

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ  
XXVIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
DO NÚCLEO CURITIBA**

**GUSTAVO PEREIRA NETO**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E A  
ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO**

**CURITIBA**

**2010**

**GUSTAVO PEREIRA NETO**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E A  
ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO**

**CURITIBA**

**2010**

**GUSTAVO PEREIRA NETO**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E A  
ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Aplicado, pela Escola da Magistratura do Paraná – Unidade Curitiba, com orientação do professor Dr. Jorge de Oliveira Vargas.

**CURITIBA**

**2010**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**GUSTAVO PEREIRA NETO**

### **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

**ORIENTADOR:** \_\_\_\_\_

**AVALIADOR:** \_\_\_\_\_

**AVALIADOR:** \_\_\_\_\_

**Curitiba, de Dezembro de 2010.**

## DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho aos meus pais, Luiz Carlos Pereira e Vera Lúcia Bonfante Pereira, que nunca mediram esforços para que eu pudesse chegar até aqui com mérito.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por sempre ter me dado muita força paciência, principalmente para realização deste trabalho.

À minha amada e singular mãe, que, por meio de enorme esforço sempre me ajudou muito, acreditando em mim e não guardando medidas para me auxiliar em toda minha vida, superando sempre todas as dificuldades que se defrontou.

A meu querido e estimado pai, pela paciência que sempre teve comigo, por acreditar muito em mim, e nunca se abater, principalmente nas grandes dificuldades.

A meu orientador Dr. Jorge de Oliveira Vargas, admirável pessoa e grande professor que, com muita dedicação e paciência, me ajudou no desenvolvimento deste trabalho monográfico.

A todos da EMAP – Curitiba, desde os professores até os funcionários, que de alguma forma contribuíram comigo no decorrer do curso.

***Muito obrigado!***

PEREIRA, Gustavo Neto. **O Controle de Constitucionalidade Brasileiro e a Abstrativização do Controle Difuso**. Curitiba, 2010. Monografia Científica de Especialização em Direito Aplicado. Escola da Magistratura do Paraná.

## RESUMO

O controle de constitucionalidade é um dos mais importantes assuntos estudados dentro do meio jurídico, principalmente pelos constitucionalistas. Isto porque, é nele que se encontram os meios de combate às normas que infringem a Carta Magna brasileira, a Constituição Federal de 1988. Nesta guisa, a respeito do mencionado tema, considerando que existem dois modos de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), interessante é a questão atualmente discutida a respeito, que é a aproximação do controle difuso ao concentrado, também denominada abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, em que pese à aplicação de efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões emitidas em sede desse método de controle. Com relação a isto, a doutrina e jurisprudência mais atual pregam tal movimento e, em especial, a abstrativização do recurso extraordinário. Neste sentido, as decisões proferidas em recurso extraordinário pelo plenário do Supremo Tribunal Federal passariam a ter efeito *erga omnes* e vinculante, tal qual no controle concentrado, dispensando a participação do Senado Federal na suspensão da execução da norma ora declarada inconstitucional. Nessa linha, fala-se em uma mutação constitucional na interpretação do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. O estudo do tema justifica-se na medida em que há crescente movimentação doutrinária, bem como jurisprudencial, que se reflete na recente adoção pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo que de forma singela, da teoria da abstrativização do recurso extraordinário, em contra partida à doutrina e jurisprudência mais clássicas e conservadoras. Entretanto, necessário se faz uma exposição das linhas gerais a respeito do tema controle de constitucionalidade, para que posteriormente, se possa aprofundar-se no principalmente assunto deste trabalho que é a abstrativização do controle difuso. Para desenvolvimento deste estudo utilizou-se livros da biblioteca da EMAP, bem como bibliografia particular, fontes eletrônicas, basicamente na Internet, além de artigo de revista jurídica.

**Unitermos:** Controle de Constitucionalidade; Inconstitucionalidade; Constituição Federal; Abstrativização; Aproximação; Controle Difuso.

