreto legislativo, o qual é passível de invalidação por via da ação direta de inconstitucionalidade, conforme orientação do Pretório Excelso.⁵⁰⁰

Impende destacar, nessa passagem, que há precedentes de controle concentrado de decretos legislativos que sustaram atos normativos do Poder Executivo.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional. Teoria da Constituição*, cit., p. 179.

⁵⁰⁰ ADI-MC 1.480/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 04/09/1997 – DJU: 18/05/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONVENÇÃO N. 158/OIT – PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA – ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO N. 68/92 E DECRETO N. 1.855/96) – POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 – REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) – CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) – CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO N. 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS – POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO N. 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. (...) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência (...)”.

⁵⁰¹ ADI-MC 748/RS – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 01/07/1992 – DJU: 06/11/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL – DECRETO LEGISLATIVO – CONTEUDO NORMATIVO – SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE ATO EMANADO DO GOVERNADOR DO

5.3.7 Resolução

A resolução é espécie normativa dotada de força de lei e serve para atos privativos do Congresso Nacional, como delegar ao Presidente da República competência para elaborar leis (art. 68, § 2º),⁵⁰² ou para atos de uma das suas Casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), como os elencados nos artigos 51, 52, 155, § 2º, IV, da Carta Magna.⁵⁰³

ESTADO – CONTROLE PARLAMENTAR DA ATIVIDADE REGULAMENTAR DO PODER EXECUTIVO (CF, ART. 49, V) – POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – AÇÃO DIRETA CONHECIDA. REDE ESTADUAL DE ENSINO – CALENDARIO ESCOLAR ROTATIVO – PREVISÃO NO PLANO PLURIANUAL – ALEGADA INOBSERVÂNCIA DO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – EXERCÍCIO DE FUNÇÃO REGULAMENTAR PELO EXECUTIVO – RELEVÂNCIA JURÍDICA DO TEMA – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. – O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE TEM OBJETO PRÓPRIO. INCIDE EXCLUSIVAMENTE SOBRE ATOS ESTATAIS PROVIDOS DE DENSIDADE NORMATIVA. A NOÇÃO DE ATO NORMATIVO, PARA EFEITO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE EM TESE, REQUER, ALÉM DE SUA AUTONOMIA JURÍDICA, A CONSTATAÇÃO DO SEU COEFICIENTE DE GENERALIDADE ABSTRATA, BEM ASSIM DE SUA IMPESSOALIDADE. O decreto legislativo, editado com fundamento no art. 49, V, da Constituição Federal, não se desveste dos atributos tipificadores da normatividade pelo fato de limitar-se, materialmente, à de eficácia de ato oriundo do Poder Executivo. Também realiza função normativa o ato estatal que exclui, extingue ou suspende a validade ou a eficácia de uma outra norma jurídica. A eficácia derogatória ou inibitória das consequências jurídicas dos atos estatais constitui um dos momentos concretizadores do processo normativo. A supressão da eficácia de uma regra de Direito possui força normativa equiparável a dos preceitos jurídicos que inovam, de forma positiva, o ordenamento estatal, eis que a deliberação parlamentar de suspensão dos efeitos de um preceito jurídico incorpora, ainda em sentido inverso, a carga de normatividade inerente ao ato que lhe constitui o objeto. O exame de constitucionalidade do decreto legislativo que suspende a eficácia de ato do Poder Executivo impõe a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, dos pressupostos legitimadores do exercício dessa excepcional competência deferida à instituição parlamentar. Cabe à Corte Suprema, em consequência, verificar se os atos normativos emanados do Executivo ajustam-se, ou não, aos limites do poder regulamentar ou aos da delegação legislativa. A fiscalização estrita desses pressupostos justifica-se como imposição decorrente da necessidade de preservar, ‘hic et nun’, a integridade do Princípio da Separação de Poderes (...).”

⁵⁰² “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. (...) § 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.”

⁵⁰³ “Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I – autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; II – proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa; III – elaborar seu regimento interno; IV – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; V – eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.” “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; b)

Deveras, pode-se dizer que a resolução é ato normativo primário, com efeitos intrínsecos e extrínsecos.

A resolução de efeitos intrínsecos constitui a regra, visto decorrer das disposições dos regimentos internos das respectivas Casas legislativas. Esses regimentos são aprovados por meio de resolução.⁵⁰⁴

A resolução de efeitos extrínsecos é excepcional, na medida em que só se verifica naqueles casos expressamente previstos na Constituição.⁵⁰⁵ Tal ocorre, por exemplo, com a delegação legislativa veiculada por resolução (art. 68, § 2º),⁵⁰⁶ assim como em relação a matérias de ordem financeira e tributária (art. 155, § 2º, V).⁵⁰⁷

Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do banco central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar; IV – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente; V – autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; VI – fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; VII – dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; VIII – dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; IX – estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; XI – aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato; XII – elaborar seu regimento interno; XIII – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; XIV – eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII. XV – avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.” (...). “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I ‘usque’ III (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) IV – resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;”

504

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1.006.

505

Idem.

506

“Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. (...) § 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.”

507

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I ‘usque’ III (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I ‘usque’ IV (...) V – é facultado ao Senado Federal: a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros; b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;”.

O campo de incidência da resolução é delimitado pelo critério residual. Normalmente, as matérias a cargo das resoluções serão aquelas que não integrarem as esferas de atribuições das outras espécies normativas do artigo 59 da Carta Maior.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o campo do decreto legislativo é o das matérias catalogadas no artigo 49 da Constituição, sem exceção. Fora desse campo e fora da esfera específica da lei, é que caberá a disciplina normativa por via da resolução.⁵⁰⁸

O procedimento legislativo de formação da resolução é de cunho especial, porquanto não há participação do Presidente da República, e está disciplinado no regimento interno do Congresso Nacional e nos regimentos internos de cada uma das Casas legislativas.

Essa espécie normativa, por possuir carga de normatividade, é suscetível de fiscalização abstrata, consoante precedente da Corte Suprema.⁵⁰⁹

5.3.8 Decreto autônomo

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, os decretos costumam ser classificados em decretos regulamentares ou de execução, que se destinam à complementação e detalhamento das leis, e decretos autônomos ou independentes, que têm por finalidade suprir lacunas de lei.⁵¹⁰

André Rodrigues Cyrino, de sua parte, faz distinção entre regulamentos autônomos e regulamentos independentes. Os primeiros têm fundamento direto no texto constitucional, que delimita um espaço de conteúdos reservados aos regulamentos. O legislador não pode interferir nesse campo material exclusivo dos regulamentos autônomos. Já os segundos, também conhecidos por regulamentos *praeter legem*, existem no espaço deixado pelo legislador em matérias que não

⁵⁰⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, cit., p. 199.

⁵⁰⁹ ADI-MC 806/DF – Relator Ministro Carlos Velloso – Julgamento: 11/11/1993 – DJU: 11/03/1994 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PLANO DE CARREIRA. CÂMARA DOS DEPUTADOS. RESOLUÇÃO N. 30, de 13.11.90; RESOLUÇÃO N. 21, de 04.11.92: INCONSTITUCIONALIDADE. I. – Suspensão cautelar de dispositivos das Resoluções 30, de 1990, e 21, de 1992, da Câmara dos Deputados, que instituem Plano de Carreira, dado que é relevante o fundamento da inicial no sentido de que os dispositivos acionados de inconstitucionais consagram forma de provimento derivado – ascensão funcional e transferência com mudança de atribuições – ofensiva a regra inscrita no art. 37, II, da Constituição. Precedentes do STF: ADIns. n.s 231-RJ e 245-RJ. II. – Medida cautelar deferida.”

⁵¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 123.

afrontem a reserva de lei e o próprio texto legal (campo de poderes residuais). Assim, “(...) a relação entre a lei e o regulamento autônomo é de competência, enquanto que a relação entre a lei e o regulamento independente é de hierarquia”.⁵¹¹

Do ponto de vista doutrinário, os decretos autônomos têm suscitado divergências quanto à sua existência diante da atual Constituição. Há, de um lado, quem os admitam viáveis, notadamente a partir das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 32/2001, e, de outra banda, há quem os julguem não acolhidos pelo direito positivo vigente.⁵¹²

Nessa quadra, calha registrar que, a partir da EC n. 32/2001, passou a haver autorização expressa na Constituição, especificamente no art. 84, VI, para que o Presidente da República, mediante decreto, disponha sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, bem como para que disponha sobre a extinção de funções e cargos públicos, quando vagos. A respeito da nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela EC n. 32/2001, a Suprema Corte, ao apreciar a ADI 2.564/DF, manifestou-se no sentido de que inexistente ofensa ao princípio da reserva legal.⁵¹³

⁵¹¹ CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC n. 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 94.

⁵¹² Entre os doutrinadores que admitem a existência de decretos autônomos a partir da EC n. 32/2001, podem ser mencionados: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 78-80; ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 172-173; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 126; OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2006. p. 73; CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do presidente da República*, cit., p. 129. De outra margem, entre os juristas que não admitem a existência de decretos autônomos no nosso ordenamento jurídico, podem ser citados: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 332-333; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, cit., p. 52-54. Nesse horizonte, calha referenciar que Hely Lopes Meirelles faz alusão a uma outra espécie de decreto autônomo, que, na omissão da lei, supre as lacunas, até que o legislador complete os claros da legislação. Nesse sentido, o saudoso jurista assinala que “Decreto independente ou autônomo: é o que dispõe sobre matéria ainda não regulada especificamente em lei. A doutrina aceita esses provimentos administrativos ‘praeter legem’ para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as ‘reservas da lei’, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas. (...) Advirta-se, todavia, que os decretos autônomos ou independentes não substituem definitivamente a lei: suprem, apenas, a sua ausência, naquilo que pode ser provido por ato do Executivo, até que a lei disponha a respeito. Promulgada a lei, fica superado o decreto” (*Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 182-183).

⁵¹³ ADI 2.564/DF – Relatora Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 08/10/2003 – DJU: 06/02/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N.º 4.010, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2001. PAGAMENTO DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. LIBERAÇÃO DE RECURSOS. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Os artigos 76 e 84, I, II e VI, a, todos da

Luís Roberto Barroso preleciona que os decretos autônomos, conquanto ostentem o nome ou a roupagem formal de ato secundário, pretendem inovar autonomamente a ordem jurídica, atuando com força de lei, de sorte que, nesse caso, podem ser submetidos à fiscalização abstrata, mormente para se aferir se houve ou não violação ao princípio da reserva legal.⁵¹⁴

Para efeitos de controle concentrado de constitucionalidade, o ato regulamentar terá a qualificação de ato autônomo se ofender diretamente a Constituição, sem que exista lei a que deva se subordinar.⁵¹⁵ Tal decreto consubstancia a denominada “reserva de Administração”,⁵¹⁶ que diz respeito a matérias que somente podem ser reguladas por ato administrativo.⁵¹⁷ Em suma, para que seja viável o controle de constitucionalidade, o decreto editado pelo Poder Executivo deve ser normativo e autônomo.

A jurisprudência prevalente da Excelsa Corte está sedimentada no sentido de que cabe ação direta de inconstitucionalidade contra decreto autônomo, com

Constituição Federal, atribuem ao Presidente da República a posição de Chefe supremo da administração pública federal, ao qual estão subordinados os Ministros de Estado. Ausência de ofensa ao princípio da reserva legal, diante da nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela Emenda Constitucional n. 32/01, que permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos (...).”

⁵¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 155.

⁵¹⁵ José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, p. 50-51.

⁵¹⁶ A Corte Excelsa reconhece a reserva de Administração como corolário do princípio da separação de poderes, conforme bem ilustra a ADI-MC 2.364/AL – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 01/08/2001 – DJU – 14/12/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE INTERVÉM NO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS AO PODER EXECUTIVO – USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA RESERVADO AO GOVERNADOR DO ESTADO – INCONSTITUCIONALIDADE – CONTEÚDO MATERIAL DO DIPLOMA LEGISLATIVO IMPUGNADO (LEI N. 6.161/2000, ART. 70) QUE TORNA SEM EFEITO ATOS ADMINISTRATIVOS EDITADOS PELO GOVERNADOR DO ESTADO – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA, COM EFICÁCIA ‘EX TUNC’. PROCESSO LEGISLATIVO E INICIATIVA RESERVADA DAS LEIS. (...) RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO E SEPARAÇÃO DE PODERES. O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Precedentes. Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação ‘ultra vires’ do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.”