## SUMÁRIO

<b>1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS</b> .....	09
<b>2. GENERALIDADES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	15
2.1. BREVE HISTÓRICO .....	15
2.2. FORMAS DE INCONSTITUCIONALIDADE .....	20
2.3. MOMENTOS DE CONTROLE .....	24
2.3.1. Do Controle Preventivo ou Prévio .....	25
2.3.2. Do Controle Repressivo ou Posterior .....	27
<b>3. DO CONTROLE DIFUSO</b> .....	31
<b>4. DO CONTROLE CONCENTRADO</b> .....	43
4.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA .....	45
4.2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO .....	56
4.3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA .....	60
4.4. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE .....	62
4.5. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL .....	68
<b>5. DA RECLAMAÇÃO</b> .....	82
<b>6. DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO</b> .....	87
<b>7. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	97
<b>8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	101

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Existe, geralmente, na maioria dos ordenamentos jurídicos nos Estados Nações pelo mundo, uma hierarquia entre os atos normativos vigentes nos mesmos, fazendo com que uma lei inferior obedeça aos mandamentos impostos pela que imediatamente a ela superior.

Não somente isto, mas também, o ato normativo hierarquicamente abaixo, em regra, obtém validade na norma que lhe está sobreposta.

Isto é o que ocorre em nosso ordenamento jurídico pátrio, por exemplo, no qual a Constituição Federal de 1988 encontra-se acima de todas as demais normas, sendo ela a lei fundamental, a disposição normativa basilar que traz, básica e essencialmente, a devida organização e divisão de poderes, além da estrutura do Estado brasileiro, bem como os direitos fundamentais conferidos aos cidadãos brasileiros e aos estrangeiros que neste território estejam.

A partir disto, na tentativa de buscar um conceito para a Constituição, porém de forma bastante resumida e singela, pode-se afirmar que é a Lei Maior do Estado Brasileiro, na qual se encontram as regras basilares e essenciais quanto à separação dos poderes, além da estruturação de nosso país, enquanto Estado soberano, além da função em assegurar os direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, fechando o parêntese aberto para definição da Constituição Federal e assim não deixando fugir do foco da discussão anteriormente traçada, ou seja, da hierarquia que ocorre na legislação vigente, é de se constatar que abaixo da Carta Magna encontram-se as demais leis e/ou atos normativos em vigência no ordenamento jurídico (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos, entre

outras), todas elas buscando amparo e validade na Lei Maior, umas de forma direta, como por exemplo, a lei complementar, e outras de modo indireto, tais como os decretos, que são criados para regulamentação de algumas leis infraconstitucionais, sendo que deve estas estar sempre em consonância com a Constituição Federal.

Deste modo, constatada esta superioridade das normas constitucionais com relação às demais, caso um ato normativo ordinário não esteja em consonância com a Constituição, em desacordo e/ou não sintonia com esta, aquele não merecerá a validade, e conseqüentemente, não poderá ganhar vigência, e caso isto ocorra, tal norma deverá ser combatida pelo legislador que a criou, ou pelo próprio judiciário, não a aplicando, além de outros mecanismos, pois é Constituição Federal que dá base e sustentação a todo ordenamento jurídico.

Com relação à supremacia constitucional, o doutrinador Gilmar Ferreira Mendes, entre outros, traz importante lição aos estudiosos de direito em sua obra de Direito Constitucional:

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta.<sup>1</sup>

Nesta guisa, pode-se concluir que se um ato normativo que esteja abaixo da Constituição Federal confrontá-la, agredi-la ou ofendê-la não poderá ganhar a vigência, pois não terá validade, conforme os mandamentos constitucionais. Entretanto, caso venha a adentrar no ordenamento jurídico, dever-se-á tal norma posta em questionamento e expelida do mesmo.

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 237.

É bem verdade que as normas infraconstitucionais possuem presunção de constitucionalidade, ou seja, é de se imaginar que estarão de acordo com a Constituição, quando da sua elaboração e conseqüente vigência, isto porque, deve o legislador infraconstitucional obedecer aos preceitos da Carta Magna na criação das leis em geral, para não a contrariar. Entretanto, caso contrário, ou seja, havendo uma lei infraconstitucional que entre em confronto com os preceitos da Constituição Federal, necessário se faz que tal lei seja combatida.

Para tal medida o legislador constitucional elaborou o mecanismo do controle de constitucionalidade, criando maneiras diferentes de controle, que estão previstas em diferentes pontos do texto da Lei Maior, os quais serão devidamente tratados e estudados posteriormente no presente trabalho.