⁵¹⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*, cit., p. 173.

vistas a coibir a ofensa ao princípio da reserva legal. De outra margem, não há que se falar em controle abstrato se o ato normativo impugnado for hierarquicamente inferior à lei, devendo ser confrontado diretamente com a legislação ordinária e só indireta e reflexamente com a Constituição, visto que, nessa hipótese, cuida-se de ilegalidade, e não de inconstitucionalidade.⁵¹⁸

5.3.9 Leis ou atos normativos estaduais

A teor do artigo 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal,⁵¹⁹ sujeitam-se à fiscalização abstrata as leis ou atos normativos estaduais, dentre os quais se incluem a Constituição Estadual, a legislação ordinária e os decretos autônomos editados no âmbito de cada uma das entidades da Federação, desde que colidam com preceito ou princípio consagrado na Carta Maior.⁵²⁰

Consoante o artigo 25, os Estados-membros organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios insculpidos na Lei Fundamental, que, consoante o Supremo Tribunal,⁵²¹ consistem nos princípios

⁵¹⁸ ADI-MC 1.883/CE – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 29/10/1998 – *DJU*: 27/11/1998 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 8, DE 04.08.98, DA CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. CONDIÇÃO DA AÇÃO: POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Cabe ação direta de inconstitucionalidade para verificar a ocorrência de ofensa ao princípio constitucional da reserva legal ou de usurpação de competência legislativa por um dos entes federados quando o ato normativo impugnado tem por base dispositivo constitucional, sendo, pois, autônomo. 2. Não cabe ação direta quando o ato normativo questionado, hierarquicamente inferior à lei, deve ser confrontado diretamente com a legislação ordinária e só indiretamente com a Constituição pois, neste caso, cuida-se de ilegalidade e não de inconstitucionalidade. Precedentes. 3. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida em face da ausência da condição da possibilidade jurídica do pedido, ficando prejudicado o pedido cautelar.” ADI 1.396/SC – Relator Ministro Marco Aurélio – Julgamento: 08/06/1998 – *DJU*: 07/08/1998 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – OBJETO – DECRETO. Uma vez ganhando o decreto contornos de verdadeiro ato normativo autônomo, cabível é a ação direta de inconstitucionalidade. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.590/SP, Plenário, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, com aresto veiculado no Diário da Justiça de 15 de agosto de 1997 (...)”. Acerca da matéria, há outros julgados do STF: ADI-MC 1.383/RS – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 14/03/1996 – *DJU*: 18/10/1996; ADI-MC 1.590/SP – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 19/06/1997 – *DJU*: 15/08/1997; ADI 1.258/PR – Relator Ministro Néri da Silveira – Julgamento: 26/05/1995 – *DJU*: 20/06/1997. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009.

⁵¹⁹ “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”.

⁵²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 155-156.

⁵²¹ ADI-MC 216/PB – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 23/05/1990 – *DJU*: 07/05/1993 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em:

sensíveis, princípios federais extensíveis e princípios constitucionais estabelecidos.⁵²² Em outros dizeres, o poder constituinte decorrente subordina-se ao balizamento fixado pelo poder constituinte originário, tendo a esfera de autodeterminação preestabelecida pela Constituição Federal.⁵²³

A Excelsa Corte, em diversos casos, procedeu ao controle concentrado de dispositivos constitucionais estaduais, assentando que o poder constituinte decorrente deverá observar, ao estruturar os órgãos de poder dos Estados-membros, o modelo federal delineado na Lei Fundamental.⁵²⁴

02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – PROCESSO LEGISLATIVO – A QUESTÃO DA OBSERVÂNCIA COMPULSORIA, OU NÃO, DE SEUS PRINCÍPIOS, PELOS ESTADOS-MEMBROS – NOVA CONCEPÇÃO DE FEDERALISMO CONSAGRADA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – PERFIL DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA – EXTENSÃO DO PODER CONSTITUINTE DOS ESTADOS-MEMBROS – RELEVÂNCIA JURÍDICA DO TEMA – SUSPENSÃO LIMINAR DEFERIDA. O perfil da Federação brasileira, redefinido pela Constituição de 1988, embora aclamado por atribuir maior grau de autonomia dos Estados-membros, é visto com reserva por alguns doutrinadores, que consideram persistir no Brasil um federalismo ainda afetado por excessiva centralização espacial do poder em torno da União Federal. Se é certo que a nova Carta Política contempla um elenco menos abrangente de princípios constitucionais sensíveis, a denotar, com isso, a expansão de poderes jurídicos na esfera das coletividades autônomas locais, o mesmo não se pode afirmar quanto aos princípios federais extensíveis e aos princípios constitucionais estabelecidos, os quais, embora disseminados pelo texto constitucional, posto que não é tópica a sua localização, configuram acervo expressivo de limitações dessa autonomia local, cuja identificação – até mesmo pelos efeitos restritivos que deles decorrem – impõe-se realizar (...).”

⁵²² Para melhor compreensão do tema, é relevante trazer a lume as lições de Alexandre de Moraes (*Direito constitucional*, cit., p. 262-263): a) Os princípios constitucionais sensíveis estão previstos no artigo 34, VII, da Constituição Federal (forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde) e, caso os Estados-membros deixem de observá-los no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias, esses entes federados poderão sofrer a intervenção na autonomia política, que é sanção mais grave existente em um Estado Federal; b) Os princípios federais extensíveis dizem respeito às normas centrais comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que devem ser obrigatoriamente observados no poder de organização do Estado; c) Os princípios constitucionais estabelecidos consistem em determinadas normas que se encontram plasmadas ao longo do texto constitucional, que organizam a própria Federação e estabelecem preceitos centrais cuja observância é obrigatória por parte dos Estados-membros em sua auto-organização. Subdividem-se em normas de competência (arts. 23; 24; 25; 27, § 3º, entre outros dispositivos da Constituição Federal) e normas de preordenação (arts. 27; 28; 37, I a XXI, §§ 1º a 6º, entre outros dispositivos da Carta Magna).

⁵²³ Fernanda Dias Menezes de Almeida, em sua obra *Competências na Constituição de 1988*, comenta que “sendo os Estados-membros da Federação entidades autônomas, é inevitável que conheçam limitações próprias dessa condição, certo como à autonomia é inerente o exercício de poderes segundo balizamento fixado pelo poder soberano. Sua esfera de autodeterminação, em outras palavras, é predeterminada pela Constituição” (3. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 122).

⁵²⁴ ADI 3.046/SP – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 15/04/2004 – DJU: 28/05/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: I. Ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, a) e representação por inconstitucionalidade estadual (CF, art. 125, § 2º). A eventual reprodução ou imitação, na Constituição do Estado-membro, de princípio ou regras constitucionais federais não impede a

As leis e atos normativos dos Estados, além do controle em face da Constituição Federal, também se subordinam ao controle dos Tribunais de Justiça se contrariarem disposição constitucional estadual.

Quando houver tramitação simultânea de duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça local e outra no Excelso Pretório, contra a mesma lei estadual questionada em face de princípios constitucionais estaduais reproduzidos da Constituição Federal, o curso da ação proposta perante o Tribunal estadual dever ficar suspenso até o julgamento final da ação ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal.⁵²⁵

5.3.10 Leis ou atos normativos distritais

O artigo 102, inciso I, alínea *a*, da Carta da República faz referência apenas ao controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, silenciando sobre as leis ou atos normativos distritais.

No que tange ao controle concentrado de lei ou ato normativo distrital em face da Constituição Federal, deve-se ter em conta que, nos termos do artigo 32 da

arguição imediata perante o Supremo Tribunal da incompatibilidade direta da lei local com a Constituição da República; ao contrário, a propositura aqui da ação direta é que bloqueia o curso simultâneo no Tribunal de Justiça de representação lastreada no desrespeito, pelo mesmo ato normativo, de normas constitucionais locais: precedentes. II. Separação e independência dos Poderes: pesos e contrapesos: imperatividade, no ponto, do modelo federal. (...) 3. Do relevo primacial dos “pesos e contrapesos” no paradigma de divisão de poderes, segue-se que à norma infraconstitucional – aí incluída, em relação à Federal, a constituição dos Estados-membros –, não é dado criar novas interferências de um Poder na órbita do outro que não derive explícita ou implicitamente de regra ou princípio da Lei Fundamental da República. (...)”. Há outros julgados atinentes à matéria: ADI-MC 3.825/RR – Relatora Ministra Cármen Lúcia – Julgamento: 13/12/2006 – *DJU*: 02/03/2007; ADI-MC 1.841/RJ – Relator Ministro Marco Aurélio – Julgamento: 18/06/1998 – *DJU*: 28/08/1998; ADI 3.046/SP – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 15/04/2004 – *DJU*: 28/05/2004; ADI 486/DF – Relator Minis-ro Celso de Mello – Julgamento: 03/04/1997 – *DJU*: 10/11/2006; ADI 2.867/ES – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 03/12/2003 – *DJU*: 09/02/2007. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009.

⁵²⁵ ADI-MC 1.423/SP – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 20/06/1996 – *DJU*: 22/11/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE LIMINAR. LEI N. 9.332, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1995, DO ESTADO DE SÃO PAULO. Rejeição das preliminares de litispendência e de continência, porquanto, quando tramitam paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça local e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal (...)”.

Carta Política,⁵²⁶ o Distrito Federal possui as competências administrativas e legislativas cumuladas dos Estados e dos Municípios.⁵²⁷

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal concluiu ser admissível, e de sua própria competência, a ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo do Distrito Federal, desde que no exercício de competência estadual, que contrariar a Constituição Federal. Por outro lado, tratando-se de lei ou ato normativo distrital no exercício de competência municipal, não será possível o controle concentrado, por equivaler à arguição de uma lei municipal em face da Constituição da República.⁵²⁸

A posição da Alta Corte sobre essa questão está bem consolidada, tanto que se tornou objeto da Súmula n. 642, de 24 de setembro de 2003, *in verbis*:

“Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal.”

Os preceitos contidos na Lei Orgânica do Distrito Federal podem sofrer controle por via da ação direta, conforme pode-se constatar pela ADI 1.467/DF.⁵²⁹

⁵²⁶ “Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios (...).”

⁵²⁷ Excetuando-se o art. 22, XVII, da CF, *ipsis verbis*: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I ‘*usque*’ XVI (...) XVII – organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes; XVIII ‘*usque*’ (...)”

⁵²⁸ ADI 611/DF – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 06/11/1992 – DJU: 11/12/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: I – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: OBJETO: LEI DO DISTRITO FEDERAL FUNDADA EM COMPETÊNCIA MUNICIPAL: DESCABIMENTO. O Distrito Federal, ao qual se vedou dividir-se em Municípios (CF, art. 32), é entidade federativa que acumula as competências reservadas pela Constituição aos Estados e aos Municípios (CF, art. 32, par. 1): dada a inexistência de controle abstrato de normas municipais em face da Constituição da República, segue-se o descabimento de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja ato normativo editado pelo Distrito Federal, no exercício de competência que a Lei Fundamental reserva aos Municípios, qual a de disciplina e polícia do parcelamento do solo urbano (...).”

⁵²⁹ ADI 1.467/DF – Relator Ministro Sydney Sanches – Julgamento: 12/02/2003 – DJU: 11/04/2003 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15/03/2010. “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO: RADIODIFUSÃO SONORA E DE SONS E DE IMAGENS (ALÍNEA “a” DO INCISO XII DO ART. 21 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 132, I, “B”, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O art. 132, I, “b”, da Lei Orgânica do Distrito Federal, ao admitir a incidência do ICMS apenas sobre os serviços de comunicação, referidos no inciso XI do art. 21 da CF, vedou sua incidência sobre os mencionados no inciso XII, “a”, do mesmo artigo, ou seja, sobre “os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens” (art. 21, XII, “a”, da CF, com a redação dada pela E.C. n. 8, de 15.08.1995). 2. Com isso, estabeleceu, no Distrito Federal, tratamento diferenciado dessa questão, em face do que ocorre nas demais unidades da Federação e do disposto no art. 155, inc. II, da CF, pelos quais o ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação. 3. Assim, ainda que indiretamente, concedeu imunidade, quanto ao ICMS, aos prestadores de serviços de radiodifusão sonora e de

5.3.11 Tratados internacionais

Conforme artigo 49, inciso I, da Lei Fundamental, ao Congresso Nacional compete resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais. E, nos termos do artigo 84, inciso VIII, da Constituição, compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Trata-se, segundo Uadi Lammêgo Bulos, de adoção do princípio do dualismo moderado.⁵³⁰

No Brasil, notadamente no campo doutrinário, os juristas brasileiros têm debatido se o tratado é ratificado e internalizado por um único ato, mediante publicação do decreto executivo, ou se o tratado é ratificado pelo Poder Executivo a partir de autorização concedida pelo decreto legislativo, sendo internalizado, num segundo momento, pelo decreto executivo.⁵³¹

Francisco Rezek sustenta que o Presidente da República não pode, em relação ao tratado, manifestar consentimento definitivo sem o abono do Congresso Nacional. Entende o autor que, para a assunção de um compromisso externo, há necessidade de vontade conjugada dos dois poderes políticos.⁵³²

Alexandre de Moraes, na mesma direção, professa que os atos e tratados internacionais necessitam, para fins de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, de referendo do Congresso Nacional por decreto legislativo, nos moldes do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, e posterior edição de decreto presidencial, promulgando e publicando o ato/tratado para que tenha executoriedade.⁵³³

sons e de imagens, sem que essa imunidade estivesse prevista na Constituição Federal (art. 155, II), que, ademais, não admite que os Estados e o Distrito Federal concedam, com relação ao ICMS, nem mesmo simples isenções, incentivos e benefícios fiscais, senão com observância da Lei Complementar a que aludem o art. 155, § 2º, inciso XII, letra "g". 4. Lei Complementar, a de n. 24, de 07.01.1975, já existia, com essa finalidade, antes, portanto, da Constituição de 05.10.1988. 5. E, a esta altura, já está em vigor a Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996, cujo art. 1º reitera a incidência do ICMS sobre todo e qualquer serviço de comunicação, regulando também a forma pela qual os Estados e o Distrito Federal concederão isenções, incentivos e benefícios fiscais. 6. Caracterizada a concessão de imunidade não prevista na Constituição Federal, ou, ao menos, a concessão de benefício fiscal não autorizado pela Lei Complementar a que aquela se refere, julga-se procedente a Ação Direta, declarando-se a inconstitucionalidade da expressão "de que trata o art. 21, XI, da Constituição Federal", constante da alínea "b" do inciso I do art. 132 da Lei Orgânica do Distrito Federal. 7. Plenário: decisão unânime."