O tema controle de constitucionalidade, juntamente com os direitos e garantias fundamentais, pode ser considerado como de maior relevância para os estudiosos do direito constitucional, já que garante à Constituição Federal de 1988 o caráter de lei maior e preponderante, de absoluta importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, expelindo então as normas inconstitucionais.

Importante desde já deixar consignado que não são todas as normas brasileiras que estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, e sim somente as os atos normativos primários, sendo eles devidamente elencados no artigo 59 da Constituição Federal de 1988, o qual se transcreve abaixo:

Artigo 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emenda à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções.

Além dos atos normativos primários do ordenamento jurídico brasileiro, trazidos pelo legislador constitucional no artigo referido acima, há também os atos normativos secundários, sendo utilizados para regulamentação, como o próprio nome revela, secundária das leis infraconstitucionais, não estando, desta forma, sujeitos ao controle de constitucionalidade, e sim somente a um controle de legalidade, caso não estejam de acordo com a lei que os fundamentam.

A hegemonia e superioridade da Constituição Federal quanto aos demais atos normativos do Brasil ocorrem porque a referida Carta Magna possui procedimento rígido de reforma, podendo somente ser alterada por rito complexo e árduo, diferente daqueles comuns ao Poder Legislativo, criando, desta forma, a posição superior da Constituição, e, além disto, gerando uma maior estabilidade da mesma, não sendo modificada ao bel prazer do legislador, a qualquer momento e de forma simples. Ao contrário da Constituição rígida, existe também a flexível, que se caracteriza por um rito de reforma equiparado ao das leis ordinárias em geral, aparentando não ocorrer a superioridade constitucional.

Entre os referidos tipos de Constituição tem-se o misto, ou semi-rígida, onde existem matérias constitucionais que somente podem ser alterados por um procedimento rígido, e outras que são alterados por processo legislativo comum.

Quanto ao método rígido adotado pelo legislador constitucional originário brasileiro, José Afonso da Silva traz o seguinte ensinamento: “A *rigidez constitucional* decorre da maior dificuldade para a sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição (...)*”.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. revis. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45.

O autor citado complementa sua lição deste modo: “Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”.

Quanto a isto, ainda é de se destacar a consideração de Gilmar Mendes:

As constituições rígidas, como a nossa, marcam a distinção entre o poder constituinte originário e os constituídos, inclusive o de reforma; reforçam a supremacia da Constituição, na medida em que repelem que o legislador originário disponha em sentido contrário do texto constitucional; e levam, afinal, à instituição de mecanismo de controle de constitucionalidade de leis, como garantia real da superlegalidade das normas constitucionais.<sup>3</sup>

Não obstante a todo exposto, caso seja elaborada uma norma infraconstitucional que afronte a Lei Maior, como tratamos anteriormente, deve a mesma ser combatida e expelida do ordenamento jurídico brasileiro. E para tal ato utiliza-se o mecanismo do controle de constitucionalidade, que é dividido em diferentes ferramentas, as quais serão tratadas posteriormente neste trabalho, em especial a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O tema controle de constitucionalidade, por ser de grande relevância aos juristas, não somente do Brasil, mas de grande parte do mundo, vem sempre gerando polêmicas e divergências já que é de elevadíssima importância, pois é por meio do mesmo que são combatidas as normas em desacordo com a Constituição, bem como as que a confrontam, realizando importante proteção a Carta Magna.

O controle de constitucionalidade pode ser realizado de forma concreta ou abstrata. A primeira maneira, também chamada de controle difuso ou por via de exceção, ocorre

---

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 248.

“quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar”. Desta forma, explica Paulo Bonavides<sup>4</sup>.

Já o controle abstrato, também denominado como concentrado, acontece junto a um órgão jurisdicional pré-estabelecido de duas maneiras. Primeiramente pode ocorrer junto aos Tribunais de Justiça locais, quando tratar-se de ato normativo municipal ou estadual que, por ventura, infrinja a Constituição Estadual.