⁵³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1004-1005.

⁵³¹ De acordo com Marcelo D. Varela, a controvérsia doutrinária envolve ilustres juristas como Pontes de Miranda, Francisco Rezek, João Grandino Rodas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, entre outros (*Direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66).

⁵³² REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

⁵³³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 728.

O Supremo Tribunal, no julgamento da ADI 1.480 MC/DF, explicitou que a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro deve ser buscada na Constituição da República, e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas. Assim, a Alta Corte assentou que a execução de tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema vigente no Brasil, de um ato subjetivamente complexo, que resulta da conjugação de vontade do Congresso Nacional (art. 49, inciso I, da Carta Magna)⁵³⁴ e vontade do Presidente da República (art. 84, inciso VIII, da atual Constituição),⁵³⁵ sendo que o iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais conclui-se com a expedição de decreto pelo Chefe do Poder Executivo.⁵³⁶

De modo geral, os tratados internacionais, quando internalizados, têm força de norma infraconstitucional.

Consoante observação de Jacob Dolinger⁵³⁷ e de Luís Roberto Barroso,⁵³⁸ o Pretório Excelso tem adotado o critério do monismo moderado, em que o tratado é incorporado ao sistema jurídico interno no mesmo nível hierárquico de lei ordinária e,

⁵³⁴ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”

⁵³⁵ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I ‘*usque*’ VII (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

⁵³⁶ ADI-MC 1.480/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 04/09/1997 – DJU: 18/05/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/03/2010. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONVENÇÃO N. 158/OIT – PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA – ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO N. 68/92 E DECRETO N. 1.855/96) – POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – (...) PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. – É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes (...)”

⁵³⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 106.

⁵³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 19.

havendo eventual conflito, a norma posterior prevalece sobre a anterior. Portanto, tendo força de lei ordinária, os tratados e convenções internacionais podem ser objeto de controle concentrado.⁵³⁹

Vale realçar que, em verdade, o controle de constitucionalidade recai sobre os decretos de aprovação e promulgação. Os tratados ou convenções propriamente ditos, por serem atos de natureza internacional, não deixam de vigorar e nem são considerados nulos.⁵⁴⁰ Tal ocorre porque “não pode decisão judicial interna atingir atos integrantes de outro sistema normativo, seja ele internacional ou interno estrangeiro.”⁵⁴¹

Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a declaração de inconstitucionalidade do decreto legislativo que ratifica um tratado não torna nulo

⁵³⁹ ADI-MC 1.480/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 04/09/1997 – DJU: 18/05/2001 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONVENÇÃO N. 158/OIT – PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA – ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO N. 68/92 E DECRETO N. 1.855/96) – POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (...) – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. (...). SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. – No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. – O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. – Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes (...)”.

⁵⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 157.

⁵⁴¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 209.

o ajuste internacional, mas apenas exclui o Brasil de seu cumprimento, sujeitando-o, por sua vez, às sanções internacionais decorrentes do descumprimento.⁵⁴²

Noutro giro, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, quando aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 60, § 2º, da CF),⁵⁴³ conforme exposto comando do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal.⁵⁴⁴

O aludido § 3º foi acrescentado ao artigo 5º pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e, assim, os tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que observado o *quorum* diferenciado de aprovação, passaram a ter paridade normativa com as normas constitucionais, equivalendo às emendas constitucionais. Logo, podem sofrer controle por via da ação direta.

Marcelo D. Varella adverte que se trata de decreto legislativo com força de emenda constitucional, e não propriamente de emenda constitucional. Além disso, ressalta que, como nos tratados internacionais de outra natureza, os tratados sobre direitos humanos apenas entram em vigor na ordem jurídica interna com a promulgação por meio de decreto do Presidente da República.⁵⁴⁵

Nessa quadra, é importante destacar que a Excelsa Corte, ao julgar o RE 466.343/SP, enfrentando a questão da constitucionalidade da prisão civil por conta de inadimplemento em contratos de alienação fiduciária em garantia, decidiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma prevista no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República, têm caráter de normas supralegais, paralisando, por conseguinte, a eficácia de toda e qualquer

⁵⁴² ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 43.

⁵⁴³ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (...) § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”

⁵⁴⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I ‘*usque*’ LXXVIII (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

⁵⁴⁵ VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*, cit., p. 72.

disciplina normativa infraconstitucional que com eles seja conflitante.⁵⁴⁶ Como devem obediência ao princípio da supremacia da Constituição, podem ser submetidos ao controle de constitucionalidade concentrado.

Ao apreciar o RE 349.703/RS, julgado em conjunto com o RE 466.343/SP acima referenciado, a Alta Corte consignou que, desde a adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, § 7º), ambos no ano de 1992, não mais subsiste fundamento legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, figurando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos torna inaplicável a legislação infraconstitucional que porventura for conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ RE 466.343/SP – Relator Ministro Cezar Peluso – Julgamento: 03/12/2008 – DJU: 05/06/2009 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11/03/2010. “Ementa: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

⁵⁴⁷ RE 349.703/RS – Relator Ministro Carlos Britto – Julgamento: 03/12/2008 – DJU: 05/06/2009 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11/03/2010. “Ementa: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O ‘status’ normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n. 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei n. 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo

Em voto proferido no julgamento do mencionado RE 466.343/SP, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Tratados que versam sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam uma posição especial reservada no ordenamento jurídico, porquanto “equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.” Assim, à vista do caráter especial dos tratados que cuidam da proteção dos direitos humanos, a sua internalização no ordenamento jurídico interno, por meio de ratificação prevista na Constituição, “tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.”⁵⁴⁸

Em voto divergente, o Ministro Celso de Mello pronunciou-se, à época do julgamento do RE 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos assumem qualificação constitucional na ordem positiva interna brasileira, “acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebrados pelo Brasil antes do advento da EC n. 45/2004, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.”⁵⁴⁹

No entender de Francisco Rezek, os tratados sobre direitos humanos firmados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 foram alçados à categoria de normas com estatura constitucional a partir do acréscimo do § 3º ao artigo 5º da atual Carta Magna.⁵⁵⁰

Flávia Piovesan entende que, por força do § 2º do artigo 5º da Constituição, todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente

semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.”

⁵⁴⁸ A íntegra do voto do Ministro Gilmar Mendes está disponível no *site* do Supremo Tribunal Federal (Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 11/03/2010).

⁵⁴⁹ A íntegra do voto do Ministro Celso de Mello está disponível no *site* do Supremo Tribunal Federal (Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 11/03/2010).

⁵⁵⁰ REZEK, Francisco. *Direito internacional público*, cit., p. 104.

constitucionais e que, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, poderão acrescer o caráter de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas constitucionais.⁵⁵¹

Em sentido contrário, Marcelo D. Varella filia-se à corrente dos que entendem que os tratados sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004 não têm força de norma constitucional, e sim de norma infraconstitucional, uma vez que não submetidos ao *quorum* diferenciado de votação e aprovação estipulado no artigo 5º, § 3º, da Carta da República.⁵⁵²

5.3.12 Regimento de tribunal

O artigo 96, inciso I, alínea *a*, da Lei Fundamental preceitua, às claras, que compete aos tribunais elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, estabelecendo a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.⁵⁵³

Existem matérias reservadas à normativa legal, que guardam pertinência com o campo processual propriamente dito, e há matérias reservadas à normativa regimental, que se referem ao funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos.⁵⁵⁴

Desse modo, eventual incompatibilidade entre as normas gizadas nos regimentos internos dos tribunais e as normas da Constituição Federal, relativamente ao funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos, dará ensejo à ação direta de inconstitucionalidade.⁵⁵⁵

Nesse norte, há precedentes da Suprema Corte a respeito do controle concentrado de regimento de tribunal.⁵⁵⁶

⁵⁵¹ PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 72.

⁵⁵² VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*, cit., p. 72-73.

⁵⁵³ “Art. 96. Compete privativamente: I – aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) ... ‘usque’... (...)”.

⁵⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 214.

⁵⁵⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional*, cit., p. 185.

⁵⁵⁶ ADI 2.993/MG – Relator Ministro Carlos Velloso – Julgamento: 10/12/2003 – DJU: 12/03/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL:

5.3.13 Parecer da consultoria geral da República

Na concepção de Hely Lopes Meirelles,⁵⁵⁷ os pareceres administrativos são manifestações de caráter opinativo emitidas por órgãos técnicos acerca de assuntos submetidos à sua apreciação, que não vinculam a Administração ou particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovados por ato subsequente. Nesse caso, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação.⁵⁵⁸

Maria Sylvia Zanella di Pietro assevera que o parecer pode ser facultativo, obrigatório e vinculante. Diz-se que o parecer é facultativo quando fica ao alvedrio da Administração decidir solicitá-lo ou não para a prática de um determinado ato. É, por sua vez, obrigatório quando a lei exige o parecer como pressuposto para a

JUÍZES. C.F., art. 120, § 1º, I, a e b, II e III; art. 121, § 2º. Resolução 615, de 05.8.2002, do TRE/MG, parágrafo único do art. 5º. I – O parágrafo único do art. 5º da Resolução 615/2002, do TRE/MG, estabelece que nenhum juiz poderá voltar a integrar o Tribunal na mesma classe ou em classe diversa, por dois biênios consecutivos. Inconstitucionalidade: a norma proíbe quando a Constituição faculta ao juiz servir por dois biênios consecutivos. CF, art. 121, § 2º. Ademais, não cabe ao TRE a escolha dos seus juizes. Essa escolha cabe ao Tribunal de Justiça, mediante eleição, pelo voto secreto: CF, art. 120, § 1º, I, a e b, II e III. A norma regimental do TRE condiciona, pois, ao Tribunal incumbido da escolha, certo que a Constituição não confere à Corte que expediu a resolução proibitória tal atribuição. II. – ADI julgada procedente.”

557

558

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 196.

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica os pareceres como atos de administração consultiva, que são “os que visam a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa.” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 411). Na esteira dessa lição, o Supremo Tribunal Federal decidiu, ao julgar o MS 24073/DF, que o parecer emitido por advogado da Administração Pública não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que tem por finalidade informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. E, por conta disso, o advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, nos termos do artigo 159 do Código Civil e artigo 32 da Lei n. 8.906/94. Confira-se a ementa do MS 24.073/DF – Relator Ministro Carlos Velloso – Julgamento: 06/11/2002 – DJU: 31/10/2003 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. CF, art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei n. 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13. ed., p. 377. II. – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. – Mandado de Segurança deferido.”

prática do ato administrativo final. E diz-se, por seu turno, que o parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acolher a sua conclusão.⁵⁵⁹

Os pareceres da Consultoria Geral, quando aprovados pelo Presidente da República, passam a ser abstratos, gerais e autônomos, adquirindo caráter normativo e, portanto, podendo ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.⁵⁶⁰

No plano jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no mesmo sentido.⁵⁶¹

5.3.14 Resoluções e deliberações administrativas de tribunais

No entender de Zeno Veloso, “se o instrumento utilizado assumiu caráter normativo, com um mínimo de abstração e generalidade, é passível de impugnação por via de ação direta.”⁵⁶²

Assim, embora os atos administrativos não sejam suscetíveis de controle concentrado, de vez que encontram fundamento de validade em normas legais, e

⁵⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 215.

⁵⁶⁰ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional. Teoria da Constituição*, cit., p. 187.

⁵⁶¹ ADI 4/DF – Relator Ministro Sydney Sanches – Julgamento: 07/03/1991 – DJU: 25/06/1993 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Taxa de juros reais até doze por cento ao ano (parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal). Questões preliminares sobre: 1. – Impedimento de Ministros; 2. – Ilegitimidade na representação do autor (partido político), no processo; 3. – Descabimento da ação por visar a interpretação de norma constitucional e não, propriamente, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; 4. – Impossibilidade jurídica do pedido, por impugnar ato não normativo (parecer sr n. 70, de 06.10.1988, da Consultoria Geral da República, aprovado pelo Presidente da República). Mérito: eficácia imediata, ou não, da norma do parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal, sobre a taxa de juros reais (12 por cento ao ano). Demais preliminares rejeitadas, por unanimidade. Mérito: ação julgada improcedente, por maioria de votos (declarada a constitucionalidade do ato normativo impugnado). 1. Ministro que oficiou nos autos do processo da ADIn, como Procurador-Geral da República, emitindo parecer sobre medida cautelar, está impedido de participar, como membro da corte, do julgamento final da ação. 2. Ministro que participou, como membro do Poder Executivo, da discussão de questões, que levaram à elaboração do ato impugnado na ADIn, não está, só por isso, impedido de participar do julgamento. 3. Havendo sido a procuração outorgada ao advogado signatário da inicial, por partido político, com representação no Congresso Nacional (art. 103, inc. VIII, da CF), subscrita por seu Vice-presidente, no exercício da presidência, e, depois, ratificada pelo Presidente, e regular a representação processual do autor. 4. Improcede a alegação preliminar, no sentido de que a ação, como proposta, visaria apenas à obtenção de uma interpretação do tribunal, sobre certa norma constitucional, se, na verdade, o que se pleiteia, na inicial, é a declaração de inconstitucionalidade de certo parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pelo Presidente da República e seguido de circular do Banco Central. 5. Como o parecer da Consultoria Geral da República (sr. n. 70, de 06.10.1988, D.O. de 07.10.1988), aprovado pelo Presidente da República, assumiu caráter normativo, por força dos artigos 22, parágrafo 2º, e 23 do Decreto n. 92.889, de 07.07.1986, e, ademais, foi seguido de circular do Banco Central, para o cumprimento da legislação anterior à Constituição de 1988 (e não do parágrafo 3º do art. 192 desta última), pode ele (o parecer normativo) sofrer impugnação, mediante ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de ato normativo federal (art. 102, i. “a”, da CF) (...).”