Também, o controle concentrado pode ser realizado frente ao Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de atos normativos estaduais e federais que ofendam a Constituição Federal, então realizado através de ação direta de constitucionalidade (genérica, por omissão e interventiva), ação declaratória de constitucionalidade e, por fim, arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A partir disto, quanto a ambos os mecanismos de controle é de se ressaltar que, atualmente, há um movimento dentro da comunidade jurídica nacional na tentativa de considerar-se, em determinadas situações, uma abstrativização do controle difuso, ou seja, uma aproximação deste com o controle concentrado.

Tal situação pode ocorrer com relação aos efeitos do controle difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos quando exigível a reserva de plenário, bem como os reflexos da Emenda Constitucional n.º 45, na parte em que instituiu o requisito da repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário.

Todavia, relevante se faz a exposição e estudo a respeito do controle de constitucionalidade brasileiro em linhas gerais, bem como, principalmente, análise de ambas as maneiras de controle, ou seja, difusa e concentrada, para que, posteriormente, se faça

---

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 302.

um exame delineado a respeito do tema principal deste trabalho: “a abstrativização do controle difuso”.

## **2. GENERALIDADES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

### **2.1. BREVE HISTÓRICO**

O primeiro precedente de controle de constitucionalidade, dentro do constitucionalismo moderno, conhecido pela comunidade jurídica mundial ocorre nos Estados Unidos da América, no famoso caso *Marbury versus Madison*, em que o primeiro, William Marbury, tinha pretensão de empossar-se juiz de paz, decorrente uma lei criada pelo Presidente John Adams, aprovadas às pressas, para que este mantivesse sua influência política, por meio do Poder Judiciário.

Todavia, Marbury, na pretensão de chegar ao cargo de juiz de paz, porém não empossado, por divergências políticas, decorrente a transição de governo, ajuizou uma ação para que pudesse chegar ao cargo que lhe nomearam, formulando seu pedido embasado em uma lei de 1789, que então atribuía à Suprema Corte Americana a competência originária para processar e julgar os feitos daquela natureza.

Isto por que, anteriormente, iniciando o governo de Thomas Jefferson, seu secretário James Madison, não entregou os atos de investidura aos pretensos juízes que ainda não haviam recebidos. Ainda mais, o Congresso Americano veio a revogar a Lei de Organização Judiciária Federal criada por Adams, extinguindo-se os cargos por ele criados.

Com a ação de Marbury *sub judice* perante a Corte Suprema, após certo período de tensão entre os envolvidos, houve então o julgamento do caso, onde a referida corte considerou que a lei que criara os cargos de juizes, dentre eles o pretense de Marbury, afrontava preceitos da Constituição Federal, isto embasando-se nos ensinamentos do juiz Marshall, o qual sustentou em síntese, que o parágrafo 13 lei de 1789, criou uma hipótese de competência originária da Suprema Corte em que não havia previsão no artigo 3º da Constituição, este como precursor de tal matéria, e assim, considerando que os atos do Poder Executivo são passíveis ao Judiciário, numa análise constitucional, bem como em análise legal, decretou-se a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Desta forma é que relata Luís Roberto Barroso<sup>5</sup> o mencionado caso.

Quanto ao Brasil, em sua primeira constituição, de 1824, não havia qualquer modo de controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais, Gilmar Mendes explica: “A Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de ‘fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las’, bem como ‘velar na guarda da Constituição’ (art. 15, n. 8º e 9º)”.<sup>6</sup>

Já na promulgação da Constituição de 1891 houve grande influência do direito norte-americano. Criou-se o sistema de controle de constitucionalidade das normas abaixo da Constituição Federal, sistema este que deu início ao que se consagra até hoje na Carta Magna atual, porém com algumas alterações.

Importante a Constituição de 1891 para o controle de constitucionalidade, já que garantia competência ao Supremo Tribunal Federal para a revisão das sentenças prolatadas

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3ª ed. revist. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3-5.

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1193.

nos Estados, em última instância, quanto estas prestavam-se ao questionamento da validade das leis federais, bem como os tratados, ou ainda, quando o *decisium* do tribunal local considerasse válido os atos ou leis locais em face a Carta Magna então vigente. Nestes termos expõe Mendes.<sup>7</sup>

Com o advento da Constituição de 1934, ocorreram relevantes mudanças quanto ao controle de constitucionalidade anteriormente vigente, onde criou-se a ação direta de constitucionalidade interventiva<sup>8</sup>, e importante alteração foi o estabelecimento da cláusula de reserva de plenário, pela qual um tribunal somente poderia declarar um ato normativo como inconstitucional pela maioria da totalidade de seus membros. Além disto, a referida Lei Maior conferia ao Senado Federal a suspensão da execução de norma infraconstitucional, em seu todo ou somente em parte, que fosse declarada como inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Já a Constituição de 1937 não trouxe grandes mudanças quanto aos sistemas de controle de constitucionalidade já existente, trazendo de novidade, todavia maléfica a um Estado democrático, a possibilidade do Presidente da República, de forma discricionária, submeter ao Legislativo a nova votação de lei que fosse considerada pelo Judiciário, podendo considerá-la novamente válida, por dois terços de cada casa legislativa.

Todavia, com o surgimento da Carta Magna de 1946, retomou-se ao anterior sistema de controle de constitucionalidade, e ainda tratou de disciplinar a aplicação do recurso extraordinário ao STF, nos moldes que são observados hoje.

Não somente isto se manteve a obrigatoriedade de se obter maioria absoluta dos membros do Tribunal para prolatar-se decisão pela inconstitucionalidade de lei, bem como, a possibilidade do Senado Federal de suspender a execução da norma declarada

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 1085.

<sup>8</sup> Esta será tratada como maiores detalhes posteriormente.

inconstitucional pela Corte Suprema Brasileira. Ainda na vigência da Constituição de 1946 instituiu-se o controle de constitucionalidade abstrato, tanto de normas federais, como estaduais. Tal ferramenta foi criada pela Emenda Constitucional n.º 16 no ano de 1965.

O controle de constitucionalidade na Constituição de 1967, e conseqüentemente na Emenda n.º 01 de 1969, sofre forte mudança retirando-se o controle concentrado na escala estadual. Não obstante a referida emenda previra o controle constitucional das leis municipais que afrontassem a constituição estadual, com a finalidade de eventual intervenção no respectivo município.

Poderíamos até, destacar outras mudanças e/ou novidades trazidas pela Constituição de 1967, contudo, nos reservamos a tratamento, com maior aprofundamento e atenção, dos institutos e características do controle de constitucionalidade presente na Carta Magna de 1988.

Na Constituição Federal de 1988, pelo seu vasto texto, e nele constando a exposição de inúmeros direitos e garantias fundamentais além de outros importantíssimos mandamentos (organização do Estado e separação dos poderes), o controle de constitucionalidade foi expandido, surgindo uma série de relevantes mecanismos para o combate de normas infraconstitucionais que a agridam.

Como importante novidade da Constituição de 1988, houve a ampliação dos legitimados, conforme traz o artigo 103 da CF/88, para propositura da representação de inconstitucionalidade das leis perante o Supremo Tribunal Federal, por meio do controle concentrado na escala federal, retirando do Procurador Geral da República a exclusividade para tal medida.

A respeito desta importante inovação, Luís Roberto Barroso, doutrinador constitucionalista, tece o seguinte comentário:

A principal inovação trazida pelo consumidor de 1988, que ampliou significativamente o exercício da jurisdição constitucional no Brasil, foi o fim do monopólio exercido pelo Procurador-Geral da República em relação à propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Com a nova Carta, o controle de constitucionalidade por via principal passou a poder ser deflagrado por um extenso elenco de legitimados, alinhados no art. 103: o Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.<sup>9</sup>

Não somente isto, mas foi estabelecido também o controle de constitucionalidade por omissão, quando não há norma a respeito de determinado assunto tratado na Constituição Federal, isto de modo concentrada perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 103, parágrafo 2º, da Carta Magna, mas também de maneira incidental, por meio de mandado de injunção, conforme o artigo 5º, inciso LXXI, da Lei Maior.

Do mesmo modo, interessante destacar a possibilidade dos Estados criarem em suas próprias constituições a representação de inconstitucionalidade das normas estaduais, bem como das municipais, em face da Constituição Estadual.

Entrando em vigência, a Constituição Federal de 1988 sofreu emendas em seu texto, e uma destas, especificamente a Emenda Constitucional de nº 3 de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade, que faz o caminho inverso do controle, sendo que não se busca a declaração de inconstitucionalidade e sim a de constitucionalidade de uma norma, havendo, eventualmente, questionamentos quanto à sua validade.