⁵⁶² VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, cit., p. 114.

não em normas constitucionais, o Pretório Excelso tem se posicionado pelo cabimento da ação direta de inconstitucionalidade contra resolução e deliberação administrativas de tribunais nos casos em que ocorre a extensão dos efeitos das normas administrativas.

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos, as decisões normativas dos tribunais podem assumir a forma de resoluções administrativas, portarias, deliberações *interna corporis*, etc. Independentemente da nomenclatura adotada, essas decisões, sendo atos abstratos, devem obediência à Carta Magna.⁵⁶³

Na ADI 2.093 MC/SC, ajuizada contra resolução do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o Supremo Tribunal entendeu que ela tem contornos normativo-abstratos, desafiando, pois, o controle concentrado de constitucionalidade.⁵⁶⁴

Na ADI 1.652 MC/MS, a Suprema Corte manifestou entendimento de que é possível o manejo de ação direta para impugnar resolução administrativa de Tribunal Regional do Trabalho, quando existente o necessário coeficiente de normatividade.⁵⁶⁵

⁵⁶³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 174.

⁵⁶⁴ ADI-MC 2.093/SC – Relator Ministro Marco Aurélio – Julgamento: 23/02/2000 – DJU: 28/04/2000 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/03/2010. “Ementa: CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – RESOLUÇÃO DE TRIBUNAL. Na dicção da ilustrada maioria, tem contornos normativo-abstratos, desafiando o controle concentrado de constitucionalidade, resolução de tribunal no sentido de a representação mensal devida aos magistrados incidir sobre a totalidade dos vencimentos. CONTROLE CONCENTRADO – RESOLUÇÃO DE TRIBUNAL – REPRESENTAÇÃO MENSAL – CÁLCULO DA VERBA. Assentado pela maioria o caráter normativo-abstrato de certa resolução, impõe-se a concessão de liminar, por não terem os tribunais competência legislativa no tocante aos vencimentos dos magistrados.”

⁵⁶⁵ ADI-MC 1.652/MS – Relator Ministro Octavio Gallotti – Julgamento: 20/08/1997 – DJU: 10/10/1997 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/03/2010. “Ementa: Relevância jurídica da impugnação, perante os artigos 96, II, b, e 62, parágrafo único, da Constituição Federal, de resolução administrativa de Tribunal Regional do Trabalho que atribuiu reajuste de vencimentos decorrente de medida provisória não convertida em lei e seguida de outra norma com diverso conteúdo. Liminar deferida para suspensão ‘*ex tunc*’, dos efeitos de resolução impugnada.” No extrato de ata do julgamento da ADI 1.652 MC/MS, consta a seguinte decisão do Plenário (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/03/2010): “Decisão: o Tribunal, por votação majoritária, conheceu da ação direta, vencido o Ministro Marco Aurélio, que dela não conhecia, por entender ausente, do ato impugnado, o necessário coeficiente de normatividade. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia ‘*ex tunc*’ (a partir de 08/5/97), até final julgamento desta ação direta, a execução e aplicabilidade da Resolução Administrativa n. 017/97, emanada do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (Mato Grosso do Sul), publicada no Diário da Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, em 16/5/97, vencido o Ministro Marco Aurélio, que o indeferia. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso. Plenário, 20.8.97.”

Relativamente às decisões normativas dos Tribunais de Contas, a Alta Corte também tem admitido ações diretas de inconstitucionalidade. Na ADI 1.691 MC/DF, por exemplo, a Excelsa Corte considerou que as decisões do Tribunal de Contas da União proferidas em consultas têm caráter normativo e, portanto, estão sujeitas ao controle concentrado.⁵⁶⁶

5.3.15 Leis orçamentárias

Inicialmente, a Suprema Corte entendia que as leis orçamentárias não poderiam ser objeto de controle concentrado, pois, embora apresentassem roupagem formal de lei, tinham natureza e efeitos político-administrativos concretos, com objeto e destinatários certos e determinados.⁵⁶⁷

É imperioso ressaltar, todavia, que a Alta Corte admitia o controle por via da ação direta se restasse demonstrado que a lei tinha um certo grau de abstração e generalidade, conforme se deu na ADI 2.925/DF, em que se discutiu a abstração da

⁵⁶⁶ ADI-MC 1.691/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 30/10/1997 – DJU: 28/11/1997 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/03/2010. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Decisão n. 819/96 do Plenário do Tribunal de Contas da União nos autos do Processo n. TC-007.925-4. – As decisões do Tribunal de Contas da União proferidas em consultas têm caráter normativo e constituem prejulgamento da tese, nos termos do § 2º do artigo 1º da Lei n. 8.443/92. São, portanto, atos normativos. – Relevância da arguição de inconstitucionalidade da acumulação de proventos e vencimentos, quando a acumulação de vencimentos não é permitida na atividade. Precedentes do Plenário do STF – Conveniência da concessão da liminar. Medida liminar deferida para suspender a eficácia, “*ex tunc*”, da Decisão n. 819/96 prolatada pelo Plenário do Tribunal de Contas nos autos do Processo n. TC-007.925/96-4, até o julgamento final da presente ação direta de inconstitucionalidade.”

⁵⁶⁷ ADI-QO 1.640/UF – Relator Ministro Sydney Sanches – Julgamento: 12/02/1998 – DJU: 03/04/1998 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16/03/2010. “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA – CPMF AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE “DA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS DA CPMF” COMO PREVISTA NA LEI N. 9.438/97. LEI ORÇAMENTÁRIA: ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO – E NÃO NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO: ART. 102, I, “A”, DA CF – 1. Não há, na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a impugnação de um ato normativo. Não se pretende a suspensão cautelar nem a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma, e sim de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade dos precedentes da Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo. Precedentes. 2. Isso não impede que eventuais prejudicados se valham das vias adequadas ao controle difuso de constitucionalidade, sustentando a inconstitucionalidade da destinação de recursos, como prevista na Lei em questão. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida, prejudicado, pois, o requerimento de medida cautelar. Plenário. Decisão unânime.”

norma que versava sobre a suplementação de crédito para reforço de dotações vinculadas aos recursos da CIDE-Combustíveis.⁵⁶⁸

A jurisprudência sofreu alterações ao longo do tempo e a Corte Máxima passou a considerar que é possível a submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade, consoante se verifica, *ad exemplum*, na ADI 4.048 MC/DF.⁵⁶⁹

5.4 CASOS EM QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM AFASTADO O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Vencidos os comentários acerca dos atos impugnáveis mediante ação direta de inconstitucionalidade, mister se faz, à guisa de sistematização didática do presente estudo, trazer à baila observações sobre os casos em que o Guardião da Constituição Federal tem afastado o controle concentrado de constitucionalidade.

Releva ressaltar que não se tem a pretensão de exaustividade e que, nas linhas subsequentes, encontram-se relatados alguns casos emblemáticos e representativos colhidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁶⁸ ADI 2.925/DF – Relatora Ministra Ellen Gracie – Relator para acórdão: Ministro Marco Aurélio – Julgamento: 19/12/2003 – DJU: 04/03/2005 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA – CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO – IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL – CIDE – DESTINAÇÃO – ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária n. 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II do citado parágrafo.”

⁵⁶⁹ ADI-MC 4.048/DF – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 14/05/2008 – DJU: 22/08/2005 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16/03/2010. “Ementa: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei n. 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (...) IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei n. 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008.”

5.4.1 Normas constitucionais originárias

No Brasil, não é possível a fiscalização abstrata das normas constitucionais decorrentes do poder constituinte originário.

O ordenamento jurídico brasileiro admite os controles concentrado e difuso da obra do poder constituinte reformador, especialmente as emendas constitucionais.⁵⁷⁰

O Supremo Tribunal, ao apreciar a ADI 815/DF, destacou que a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias não é compatível com o sistema de Constituição rígida, bem como que não lhe compete atuar na fiscalização do poder constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios suprapositivos. Anotou, também, que as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para justificar a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao poder constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo poder constituinte originário.⁵⁷¹

Na percepção de Uadi Lammêgo Bulos, “pelo princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, conflitos aparentes podem ser superados, pois inexistem, no bojo da Carta Magna, norma constitucional originariamente inconstitucional.”⁵⁷²

Na ADI 4.097 AgR/DF, o Pretório Excelso ressaltou o princípio da unidade hierárquico-normativa e o caráter rígido da Constituição brasileira para afastar o

⁵⁷⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 188.

⁵⁷¹ ADI 815/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 28/03/1996 – DJU: 10/05/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. – A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. – Na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (artigo 102, ‘caput’), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. – Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.”

⁵⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 189.

controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário.⁵⁷³

Ao consagrar a superioridade normativa da Constituição Federal, o sistema constitucional brasileiro não agasalha a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*),⁵⁷⁴ que admite a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais positivadas em virtude de incompatibilidade com os princípios constitucionais não escritos e os postulados da justiça.⁵⁷⁵

5.4.2 Atos normativos secundários

Entre os atos administrativos normativos encontram-se os decretos regulamentares,⁵⁷⁶ instruções normativas, resoluções e atos declaratórios que, estando subordinados à lei, não podem inovar validamente o ordenamento jurídico e, portanto, não se sujeitam ao controle concentrado de constitucionalidade.⁵⁷⁷

Não há confronto direto dos atos normativos secundários com a Constituição Federal, na medida em que a relação direta e imediata de compatibilidade vertical é estabelecida em face das normas legais, e não em referência às normas constitucionais. Logo, é de se ponderar se o ato administrativo está em dissonância com a lei que lhe cabia regulamentar,⁵⁷⁸ configurando ilegalidade e não

⁵⁷³ ADI-AgR 4.097/DF – Relator Ministro Cezar Peluso – Julgamento: 08/10/2008 – DJU: 07/11/2008 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16/03/2010. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário.”

⁵⁷⁴ Na obra *Normas constitucionais inconstitucionais?* (Coimbra: Almedina, 1994. p. 86), Otto Bachof, empreendendo estudos acerca da doutrina e da jurisprudência da Alemanha, conclui que “aos tribunais constitucionais também compete o controle da ‘constitucionalidade de normas da Constituição’, e da constitucionalidade no mais amplo sentido da ‘validade’ (‘Geltung’) das normas constitucionais à luz de todo o direito incorporado na Constituição (Lei Fundamental ou Constituição de um Estado federado) ou por ela pressuposto”.

⁵⁷⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 725.

⁵⁷⁶ Luís Roberto Barroso, no artigo intitulado “Apontamentos sobre o princípio da legalidade”, anota que a lei e o regulamento são atos normativos, de caráter geral e impessoal. Porém, apenas a lei pode inovar a ordem jurídica, modificando a situação preexistente. Sempre a lei, e não o regulamento, será a via legítima para criação de obrigações aos particulares. (In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I, p. 177).

⁵⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 157.

⁵⁷⁸ Deve-se ressaltar, nesse particular, que o decreto regulamentar não se confunde com o decreto autônomo, na medida em que este não tem por escopo a regulamentação de uma lei e nem se baseia nela. O STF tem se pronunciado no sentido de que o decreto autônomo é passível de ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade naquilo em que houver inovado invalidamente a

inconstitucionalidade, ou se é a própria lei que está em descompasso com a Lei Maior, hipótese em que tal lei é que deverá ser alvo de impugnação.⁵⁷⁹

Nessa ordem de considerações, significa dizer que, se o vício verificado não decorrer de violação direta à Constituição, a inconstitucionalidade será indireta ou reflexa.

Deveras, se determinado decreto regulamentar, expedido para fiel execução de lei, extrapolar os limites desta, não será hipótese de inconstitucionalidade direta, porque o fundamento de validade do decreto regulamentar não é diretamente a Constituição, mas sim a lei a qual está vinculado. Assim, havendo conflito entre a norma regulamentar secundária (decreto) e a norma primária regulamentada (lei), ainda que supostamente infringentes de normas constitucionais, não haverá ofensa direta à Constituição.⁵⁸⁰

A Suprema Corte tem equiparado a inconstitucionalidade indireta ou reflexa à mera ilegalidade, afastando, nesse caso, o controle concentrado de constitucionalidade.⁵⁸¹

ordem normativa, com vistas a coibir ofensa ao princípio constitucional da reserva legal. A abordagem jurisprudencial consta no 5.3.8 do presente trabalho.

⁵⁷⁹ ADI 1.537/DF – Relator Ministro Sydney Sanches – Julgamento: 12/12/1996 – *DJU*: 13/06/1997 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DECRETO REGULAMENTAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ARTIGOS 2º E 3º DO DECRETO N. 1.350, DE 28.12.1994: CONSELHO DELIBERATIVO DO SEBRAE. ARTIGO 84, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O Decreto n. 1.350, de 28.12.1994, dispõe sobre a participação, no Conselho Deliberativo do SEBRAE, de entidades representativas de micro e empresas de pequeno porte. 2. Visou o Decreto a regulamentar o art. 10 da Lei n. 8.029, de 12.04.1990, com a redação dada pela lei n. 8.154, de 28.12.1990, como nele está expreso. 3. Trata-se, pois, de Decreto meramente regulamentar. E não autônomo, como sustenta o autor. 4. Se, nos dispositivos impugnados, entrou em conflito com a Lei regulamentada, poderá ter incidido em ilegalidade. Não, diretamente, em inconstitucionalidade. 5. Em situações como essa, pacífica é a jurisprudência do S.T.F., no sentido de não admitir Ação Direta de Inconstitucionalidade de Decreto regulamentar, que desrespeite ou afronte a Lei regulamentada, podendo eventuais interessados valerem-se da via própria, na instância judiciária competente, para provocar o controle difuso de legalidade. 6. Ação não conhecida, prejudicado o requerimento de medida cautelar.”

⁵⁸⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 15-16.

⁵⁸¹ ADI 3.132/SE – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 15/02/2006 – *DJU*: 09/06/2006 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16/03/2010. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento: caso de inconstitucionalidade reflexa. Portaria n. 001-GP1, de 16.1.2004, do Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe, que determina que o pagamento por via bancária dos emolumentos correspondentes aos serviços notariais e de registro – obtidos através do sistema informatizado daquele Tribunal – somente pode ser feito nas agências do Banco do Estado de Sergipe S/A – BANESE. Caso em que a portaria questionada, editada com o propósito de regulamentar o exercício de atividade fiscalizatória prevista em leis federais (L. 8.935/94; L. 10.169/2000) e estadual (L.est. 4.485/2001), retira destas normas seu fundamento de validade e não diretamente da Constituição. Tem-se inconstitucionalidade reflexa – a cuja verificação não se presta a ação direta – quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o

Insta assinalar que a inconstitucionalidade indireta ou reflexa não se confunde com a inconstitucionalidade derivada ou consequente, em que a declaração de inconstitucionalidade da norma regulamentada (primária) conduz ao inevitável e inarredável reconhecimento da invalidade das normas regulamentadoras (secundárias). A título exemplificativo, pode ser citada a decisão proferida na ADI 3.645/PR, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.⁵⁸²

5.4.3 Atos normativos de efeitos concretos

A norma a ser impugnada mediante ação direta de inconstitucionalidade deve estar revestida dos atributos de generalidade e abstração, conforme entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁸³

desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição.”

⁵⁸² ADI 3.645/PR – Relatora Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 31/05/2006 – DJU: 01/09/2006 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16/03/2010. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 14.861/05, DO ESTADO DO PARANÁ. INFORMAÇÃO QUANTO À PRESENÇA DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EM ALIMENTOS E INGREDIENTES ALIMENTARES DESTINADOS AO CONSUMO HUMANO E ANIMAL. LEI FEDERAL 11.105/05 E DECRETOS 4.680/03 E 5.591/05. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE PARA DISPOR SOBRE PRODUÇÃO, CONSUMO E PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ART. 24, V E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTABELECIMENTO DE NORMAS GERAIS PELA UNIÃO E COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS ESTADOS. 1. Preliminar de ofensa reflexa afastada, uma vez que a despeito da constatação, pelo Tribunal, da existência de normas federais tratando da mesma temática, está o exame na ação adstrito à eventual e direta ofensa, pela lei atacada, das regras constitucionais de repartição da competência legislativa. Precedente: ADI 2.535-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.11.03. 2. Seja dispendo sobre consumo (CF, art. 24, V), seja sobre proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII), busca o Diploma estadual impugnado inaugurar regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente. 3. Ocorrência de substituição – e não suplementação – das regras que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente abrangente. Extrapolação, pelo legislador estadual, da autorização constitucional voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal. Precedente: ADI 3.035, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.05. 4. Declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de decreto regulamentar superveniente em razão da relação de dependência entre sua validade e a legitimidade constitucional da lei objeto da ação. Precedentes: ADI 437-QO, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.02.93 e ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90. 5. Ação direta cujo pedido formulado se julga procedente.”

⁵⁸³ ADI-MC-QO 1.937/PI – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 20/06/2007 – DJU: 31/08/2007 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade: inviabilidade: ato normativo de efeitos concretos. 1. O Decreto Legislativo 121/98, da Assembleia Legislativa do Estado do Piauí, impugnado, impõe a reintegração de servidores, que teriam aderido ao Programa de Incentivo ao Desligamento Voluntário do Servidor Público Estadual (L. est. 4.865/96). 2. O edito questionado, que, a pretexto de sustá-los, anula atos administrativos concretos – quais os que atingiram os servidores nominalmente relacionados – não é um ato normativo, mas ato que, não obstante de alcance plural, é tão concreto quanto aqueles que susta ou torna sem efeito. 3. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um

Os atos de efeitos concretos, desprovidos de normatividade e de generalidade abstrata, não estão sujeitos ao controle concentrado de constitucionalidade, como ocorrem, por exemplo, com os atos legislativos atinentes à doação de um bem público a uma entidade privada ou que venham a sustar uma licitação.⁵⁸⁴

Impende destacar que o decreto de natureza regulamentar é submetido ao controle de legalidade mediante remédios constitucionais, especialmente o mandado de segurança, desde que se caracterize como ato de efeitos concretos, ou seja, ato que não veicule, em seu conteúdo, normas que disciplinam relações jurídicas em abstrato.⁵⁸⁵

coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade. 4. Precedentes (v.g. ADIn 767, Rezek, de 26.8.92, *RTJ* 146/483; ADIn 842, Celso, *DJ* 14.05.93)."

⁵⁸⁴ ADI 643/SP – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 19/12/1991 – *DJU*: 03/04/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ESTADO DE SÃO PAULO – LEI N. 7.210/91 – DOAÇÃO DE BENS INSERVÍVEIS E/OU EXCEDENTES A ENTIDADE DE DIREITO PRIVADO – ATO MATERIALMENTE ADMINISTRATIVO – IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – NÃO CONHECIMENTO. – Objeto do controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte, são, em nosso sistema de direito positivo, exclusivamente, os atos normativos federais ou estaduais. Refogem a essa jurisdição excepcional de controle os atos materialmente administrativos, ainda que incorporados ao texto de lei formal. – Os atos estatais de efeitos concretos – porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata – não são passíveis de fiscalização jurisdicional, ‘em tese’, quanto a sua compatibilidade vertical com o texto da Constituição. Lei estadual, cujo conteúdo veicule ato materialmente administrativo (doação de bens públicos a entidade privada), não se expõe a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta.” ADI-MC 834/MT – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 11/02/1993 – *DJU*: 02/04/1993 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETO LEGISLATIVO ESTADUAL QUE SUSTOU CONCORRÊNCIA INSTAURADA PELO PODER PÚBLICO – ATO MATERIALMENTE ADMINISTRATIVO – INVIABILIDADE DE SEU EXAME EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA QUANTO AO ARTIGO 1º DO DECRETO LEGISLATIVO N. 2.841/92 – ATO IMPUGNADO QUE TAMBÉM DEFINE CRIME DE RESPONSABILIDADE – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA RECONHECIDA – JUÍZO POSITIVO DE CONVENIÊNCIA – SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DO ART. 2. DO DECRETO LEGISLATIVO N. 2.841/92 DO ESTADO DE MATO GROSSO – PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO – Decreto legislativo que susta a realização de licitação pública convocada pelo Estado não se impregna de essência normativa. Ainda que incorporado a texto de espécie jurídica formalmente legislativa, esse ato – precisamente porque seu conteúdo veicula determinação materialmente administrativa – não se expõe a jurisdição constitucional de controle “*in abstracto*” do Supremo Tribunal Federal. – Decreto legislativo, ainda que emanado da União Federal, não se qualifica como instrumento juridicamente idôneo a tipificação de crimes de responsabilidade. O tratamento normativo dos crimes de responsabilidade ou infrações político-administrativas exige, impõe e reclama, para efeito de sua definição típica, a edição de lei especial. Trata-se de matéria que se submete, sem quaisquer exceções, ao princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal. – A suspensão cautelar da eficácia de preceito normativo pode ter por fundamento razões de conveniência ditadas pela necessidade de preservar a incolumidade da ordem política local e de manter, no plano jurídico-institucional, a harmonia e a independência entre os Poderes Executivo e Legislativo do Estado-membro.”

⁵⁸⁵ Nesse particular, a Suprema Corte consagrou o entendimento de que o mandado de segurança não se qualifica como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, não podendo ser utilizado, por conseguinte, como instrumento de controle abstrato da validade constitucional das

Cumpra observar, por fim, que o Pretório Excelso tem admitido o controle de constitucionalidade de leis ordinárias que criam Municípios,⁵⁸⁶ ainda que constituam leis tipicamente de efeitos concretos.⁵⁸⁷

leis e dos atos normativos em geral. MS-AgR-QO 23.785/MG – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 05/09/2002 – DJU: 27/10/2006 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO, EM CARÁTER PREVENTIVO, CONTRA FUTURA APLICAÇÃO DE NORMAS CONSTANTES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – IMPETRAÇÃO CONTRA ATO EM TESE – INADMISSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF – QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DO NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, RESTANDO PREJUDICADA, EM CONSEQUÊNCIA, A APRECIÇÃO DO RECURSO DE AGRAVO. – Os princípios básicos que regem o mandado de segurança individual informam e condicionam, no plano jurídico-processual, a utilização do “*writ*” mandamental coletivo. – Não se revelam sindicáveis, pela via jurídico-processual do mandado de segurança, os atos em tese, assim considerados aqueles – como as leis ou os seus equivalentes constitucionais – que dispõem sobre situações gerais e impessoais, que têm alcance genérico e que disciplinam hipóteses neles abstratamente previstas. Súmula 266/STF. Precedentes. – O mandado de segurança não se qualifica como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, não podendo ser utilizado, em consequência, como instrumento de controle abstrato da validade constitucional das leis e dos atos normativos em geral. Precedentes.”

586

ADI 3.316/MT – Relator Ministro Eros Grau – Julgamento: 09/05/2007 – DJU: 29/06/2007 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.893, DE 28 DE JANEIRO DE 1998, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO – APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Santo Antônio do Leste importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpra verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de

5.4.4 Leis anteriores à Constituição de 1988

O Supremo Tribunal Federal não admite a impugnação, mediante ação direta de inconstitucionalidade, de lei anterior à Constituição em vigor, por entender que ocorre a revogação, e não a inconstitucionalidade, quando há incompatibilidade entre o ato normativo infraconstitucional e a Constituição superveniente.⁵⁸⁸

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, as relações entre uma nova Constituição e uma lei a ela anterior são resolvidas pela observância dos princípios da supremacia da Constituição e da continuidade da ordem jurídica. O primeiro princípio tem como premissa a rigidez constitucional e, na medida em que a Carta Constitucional goza de superioridade jurídica em relação às outras leis, toda e qualquer norma com ela incompatível não poderá ter existência válida e legítima. O segundo, por sua vez, tem por escopo preservar a vigência e eficácia da legislação que vigorava antes do advento da nova Constituição, haja vista que, se assim não fosse, haveria um enorme vácuo legal até que o legislador infraconstitucional levasse a efeito a integral recomposição de todo o domínio abrangido pelas normas jurídicas anteriores.⁵⁸⁹

dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso.” Há outros julgados do STF sobre o tema: ADI n. 2.240/BA – Relator Ministro Eros Grau – Julgamento: 09/05/2007 – DJU: 03/08/2007; ADI n. 1.881/AL – Relator Ministro Ricardo Lewandowski – Julgamento: 10/05/2007 – DJU: 14/06/2007. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009.

⁵⁸⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 192-193.

⁵⁸⁸ ADI 521/MT – Relator Ministro Paulo Brossard – Julgamento: 07/02/1992 – DJU: 24/04/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou e constitucional ou não e lei. Lei inconstitucional e uma contradição em si. A lei e constitucional quando fiel a Constituição; inconstitucional, na medida em que desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito a lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação a Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do voto proferido na ADIn n. 2-1/600.”

⁵⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 67-68.

5.4.5 Lei já revogada ou de eficácia exaurida

No controle concentrado de constitucionalidade, cabe, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal verificar e declarar se o ato normativo federal ou estadual, ainda em vigor, está, ou não, em conflito com a Constituição de 1988.

O Excelso Pretório não admite a interposição de ação direta de inconstitucionalidade para impugnar lei ou ato normativo revogado ou de eficácia exaurida, pois não se pode questionar ou atacar o que não mais existe no ordenamento jurídico.⁵⁹⁰

Deveras, a Suprema Corte entende que é inviável o controle concentrado de constitucionalidade de norma já revogada. Porém, se essa norma gerou efeitos residuais concretos, o Poder Judiciário deve se manifestar sobre as relações jurídicas dela decorrentes por meio do controle difuso.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ ADI-MC 1.436/ES – Relator Ministro Sydney Sanches – Julgamento: 22/08/1996 – DJU: 22/11/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE ATO NORMATIVO JÁ REVOGADO, ANTES MESMO DE SUA PROPOSITURA: FALTA DE OBJETO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS SISTEMAS CONCENTRADO E DIFUSO (ART. 102, I, “a”, e III, “a”, “b” e “c” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). 1. No controle concentrado de constitucionalidade, exercido, com exclusividade, pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o processo e julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual, só lhe cabe verificar e declarar se este, ainda em vigor, está, ou não, em conflito com a Constituição de 1988 (art. 102, I, “a”, da CF). 2. Se o ato normativo já se encontrava revogado, antes mesmo da propositura da ADI, a esta falta objeto, pois não pode impugnar o que já não existe no ordenamento jurídico. 3. É irrelevante, no processo da ADI, a circunstância de a norma, já revogada, estar sendo, apesar disso, aplicada, em seus efeitos, em processo judicial de Mandado de Segurança, pois a decisão, que neste se profira, cautelar ou de mérito, tem eficácia apenas entre as partes que nele figuram, não, assim, “*erga omnes*”, não tendo, ademais, o condão de ressuscitar o dispositivo já sem vigência. 4. Tal decisão é impugnável, pelas vias próprias, como a da Suspensão de Segurança (art. 4º da Lei n. 4.348, de 26.06.1964), ou a do Recurso Extraordinário para esta Corte, se, confirmada a liminar, em julgamento final de mérito, ocorrerem os respectivos pressupostos, inclusive os previstos em qualquer das alíneas “a”, “b” e “c” do inc. III do mesmo art. 102 da CF. 5. A.D.I. não conhecida, por falta de objeto, no momento mesmo da propositura, prejudicado o requerimento de medida cautelar.”