Gilmar Mendes lança a respeito de tal ferramenta a seguinte reflexão: “Embora a discussão sobre a ação declaratória de constitucionalidade seja mais ou menos recente no Brasil, a prática constitucional demonstra que, muitas vezes, a representação interventiva e sobretudo a representação de inconstitucionalidade forma utilizadas com o fito de afastar

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 66.

qualquer dúvida sobre a legitimidade de uma norma. (...) Daí não parecer surpreendente a criação da ação declaratória de constitucionalidade”.<sup>10</sup>

Por fim, ainda dentre as novidades trazidas pela CF/88, mas revista pela Emenda 03/1993, surgiu a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista, inicialmente, no parágrafo único do artigo 102, que posteriormente se transformou em parágrafo 1º. Tal ferramenta de controle veio somente ser regulamentada em 1999, com o advento da Lei nº 9882. Entretanto, reserva-se a tratar da ADPF posteriormente, já que diz respeito ao principal assunto da presente monografia, que será estudada de forma aprofundada e detalhada.

Feito este breve histórico do controle de constitucionalidade, principalmente no âmbito nacional, passa-se à análise das formas de inconstitucionalidade.

## 2.2. FORMAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Deve ser do conhecimento de todo legislador que, na elaboração de atos normativos em geral, é obrigatório a obediência de regras e limites previamente estabelecidos, não podendo os infringir de forma alguma.

Deste modo, se, eventualmente, o legislativo, na criação de uma norma, não observar requisitos exigidos para tal feito, a lei criada padecerá de validade, não sendo, desta forma, válida dentre o ordenamento jurídico.

Quanto à Constituição Federal, esta, especificamente, traz dois requisitos para a criação das espécies normativas expostas em seu artigo 59, toda norma deve estar materialmente de acordo com a Lei Maior (requisito material) e também formalmente em consonância com a mesma (requisito formal). O doutrinador constitucional Alexandre de

---

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1104-1105.

Moraes explica: “A análise da constitucionalidade das espécies normativas (art. 59 da CF) consubstancia-se em compará-las com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar-se sua compatibilidade com as normas constitucionais”.<sup>11</sup>

Com relação aos requisitos materiais, ou também substanciais, como o próprio nome diz, é necessário que toda norma possua conteúdo compatível com a sua espécie, não sendo permitido que se regule determinada matéria por uma modalidade de lei não adequada para tal.

Desta forma, caso uma lei venha tratar de matéria (conteúdo) que não lhe compete, nos termos da Constituição Federal, deverá ser considerada inconstitucional, pois padece de vício material. Isto pode acontecer quando uma lei ordinária traga matéria de competência de lei complementar, por exemplo.

Não somente isto, mas pode também ser inconstitucional, decorrente a vício substancial, ato normativo que diga respeito de matéria ofensiva a Carta Magna, situação esta que ocorre, por exemplo, quando uma lei afronta os dispositivos do texto constitucional.

Quanto aos requisitos formais de uma norma, tem-se que devem ser obedecidos todos os procedimentos e medidas previamente estabelecidas para a elaboração de qualquer lei ou ato normativo. Tais pressupostos estão devidamente expostos no texto constitucional, sendo obrigado o legislador a observá-los, sob pena de criar uma norma padecida de vício formal.

Com relação a isto, Gilmar Ferreira Mendes traz o seguinte ensinamento: “Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos,

---

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 676.

viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final”.<sup>12</sup>

Ainda a respeito, de uma forma direta, porém com bastante propriedade, Barroso afirma: “(...), haverá inconstitucionalidade formal *propriamente dita* se determina espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio”.<sup>13</sup>

Não somente isto, mas outros estudos cabem a respeito do vício formal. Principalmente, quanto a sua divisão em duas espécies. Pedro Lenza traz o seguinte pensamento: “A inconstitucionalidade formal é também conhecida como **nomodinâmica** e pode aparecer em dois momentos do processo legislativo: iniciativa ou nas fases posteriores”.<sup>14</sup>

O doutrinador acima, quando menciona que a inconstitucionalidade formal pode aparecer em dois momentos, está se referindo que pode ser ela oriunda de um vício subjetivo ou também de um vício objetivo.

A inconstitucionalidade formal por vício subjetivo pode ocorrer já no momento inicial da elaboração legislativa. Ocorre quando a iniciativa para a criação da norma vem de algum órgão ou alguém não competente para aquela espécie normativa.

Sobre o vício formal subjetivo, Alexandre de Moraes, em sua obra, esclarece: “Assim, por exemplo, lei ordinária, decorrente de projeto de lei apresentado por deputado federal, aprovada para majoração do salário do funcionalismo público federal, será inconstitucional, por vício formal subjetivo, pois a Constituição Federal prevê expressa e privativa

---

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1061.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 27.

<sup>14</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10ª ed. revist., atual. e ampli. São Paulo: Método, 2006, p. 99.

competência do Presidente da República para apresentação da matéria perante o Congresso Nacional (art. 61, § 1º, II, *a*)”.<sup>15</sup>

Quanto aos vícios objetivos da inconstitucionalidade formal, estes “referem-se às duas outras fases do processo legislativo: constitutiva e complementar. Assim, toda e qualquer espécie normativa deverá respeitar todo o trâmite constitucional previsto nos arts. 60 a 69”, ensina Moraes<sup>16</sup>.

Deste modo, pode-se constatar que o vício formal objetivo ocorre com o processo legislativo já devidamente instaurado, sendo sua iniciativa vinda de órgão competente e legítimo, mas que no decorrer do procedimento surgem defeitos que acabam por comprometer a elaboração da norma, tornando-a, desde modo, inválida, e conseqüentemente inconstitucional. Barroso, explicando tal instituto, exemplifica:

Há matérias que são reservadas pela Constituição para serem tratadas por via de uma espécie normativa específica. Somente lei complementar pode dispor acerca de normas gerais de direito tributário (art. 146, III) ou sobre sistema financeiro nacional (art. 192). Se uma lei ordinária contiver disposição acerca de qualquer desses temas, será formalmente inconstitucional. É que o *quorum* de votação de uma lei complementar é diverso do da lei ordinária.<sup>17</sup>

Para todos os doutrinadores e estudiosos de direito constitucional, os vícios de inconstitucionalidade são estes aqui apresentados, ou seja, o vício material e o vício formal, este por sua vez dividido subjetivo e objetivo. Contudo, Pedro Lenza, doutrinador de direito constitucional, sustenta a idéia de uma terceira modalidade de vício de inconstitucionalidade: o vício por decoro parlamentar.

Tal entendimento é extraído pela ausência de imparcialidade e comprometimento de parlamentares na votação de alguns projetos de leis, já que se suspeita de recebimento

---

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre. Op. Cit., p. 677.

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 27-28.

ilícito de vantagens financeiras pelos mesmos. Tal episódio foi conhecido, na mídia em geral e por populares, como “mensalão”.

O referido doutrinador sustenta o citado vício da seguinte forma: “Entendemos que **sim** e, no caso, trata-se de **vício de decoro parlamentar**, já que, nos termos do art. 54, § 1.º, ‘é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o **abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional** ou a **percepção de vantagens indevidas**’”.<sup>18</sup>

Todavia, Lenza ressalta que está no aguardo de como tal vício será, eventualmente, tratado pelo Supremo Tribunal, esperando possível ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade nos termos da presente tese.

É bem verdade que seria necessário estudo com maior profundidade quanto à nova modalidade de vício de constitucionalidade mencionado, e mais ainda aguardar manifesto da Corte Suprema a respeito.

Porém, merece atenção a presente matéria, pois se justifica no sentido de que a norma elaborada pelo Poder Legislativo nas condições relatadas foi aprovada por vícios, não obstante estarem seu conteúdo e processo legislativo de acordo com o ordenamento, já que não houvera a prevalência da vontade da população, que está representada pelos parlamentares, e sim de seus interesses particulares. Deste modo, as normas desta maneira instituídas estarão eivadas de inconstitucionalidade, infringindo o parágrafo 1º do artigo 55 da Constituição Federal.

### 2.3. MOMENTOS DE CONTROLE

---

<sup>18</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 100.