⁵⁹¹ RE-AgR 397.354/SC – Relatora Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 18/10/2005 – DJU: 18/11/2005 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. VIÚVA DE SERVIDOR. CF/69. RECEBIMENTO DE PENSÃO INTEGRAL. LEI AUTORIZADORA. REVOGAÇÃO. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. 1. Parágrafo 2º do art. 117 da Lei 6.745/85 do Estado de Santa Catarina, instituído por emenda parlamentar, que permitia o pagamento de pensão integral a dependentes de servidor falecido por causa de doença grave. Aumento de despesa. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade formal. Precedentes: RE 134.278 e Rp 890. 2. Superada a controvérsia em torno da constitucionalidade da norma discutida, torna-se prejudicada a questão da existência de direito adquirido ao recebimento de pensão integral em face de lei posterior que a revogou. 3. Esta Suprema Corte entende que é inviável o controle concentrado de constitucionalidade de norma já revogada. Se tal norma, porém, gerou efeitos residuais concretos, o Poder Judiciário deve se manifestar sobre as relações jurídicas dela decorrentes, por meio do controle difuso. Precedente: ADI 1.436. 4. Art. 40, § 7º, da CF/88. Inaplicabilidade. Discussão referente a proventos recebidos antes da promulgação da atual Constituição. 5. Agravo regimental improvido.”

5.4.6 Lei revogada ou que tenha perdido a sua vigência após a propositura da ADI

Havendo ação direta de inconstitucionalidade em curso e sobrevindo a revogação (total ou parcial) da lei ou ato normativo, assim como a perda de sua vigência, ocorrerá a prejudicialidade da ação em virtude da perda de objeto.⁵⁹²

Há, tecnicamente, perda superveniente de interesse processual, porquanto a ação deixou de ser útil e necessária.⁵⁹³

De acordo com o atual entendimento da Suprema Corte, a declaração em tese de lei ou ato normativo não mais existente transformaria a ação direta de inconstitucionalidade em instrumento de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas, cujos questionamentos devem ser suscitados em sede de controle difuso de constitucionalidade.⁵⁹⁴

É de bom alvitre noticiar que o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento de questão de ordem na ADI 1.244/SP, proferiu, na condição de relator, voto no sentido de que haja revisão da jurisprudência da Corte, para o fim de se admitir o prosseguimento do controle abstrato nas hipóteses em que a norma atacada tenha perdido a vigência após o ajuizamento da ação, seja pela revogação, seja em razão do seu caráter temporário, restringindo o alcance dessa revisão às ações diretas pendentes de julgamento e às que vierem a ser ajuizadas, por considerar que a

⁵⁹² Na hipótese de perda de vigência, pode ser citado como exemplo o que ocorre com a medida provisória.

⁵⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 159.

⁵⁹⁴ ADI 737/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 16/09/1993 – *DJU*: 22/10/1993 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 8.149, de 07.05.92 (artigo 7.). Esta Corte, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 709, decidiu que a revogação do ato normativo impugnado ocorrida posteriormente ao ajuizamento da ação direta, mas anteriormente ao seu julgamento, a torna prejudicada, independentemente da verificação dos efeitos concretos que o ato haja produzido, pois eles têm relevância no plano das relações jurídicas individuais, não, porém, no do controle abstrato das normas. Ação direta não conhecida, por estar prejudicada pela perda de seu objeto.” ADI-QO 2.010 DF – Ministro Relator Celso de Mello – Julgamento: 13/06/2002 – *DJU*: 28/03/2003 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DERROGAÇÃO DO ART. 2º DA LEI N. 9.783/99, RESULTANTE DA SUPERVENIENTE EDIÇÃO DA LEI N. 9.988/2000 – EXTINÇÃO ANÔMALA, NESSE PONTO, DO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA PREJUDICIALIDADE PARCIAL DA AÇÃO DIRETA. – A superveniente revogação – total (abrogação) ou parcial (derrogação) – do ato estatal impugnado em sede de fiscalização normativa abstrata faz instaurar, ante a decorrente perda de objeto, situação de prejudicialidade, total ou parcial, da ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da existência, ou não, de efeitos residuais concretos que possam ter sido gerados pela aplicação do diploma legislativo questionado. Precedentes.”

remessa de controvérsia constitucional já instaurada perante a Excelsa Corte para as vias ordinárias é incompatível com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição.⁵⁹⁵

5.4.7 Alteração do parâmetro constitucional invocado

Tratando-se de controle de constitucionalidade, é imperioso observar a relação existente entre a norma impugnada e o texto constitucional em face do qual aquela está sendo questionada. É o denominado texto constitucional parâmetro.

A fiscalização abstrata de normas, vale ressaltar, destina-se a defender a supremacia da Constituição Federal de 1988, não cabendo para o exame da validade de normas em contraste com as Constituições pretéritas.⁵⁹⁶

O Pretório Excelso tem firmado o entendimento de que, se houver alteração da norma que figura como parâmetro constitucional invocado, a ação direta de inconstitucionalidade deverá ser julgada prejudicada em decorrência da perda superveniente de seu objeto.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ ADI (QO-QO) 1.244/SP – Relator Ministro Gilmar Mendes – *Informativo STF* 305 – 23/04/2003 – Disponível em: <<http://www.stf.arquivo.informativo/documento/informativo305.htm#ADI> e Revogação Superveniente>. Acesso em: 14/11/2009. “ADI e Revogação Superveniente: Iniciado o julgamento de segunda questão de ordem, suscitada pelo Min. Gilmar Mendes, relator, em que se discute a prejudicialidade das ações diretas de inconstitucionalidade nas hipóteses de revogação do ato impugnado. Trata-se, na espécie, de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra Decisão Administrativa do TRT da 15ª Região tomada em 7.12.94, que fora posteriormente revogada – a mencionada decisão determinara o pagamento, a partir de abril de 1994, do reajuste de 10,94%, correspondente à diferença entre o resultado da conversão da URV em reais, com base no dia 20 de abril de 1994, e o obtido na operação de conversão com base no dia 30 do mesmo mês e ano, aos magistrados da Justiça do Trabalho, inclusive juízes classistas, bem como aos servidores ativos e inativos do Tribunal. O Min. Gilmar Mendes, relator, proferiu voto no sentido da revisão da jurisprudência do STF – segundo a qual a ação direta perde seu objeto quando há a revogação superveniente da norma impugnada ou, em se tratando de lei temporária, quando sua eficácia já teria se exaurido -, para o fim de admitir o prosseguimento do controle abstrato nas hipóteses em que a norma atacada tenha perdido a vigência após o ajuizamento da ação, seja pela revogação, seja em razão do seu caráter temporário, restringindo o alcance dessa revisão às ações diretas pendentes de julgamento e às que vierem a ser ajuizadas. O Min. Gilmar Mendes, considerando que a remessa de controvérsia constitucional já instaurada perante o STF para as vias ordinárias é incompatível com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, salientou não estar demonstrada nenhuma razão de base constitucional a evidenciar que somente no âmbito do controle difuso seria possível a aferição da constitucionalidade dos efeitos concretos de uma lei. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista da Ministra Ellen Gracie.”

⁵⁹⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 78.

⁵⁹⁷ ADI 2.197/RJ – Relator Ministro Maurício Corrêa – Julgamento: 10/03/2004 – *DJU*: 02/04/2004 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 3310/99. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE INATIVOS E PENSIONISTAS. EC 41/2003. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO SISTEMA PÚBLICO DE PREVIDÊNCIA. PREJUDICIALIDADE. 1. Contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos servidores inativos e dos pensionistas do Estado do Rio de Janeiro. Norma

Essa situação se verifica, por exemplo, quando a norma constitucional tida por violada é alterada por emenda constitucional, acarretando a mudança de paradigma e, por conseguinte, a prejudicialidade da ação direta previamente ajuizada.

5.4.8 Divergência entre a ementa da lei e o seu conteúdo

Consoante a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal, a simples divergência entre a ementa da lei e o seu conteúdo não é suficiente para configurar afronta à Constituição e, conseqüentemente, não abre ensejo ao controle de constitucionalidade.⁵⁹⁸

5.4.9 Lei ou ato normativo municipal

À luz do artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto somente lei ou ato normativo federal ou estadual, de sorte que a Suprema Corte vem se pronunciando no sentido de que a lei ou ato normativo municipal não é suscetível de controle, por meio de ação direta, em face da Constituição da República.⁵⁹⁹

editada em data posterior ao advento da EC 20/98. Inconstitucionalidade da lei estadual em face da norma constitucional vigente à época da propositura da ação. 2. Superveniência da Emenda Constitucional 41/2003, que alterou o sistema previdenciário. Prejudicialidade da ação direta quando se verifica inovação substancial no parâmetro constitucional de aferição da regra legal impugnada. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada.” Há diversos julgados: ADI 1.434/SP, ADI-QO 1.885/DF e ADI 1.510/SC, entre outros. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009.

⁵⁹⁸ ADI-MC 1.096/RS – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 16/03/1995 – *DJU*: 22/09/1995 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PARTIDO POLÍTICO – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – INEXIGIBILIDADE – LEGITIMIDADE ATIVA AMPLA DAS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE – A POSIÇÃO INSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO SISTEMA NORMATIVO DA CONSTITUIÇÃO – REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS NAS AÇÕES DIRETAS – SERVIDOR PÚBLICO E EQUIPARAÇÃO REMUNERATÓRIA – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL – LEI ESTADUAL QUE CONTEM MATÉRIA ESTRANHA AQUELA ENUNCIADA EM SUA EMENTA – SUPOSTA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA MORALIDADE – INOCORRÊNCIA – MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO E PERTINÊNCIA TEMÁTICA NAS AÇÕES DIRETAS: (...) DIVERGÊNCIA ENTRE O CONTEÚDO DA LEI E O ENUNCIADO CONSTANTE DE SUA EMENTA: A lei que veicula matéria estranha ao enunciado constante de sua ementa não ofende qualquer postulado inscrito na Constituição e nem vulnera qualquer princípio inerente ao processo legislativo. Inexistência, no vigente sistema de direito constitucional positivo brasileiro, de regra idêntica a consagrada pelo art. 49 da revogada Constituição Federal de 1934.”

⁵⁹⁹ ADI 209/DF – Relator Ministro Sydney Sanches – Julgamento: 20/05/1998 – *DJU*: 11/09/1998 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 6º, BEM

Uadi Lammêgo Bulos salienta que há duas formas de proceder ao controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, ou seja, pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental ou pela via do controle difuso, exercido *incidenter tantum*, no caso concreto, por todos os órgãos do Poder Judiciário.⁶⁰⁰

O Pretório Excelso não tem admitido, outrossim, que a Constituição do Estado atribua ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, tendo em conta usurpação de sua competência.⁶⁰¹

Importa acentuar, à guisa de maior clareza, que as normas jurídicas de Constituição Estadual, cuja redação seja idêntica à das normas de Constituição Federal em que encontram fundamento de validade, são normas de reprodução ou normas de imitação.⁶⁰² Assim, a Suprema Corte tem decidido pelo cabimento da

COMO DOS ARTS. 7º, 8º E 13, TODOS DA LEI N. 54, DE 23.09.1989, DO DISTRITO FEDERAL, DE CARÁTER MUNICIPAL: IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA AÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM". (...) 10. Com efeito, a competência do Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, é a de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, como está expresso no art. 102, I, "a", da Constituição Federal, quando afrontada esta última. E não de lei de natureza municipal. 11. Em se tratando de lei municipal, o controle de constitucionalidade se faz, pelo sistema difuso – e não concentrado – ou seja, apenas no julgamento de casos concretos, com eficácia "inter partes" e não "erga omnes", quando confrontado o ato normativo local com a Constituição Federal. 12. O controle de constitucionalidade concentrado, nesse caso, somente será possível, em face da Constituição dos Estados, se ocorrente a hipótese prevista no § 2º do art. 125 da Constituição Federal (...)."

⁶⁰⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 130.

⁶⁰¹ ADI 508/MG – Relator Ministro Sydney Sanches – Julgamento: 12/02/2003 – DJU: 23/05/2003 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. "Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CABIMENTO ADMITIDO PELA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE ATRIBUI COMPETÊNCIA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSÁ-LA E JULGÁ-LA. INADMISSIBILIDADE. 1. O ordenamento constitucional brasileiro admite Ações Diretas de Inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, em face da Constituição estadual, a serem processadas e julgadas, originariamente, pelos Tribunais de Justiça dos Estados (artigo 125, parágrafo 2º da CF). 2. Não, porém, em face da Constituição Federal. 3. Aliás, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal tem competência para Ações dessa espécie, pois o art. 102, I, "a", da CF só a prevê para Ações Diretas de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Não, assim, municipal. 4. De sorte que o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, diante da Constituição Federal, só se faz, no Brasil, pelo sistema difuso, ou seja no julgamento de casos concretos, com eficácia, 'inter partes', não 'erga omnes'. 5. Precedentes. 6. Ação Direta julgada procedente, pelo STF, para declarar a inconstitucionalidade das expressões 'e da Constituição da República' e 'em face da Constituição da República', constantes do art. 106, alínea "h", e do parágrafo 1º do art. 118, todos da Constituição de Minas Gerais, por conferirem ao respectivo Tribunal de Justiça competência para o processo e julgamento de ADI de lei ou ato normativo municipal, em face da Constituição Federal. 7. Plenário. Decisão unânime."

⁶⁰² MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional. Teoria da Constituição*, cit., p. 188.

representação de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo municipal, perante o Tribunal de Justiça, em face de preceito da Constituição Estadual, ainda que obrigatoriamente reproduzido, na medida em que é investigada a origem, e não o conteúdo normativo, do parâmetro constitucional invocado.⁶⁰³

Se a ação direta de inconstitucionalidade e a representação de inconstitucionalidade tramitarem de forma simultânea, respectivamente, perante o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça, contra a mesma lei ou ato normativo impugnado em face de preceitos constitucionais estaduais que são reprodução de preceitos constitucionais federais, o curso da representação de inconstitucionalidade deverá ser suspenso até o julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade proposta perante a Suprema Corte.⁶⁰⁴

Se houver tramitação simultânea de ação direta de inconstitucionalidade e de representação de inconstitucionalidade, com abrangência maior do processo estadual, este não terá seu curso suspenso, devendo apenas o Tribunal de Justiça se abster de proferir julgamento específico sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados perante o Guardião da Constituição Federal.⁶⁰⁵

⁶⁰³ ADI-QO 1.529/MT – Relator Ministro Octávio Gallotti – Julgamento: 28/11/1996 – *DJU*: 28/02/1997 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: É competente o Tribunal de Justiça (e não o Supremo Tribunal), para processar e julgar ação direta contra lei estadual contrastada com a norma da Constituição local, mesmo quando venha esta a consubstanciar mera reprodução de regra da Carta Federal, cabendo, em tese, recurso extraordinário de decisão que vier a ser proferida sobre a questão.”

⁶⁰⁴ ADI-MC 1.423/SP – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 20/06/1996 – *DJU*: 22/11/1996 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Lei n. 9.332, de 27 de dezembro de 1995, do Estado de São Paulo. – Rejeição das preliminares de litispendência e de continência, porquanto, quando tramitam paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça local e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal, conforme sustentou o relator da presente ação direta de inconstitucionalidade em voto que proferiu, em pedido de vista, na Reclamação 425. – Ocorrência, no caso, de relevância da fundamentação jurídica do autor, bem como de conveniência da concessão da cautelar. Suspenso o curso da ação direta de inconstitucionalidade n. 31.819 proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deferiu-se o pedido de liminar para suspender, ‘*ex nunc*’ e até decisão final, a eficácia da Lei n. 9.332, de 27 de dezembro de 1995, do Estado de São Paulo.”

⁶⁰⁵ ADI 2.146/SP – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 06/04/2000 – *DJU*: 13/04/2000 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Decisão: Controle abstrato de constitucionalidade: curso simultâneo de ADIn federal – atinente a alguns dispositivos de lei local – e de ADIn estadual – que arguiu a inconstitucionalidade formal de toda a lei: abrangência maior do processo estadual que – na linha do decidido na Rcl 383 – nem impõe sua avocação, nem sua suspensão, como aqui se requer: pedido parcialmente deferido apenas para que o Tribunal de Justiça se abstenha de

Relativamente aos atos normativos do Distrito Federal, é imprescindível divisar e distinguir se a edição se deu no exercício de competência legislativa municipal ou estadual, tendo em vista que ambas lhe são reconhecidas, consoante expressa dicção do artigo 32, § 1º, da Carta Magna.⁶⁰⁶ A Corte Máxima firmou a orientação de que não cabe ação direta contra normas editadas com base na competência legislativa municipal⁶⁰⁷ e, nesse sentido, vale trazer à baila a Súmula n. 642 do STF, de 24 de setembro de 2003, *in litteris*: “Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada de sua competência legislativa municipal.”

5.4.10 Proposta de emenda constitucional ou projeto de lei

No Brasil, o controle preventivo de constitucionalidade é realizado no decorrer do processo legislativo, tendo por escopo evitar o ingresso de leis inconstitucionais no ordenamento jurídico. Esse controle preventivo é exercido pelo Poder Legislativo, por meio das comissões permanentes de constituição e justiça previstas no artigo 58 da Carta Magna,⁶⁰⁸ ou pelo Poder Executivo mediante veto jurídico, nos moldes do artigo 66, § 1º, da Constituição Federal.⁶⁰⁹

proferir julgamento específico sobre a inconstitucionalidade nos dispositivos objeto da ADIn federal, sempre que os padrões estaduais a considerar sejam normas de reprodução compulsória da Constituição Federal (...).”

⁶⁰⁶ “Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. § 2º ‘*usque*’ § 4º (...).”

⁶⁰⁷ ADI 611/DF – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 06/11/1992 – DJU: 11/12/1992 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: I. Ação direta de inconstitucionalidade: objeto: lei do Distrito Federal fundada em competência municipal: descabimento. O Distrito Federal, ao qual se vedou dividir-se em Municípios (CF, art. 32), e entidade federativa que acumula as competências reservadas pela Constituição aos Estados e aos Municípios (CF, art. 32, par. 1.): dada a inexistência de controle abstrato de normas municipais em face da Constituição da República, segue-se o descabimento de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja ato normativo editado pelo Distrito Federal, no exercício de competência que a Lei Fundamental reserva aos Municípios, qual a de disciplina e polícia do parcelamento do solo urbano. II. Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento, segundo a jurisprudência do STF (ADI n 2, 6.2.92), contra atos normativos anteriores a Constituição. III. Ação direta de inconstitucionalidade: não cabe, quando tenha por objeto ato normativo, que visou a regulamentação, na área administrativa, do cumprimento de leis que se entenderam incidir na matéria: invalidade que, a existir, se reduziria a ilegalidade da norma secundária impugnada.”

⁶⁰⁸ “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. § 2º às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I – discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do

Não há, no direito brasileiro, o controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, tendo sido adotado o controle repressivo jurídico ou judiciário, em que o Poder Judiciário realiza o controle de leis ou atos normativos já editados, retirando do ordenamento jurídico aqueles que forem contrários à Constituição da República.⁶¹⁰

Em outros dizeres, não há como propor ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo ainda em formação, como é o caso da proposta de emenda à Constituição ou do projeto de lei em tramitação.⁶¹¹

A proposta de emenda à Constituição é considerada, nos dizeres de Alexandre de Moraes, um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade, que só ingressa no ordenamento jurídico após a sua aprovação, quando, então, passa a ser preceito de estatura constitucional.⁶¹²

O Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que os atos normativos ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe, ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante, a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas.⁶¹³

Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; III – convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições; IV – receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; V – solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; VI – apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer. § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. § 4º Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.”

⁶⁰⁹ “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º ‘usque’ § 7º (...).”

⁶¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 696-697.

⁶¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 160.

⁶¹² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 651.

⁶¹³ ADI 466/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 03/04/1991 – DJU: 10/05/1991 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE

Calha assinalar, nessa vereda, que a Suprema Corte tem admitido o controle incidental ou difuso, via mandado de segurança, do processo de formação de leis ou de elaboração de emendas à Constituição, desde que a impugnação seja suscitada por membro do Congresso Nacional, porquanto o parlamentar dispõe do direito público subjetivo à correta observância das cláusulas que compõem o devido processo legislativo.⁶¹⁴

PRÉVIA CONSULTA PLEBISCITÁRIA – LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, § 4º, IV) – INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO – AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO – NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. – O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou – como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite – o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos *‘in fieri’*, ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe – ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante – a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo – que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional – e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão – que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. – A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas – que não são normas constitucionais originárias – não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade (...).”

⁶¹⁴ MS 23.565/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 10/11/1999 – DJU: 17/11/1999 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE (CF, ART. 60, § 4º). MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL. WRIT MANDAMENTAL UTILIZADO POR SERVIDOR PÚBLICO. FALTA DE QUALIDADE PARA AGIR. MANDADO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO. – O processo de formação das leis ou de elaboração de emendas à Constituição revela-se suscetível de controle incidental ou difuso pelo Poder Judiciário, sempre que, havendo possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional, a impugnação vier a ser suscitada por membro do próprio Congresso Nacional, pois, nesse domínio, somente ao parlamentar – que dispõe do direito público subjetivo à correta observância das cláusulas que compõem o devido processo legislativo – assiste legitimidade ativa *‘ad causam’* para provocar a fiscalização jurisdicional. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de recusar, a terceiros que não ostentem a condição de parlamentar, qualquer legitimidade que lhes atribua a prerrogativa de questionar, *‘incidenter tantum’*, em sede mandamental, a validade jurídico-constitucional de proposta de emenda à Constituição, ainda em tramitação no Congresso Nacional. Precedentes (...).”

5.4.11 Súmula

A súmula decorre de sucessivos acórdãos consonantes sobre o mesmo tema, refletindo a jurisprudência prevalecente e reiterada de um determinado tribunal.⁶¹⁵

No entender de Gustavo Pereira Farah, a súmula se presta a firmar entendimentos dominantes, estabelecendo condutas direcionais como elemento ancilar da lei e contribuindo para a celeridade processual.⁶¹⁶

Segundo o Pretório Excelso, a súmula de jurisprudência predominante não possui características de ato normativo, de forma que não é passível de controle concentrado de constitucionalidade.⁶¹⁷

É oportuno destacar, nessa passagem, que a Emenda Constitucional n. 45/2004 inseriu no ordenamento jurídico nacional a denominada súmula vinculante,⁶¹⁸ nos termos do artigo 103-A da Constituição da República.⁶¹⁹

⁶¹⁵ Com efeito, assim reza o artigo 479 do Código de Processo Civil: “Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.”

⁶¹⁶ FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*. São Paulo: LTr, 2007. p. 25.

⁶¹⁷ ADI 594/DF – Relator Ministro Carlos Velloso – Julgamento: 19/02/1992 – DJU: 15/04/1994 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Constitucional. Súmula da jurisprudência predominante. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ato Normativo. Súmula n. 16, do Superior Tribunal de Justiça. I. A súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada. II. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.”

⁶¹⁸ Analisando a evolução do conceito e das funções da jurisprudência, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que é preciso reavaliar a posição da jurisprudência frente às fontes do Direito. A rigor, segundo seu entendimento, “somente quando se apresenta com declarada ‘força vinculativa’ é que pode a jurisprudência ser alçada à condição de ‘fonte formal’ do Direito, porque aí ela se reveste de um ‘plus’, exatamente a nota da obrigatoriedade do enunciado sumulado, passando a operar como se norma fora e, quiçá, até mais efetiva, já que nela se cumulam o ‘comando’ e sua própria interpretação. Na medida, pois, em que a súmula vinculante funciona para os operadores do Direito e para os jurisdicionados não apenas como parâmetro para solução do caso concreto, mas igualmente como referencial impositivo para casos análogos, pendentes e futuros, parece não haver dúvida de que a jurisprudência – ‘nessa configuração específica’ – alcança o patamar de fonte ou forma de expressão do Direito, ao lado da norma legal” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 82).

⁶¹⁹ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou

A súmula vinculante traduz as reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria constitucional, que, após aprovação de dois terços de seus membros e publicação na imprensa oficial, torna-se de observância obrigatória para os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, passaram a existir no sistema jurídico brasileiro a súmula vinculante e a súmula não vinculante, que tem apenas valor persuasivo. Para que as súmulas existentes também adquiram efeitos vinculantes, mister se faz o cumprimento dos requisitos e procedimentos preconizados na aludida emenda constitucional.⁶²⁰

O § 2º do artigo 103-A da Constituição Federal preceitua que, sem prejuízo do que vier a ser fixado em lei, haverá possibilidade de se proceder à aprovação, revisão ou cancelamento de súmula mediante a provocação daqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Regulamentando o sobredito dispositivo constitucional, o procedimento para edição, cancelamento e revisão de súmula vinculante encontra-se disciplinado pela Lei n. 11.417/2006.

A par dos debates acerca da natureza legislativa ou jurisdicional do novel instituto, Glauco Salomão Leite sintetiza a sua posição no sentido de que a súmula vinculante não é manifestação de atividade legislativa do Excelso Pretório, razão pela qual não há que se falar em ofensa à separação dos Poderes. Ela é resultante de interpretação jurídica desenvolvida pela Suprema Corte no exercício de jurisdição constitucional, sendo que os efeitos projetados para além de um único caso concreto, condicionando a interpretação futura dos operadores do Direito em situações análogas, decorrem da posição singular do Supremo Tribunal Federal como intérprete último da Constituição e instância decisória final da jurisdição constitucional. Ademais, “não se deve confundir o caráter material e jurisprudencialmente constitucional das súmulas vinculantes com o caráter formal de normas constitucionais emanadas do Poder Constituinte originário ou do poder de

decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

⁶²⁰ AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 178.

reforma, pois, como visto, há significativas diferenças entre a produção legislativa do direito e a produção judicial do direito, de que as súmulas são espécies.”⁶²¹

No mesmo rumo, Márcia Regina Lusa Cadore assevera que o reconhecimento da súmula vinculante como fonte formal de Direito não significa equipará-la à norma emitida pelo Poder Legislativo, visto que “a lei e a jurisprudência são fontes do direito, mas fontes distintas, com metódica diversa para a solução das controvérsias jurídicas.”⁶²²

Luís Roberto Barroso também preleciona que a súmula vinculante não é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade.⁶²³

Por derradeiro, merece menção a posição de Gustavo Pereira Farah, que, identificando as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho (TST) como legiferantes, em afronta direta à Lei Máxima, sustenta que o Supremo Tribunal Federal deve rever o seu posicionamento para admitir a impugnação de súmulas do TST por via da ação direta de inconstitucionalidade.⁶²⁴

5.4.12 Convenções e acordos coletivos de trabalho

No campo do Direito do Trabalho incide o princípio da autonomia coletiva, segundo o qual os trabalhadores, empregadores e suas respectivas entidades representativas podem elaborar e estabelecer normas não estatais, reconhecidas pelo Estado como legítimas, para fixação de condições de trabalho aplicáveis aos contratos individuais dos trabalhadores.⁶²⁵

A definição de convenção coletiva de trabalho encontra-se gizada no artigo 611, *caput*, da CLT, no sentido de que “é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.”

Maurício Godinho Delgado descortina o tema, esclarecendo que a convenção coletiva decorre de negociações entabuladas por entidades sindicais de empregados e dos respectivos empregadores, envolvendo, pois, o âmbito da

⁶²¹ LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 93-119.

⁶²² *Ibidem*, p. 108.

⁶²³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 161.

⁶²⁴ FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*, cit., p. 187-203.

⁶²⁵ BARRETO, Gláucia; ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito do trabalho*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 13.

categoria profissional (obreiros) e o âmbito da categoria econômica (empregadores), com nítido caráter coletivo e genérico. Assim, conquanto seja de origem privada, a convenção coletiva cria regras jurídicas (normas autônomas), isto é, preceitos gerais, abstratos e impessoais, direcionados a normatizar situações *ad futurum*.⁶²⁶

O § 1º do artigo 611 da CLT trata, por sua vez, do acordo coletivo de trabalho, preconizando que “é facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.”

O acordo coletivo é pacto de caráter normativo formalizado por um sindicato de certa categoria profissional e uma empresa ou mais empresas da correspondente categoria econômica, com objetivo de se estipular condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas empresas, às relações individuais de trabalho.⁶²⁷

O traço comum entre a convenção e o acordo coletivo é que em ambos são ajustadas condições de trabalho de efeito normativo. A diferença, por sua vez, está nos sujeitos envolvidos, pois o acordo coletivo é avençado entre uma ou mais empresas e o sindicato da categoria profissional, enquanto que a convenção coletiva é realizada entre sindicato da categoria profissional, de um lado, e sindicato da categoria econômica, de outro.⁶²⁸

Nessa ordem de ideias, considerando que no controle de constitucionalidade busca-se aferir a compatibilidade dos atos estatais em face da Constituição,⁶²⁹ as convenções e os acordos coletivos de trabalho não podem figurar como objeto de ação direta de inconstitucionalidade, dado que são celebrados entre sindicatos ou sindicatos e empresas, não guardando, portanto, correspondência com atos estatais.⁶³⁰

Clèmerson Merlin Clève é categórico ao expor que as convenções coletivas, embora veiculem verdadeiras normas jurídicas heterônomas, aplicáveis a terceiros,

⁶²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 1354.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 1355.

⁶²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 828.

⁶²⁹ LEITE, George Salomão. Do controle de constitucionalidade e tipologia da inconstitucionalidade dos atos estatais. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional – Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 233.

⁶³⁰ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional. Teoria da Constituição*, cit., p. 186-187.

não podem ser alvo de fiscalização abstrata, pois apenas os atos normativos federais e estaduais, editados pelo Poder Público, desafiam a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.⁶³¹

5.4.13 Sentenças normativas

De acordo com o artigo 114, § 2º, da Constituição Federal, havendo recusa à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às partes envolvidas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

As decisões dos tribunais trabalhistas em dissídios coletivos são denominadas sentenças normativas, nas quais são fixadas, mediante cláusulas, as novas normas e condições de trabalho aplicáveis aos contratos individuais de trabalho.⁶³²

Os efeitos da sentença normativa alcançam todas as organizações sindicais envolvidas no dissídio coletivo, beneficiando, igualmente, os associados e os não associados dos sindicatos, ou seja, a categoria toda, em decorrência do efeito *erga omnes* de que é dotada tal decisão.⁶³³

Não obstante isso, e em que pese o seu caráter de normatividade,⁶³⁴ as sentenças em questão não podem ser alvo de controle concentrado de constitucionalidade, sendo submetidas, exclusivamente, ao regime jurídico dos atos jurisdicionais, com impugnação por meio dos recursos oferecidos contra esse tipo de manifestação do Poder Estatal.⁶³⁵

⁶³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 218.

⁶³² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*, cit., p. 790.

⁶³³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 558.

⁶³⁴ AI-AgR-AgR 207.824/RS – Relator Ministro Sepúlveda Pertence – Julgamento: 24/04/1998 – DJU: 22/05/1998 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02/11/2009. “Ementa: Sentença normativa: inexistência de coisa julgada material. Sentença normativa – embora editada por órgão jurisdicional ao cabo de um processo -, é forma de edição de normas gerais e abstratas e, por isso, não faz coisa julgada material: a correção de sentenças em dissídios individuais que não lhes aplique as normas gerais ou as aplique erroneamente se faz mediante recurso de revista (CLT, art. 896, b), do mesmo modo previsto para a revisão das decisões contrárias à lei: o que a respeito se decida na revista, contudo, não pode ser questionado em recurso extraordinário fundado na violação da coisa julgada.”

⁶³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 215-216; PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 78.

5.4.14 Respostas do Tribunal Superior Eleitoral

Não há como se proceder ao controle concentrado de respostas emitidas pelo Tribunal Superior Eleitoral às consultas que lhe forem dirigidas, pois constituem atos de natureza administrativa, que não apresentam qualquer eficácia vinculativa aos demais órgãos do Poder Judiciário.⁶³⁶

Nesse sentido, pode ser conferida a decisão proferida pela Máxima Corte na ADI 1.805 MC/DF.⁶³⁷

⁶³⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 188.

⁶³⁷ ADI/MC 1.805/DF– Relator Ministro Néri da Silveira – Julgamento: 26/03/1998 – DJU: 14/11/2003 – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15/03/2010. “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 14, § 5º, da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 16/1997. 3. Reeleição do Presidente da República, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal e dos Prefeitos, bem como dos que os hajam sucedido ou substituído no curso dos mandatos, para um único período subsequente. 4. Alegação de inconstitucionalidade a) da interpretação dada ao parágrafo 5º do art. 14 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional n. 16/1997, ao não exigir a renúncia aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito, para o titular concorrer à reeleição; b) do § 2º do art. 73 e do art. 76, ambos da Lei n. 9.504, de 30.7.1997; c) das Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral ns. 19.952, 19.953, 19.954 e 19.955, todas de 2.9.1997, que responderam, negativamente, a consultas sobre a necessidade de desincompatibilização dos titulares do Poder Executivo para concorrer à reeleição. 5. Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, no que concerne às Resoluções referidas do TSE, em respostas a consultas, porque não possuem a natureza de atos normativos, nem caráter vinculativo (...).”

CONCLUSÃO

Considerando as argumentações doutrinárias e a orientação jurisprudencial do Pretório Excelso frente aos diversos aspectos do controle concentrado de constitucionalidade e, em especial, em relação ao tema de estudo desenvolvido no presente trabalho, é possível, nessa etapa final, formular e relacionar as seguintes conclusões:

- o ordenamento jurídico é um sistema e, como tal, pressupõe unidade e harmonia entre as partes que o compõem;

- a supremacia da Constituição revela a sua superior posição hierárquica dentro do sistema, que se encontra estruturado de forma escalonada, podendo-se afirmar que a Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas, não podendo nenhuma lei ou ato normativo subsistir validamente se não estiver em perfeita harmonia com o texto constitucional;

- havendo eventual quebra da harmonia entre as partes que integram o ordenamento jurídico, o sistema prevê mecanismos de correção destinados a restabelecê-la, como é o caso do controle de constitucionalidade, que consiste na verificação da compatibilidade entre uma lei ou ato normativo frente ao texto da Constituição Federal;

- o sistema de controle concentrado de constitucionalidade abarca, entre outras, a ação direta de inconstitucionalidade, que é destituída de partes confrontantes e lide, pois a sua finalidade não é a composição de conflitos de interesses em situações concretas, mas sim resolver eventual incompatibilidade vertical entre uma lei ou um ato normativo e uma norma da Constituição, sempre visando à garantia da supremacia constitucional;

- na ação direta de inconstitucionalidade busca-se realizar o controle de constitucionalidade de ato revestido de normatividade, marcado pela generalidade e abstração;

- por estarem revestidas do caráter de normatividade, caberá, na hipótese de haver afronta direta à Constituição, a fiscalização abstrata das seguintes espécies

normativas: emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo, resolução, decreto autônomo, leis ou atos normativos estaduais, leis ou atos normativos distritais quando no exercício de competência estadual, tratados internacionais, regimento de tribunal, parecer da Consultoria Geral da República, resoluções e deliberações de tribunais e leis orçamentárias;

– somente leis e atos normativos que afrontam diretamente a Lei Fundamental podem ser alvo de controle concentrado perante o Pretório Excelso, não estando, pois, sujeitas à fiscalização abstrata as normas que venham a contrariar a Constituição de forma indireta ou reflexa, como é o caso, por exemplo, dos atos normativos secundários;

– não é admitido, no Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade de normas constitucionais originárias, decorrentes do poder constituinte originário, haja vista que, ao consagrar a superioridade normativa da Constituição, o sistema constitucional brasileiro não agasalhou a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*);

– no Brasil, não é cabível a impugnação, por via da ação direta de inconstitucionalidade, de lei anterior à Constituição em vigor, à medida que ocorre o fenômeno da revogação, e não a inconstitucionalidade, quando há incompatibilidade entre o ato normativo infraconstitucional e a Constituição superveniente;

– não é admissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade para impugnar lei ou ato normativo revogado ou de eficácia exaurida, uma vez que não se pode questionar ou atacar o que não mais existe no ordenamento jurídico;

– havendo ação direta de inconstitucionalidade em curso e sobrevindo a revogação da lei ou ato normativo, assim como alteração da norma que figura como parâmetro constitucional invocado, a aludida ação deverá ser julgada prejudicada em decorrência da perda superveniente de seu objeto;

– a simples divergência entre a ementa da lei e seu conteúdo não é suficiente para configurar afronta à Constituição, de modo que, nessa hipótese, não cabe cogitar a realização de controle concentrado de constitucionalidade;

– conforme expressa dicção do artigo 102, inciso I, *a*, da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto apenas lei ou ato normativo federal ou estadual, não se admitindo a impugnação, por meio dessa espécie de ação, de lei ou ato normativo municipal diante da Lei Maior;

– não é cabível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo ainda em formação, como se verifica nos casos de proposta de emenda à Constituição e de projeto de lei em tramitação;

– a súmula de jurisprudência predominante não possui conteúdo normativo, de forma que não é passível de controle concentrado de constitucionalidade;

– considerando que no controle de constitucionalidade busca-se aferir a compatibilidade dos atos estatais diante da Constituição, as convenções e os acordos coletivos de trabalho não podem figurar como objeto de ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que são celebrados entre sindicatos ou sindicatos e empresas, não guardando, pois, correspondência com atos estatais;

– as sentenças normativas da Justiça do Trabalho não podem ser alvo de controle concentrado de constitucionalidade, sendo submetidas, exclusivamente, ao regime jurídico dos atos jurisdicionais, com impugnação por meio dos recursos oferecidos contra esse tipo de manifestação do Poder Estatal;

– as respostas emitidas pelo Tribunal Superior Eleitoral às consultas não se sujeitam à fiscalização abstrata de constitucionalidade, uma vez que não possuem natureza de atos normativos nem caráter vinculativo.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2007.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Dialética, 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACHA, Sérgio Reginaldo. *Constituição Federal: leis complementares e leis ordinárias. Hierarquia?* Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRETO, Gláucia; ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito do trabalho*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei n. 9.873/99. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I.

BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. II.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional – Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2006.

CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC n. 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DAMOUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e novo regime constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *'Amicus curiae': instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodium, 2007. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*. São Paulo: LTr, 2007.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada 'erga omnes' e eficácia 'erga omnes'*. Salvador: JusPodivm, 2009.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O efeito repristinatório na declaração de inconstitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional – Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAHL, Renato Hartwig. *Jurisdição do Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração 'erga omnes' de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24 nov. 2009.

HELAL, João Paulo Castiglioni. *Controle de constitucionalidade: teoria e evolução*. Curitiba: Juruá, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

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

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITE, George Salomão. Do controle de constitucionalidade e tipologia da inconstitucionalidade dos atos estatais. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional – Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito*

constitucional – Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das medidas provisórias*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/contr_const_MPs.htm>. Acesso em: 05 abr. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 21 nov. 2009.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1988. t. II.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

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

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: a garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional. Teoria da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. t. II.

MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Medidas provisórias: controles legislativo e jurisdicional*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2006.

PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2007.

PINHO, Judicael Sudário de. *Temas de direito constitucional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Palhares Moreira. *A lei complementar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SORMANI, Alexandre. *Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: uma visão crítica da Lei n. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos recursos constitucionais: recursos ordinário, extraordinário e especial*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <<http://www.stf.jus.br>>.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 7. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)