Não obstante as regras, tanto formais como materiais, além dos limites previamente estabelecidos para a atuação do legislador pátrio, pode ocorrer, eventualmente, a elaboração de normas contendo vícios, materiais ou formais, tudo isto conforme visto no item anterior.

A partir disto, apesar de ganharem vigência, tais normas serão inválidas perante a Constituição, e, conseqüentemente, inconstitucionais. Desta forma, surgindo atos normativos inconstitucionais, deverão estes ser combatidos por meio do controle de constitucionalidade, que por sua vez traz algumas maneiras e ferramentas, tanto para a atuação do poder judiciário, bem como para a do legislativo e executivo.

O controle de constitucionalidade pode ser realizado em dois momentos distintos. Assim, pode ocorrer o controle preventivo ou prévio, que é efetuado antes da vigência do ato normativo, ou também, podendo haver o controle posterior ou repressivo, que é realizado após a norma ter atingido vigência.

A partir disto, importante que se ver adiante, de forma detalhada, cada um dos momentos de controle de constitucionalidade.

### *2.3.1. Do Controle Preventivo ou Prévio*

O controle de constitucionalidade preventivo, ou também prévio, pode ser realizado pelos três poderes do Estado: o legislativo, o executivo e o judiciário.

Quanto ao poder legislativo, faz-se o controle prévio por meio de suas comissões de constituição e justiça, previstas no artigo 58<sup>19</sup> da Carta Magna, que no âmbito nacional existe tanto na câmara dos deputados como no senado federal.

---

<sup>19</sup> Artigo 58. O Congresso Nacional e suas casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

Cabe a mencionada comissão a fiscalização dos projetos de lei em trâmite dentro de sua determinada casa legislativa, observando então se há algum vício ou defeito no projeto que venha a afrontar a Constituição Federal. Entretanto, importante ressaltar que o referido controle não atinge todos os atos normativos, já que “inocorre, por exemplo, no caso de medidas provisórias, resoluções dos Tribunais e decretos. Decretos são atos a cujo procedimento o constituinte não impôs fórmulas de apreciação formal”. É o que ensina o doutrinador constitucionalista Michel Temer<sup>20</sup>.

Com relação ao controle de constitucionalidade preventivo realizado pelo poder executivo, este pode ser realizado pelo veto do chefe do executivo aos projetos de leis que chegam a ele, para então sancioná-los ou vetá-los. Caso o concorde com o projeto de lei lhe apresentado o Chefe do Executivo o sanciona. Todavia, não estando de acordo o vetará. Tal veto pode ser de duas formas: **político** (pelo qual se entende que o projeto é contrário ao interesse público) e **jurídico** (em que se considera o projeto de lei inconstitucional). Sobre este último, Alexandre de Moraes explica: “O Presidente da República poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional (CF, art. 66, § 1º). É o chamado veto jurídico”.<sup>21</sup>

Quanto ao controle prévio de constitucionalidade pelo poder judiciário, tal possibilidade é divergente dentre os estudiosos de direito constitucional. Isto porque, o procedimento legislativo e seus atos são de exclusividade, inicialmente, do poder legislativo, contendo, posteriormente, ato do poder executivo (sanção ou veto do projeto de lei), não cabendo ao poder judiciário interferência ao processo de elaboração dos atos normativos no poder legislativo.

---

<sup>20</sup> TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 19ª ed. revis. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 43.

<sup>21</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 862.

Porém, Pedro Lenza defende a intervenção do Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, praticando deste modo o controle prévio de constitucionalidade, para que todo e qualquer procedimento legislativo obedeça às conformidades e/ou formalidades pré-estabelecidas pela Carta Magna. O referido autor explica, baseando-se em julgados da Corte Suprema:

(...), apenas para sistematizar, como vista acima, o STF, por maioria de votos, já decidiu que o controle de Constitucionalidade a ser exercido pelo Judiciário durante o processo legislativo abrange somente a garantia de um procedimento em total conformidade com a **Constituição, não lhe cabendo**, contudo, a extensão do controle sobre **aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos interna corporis**, vedando-se, desta feita, interpretações das normas regimentais.<sup>22</sup>

Haja vista a inércia do STF, característica esta de todo e qualquer órgão jurisdicional, para que haja o controle em pauta, é necessário que o mencionado Tribunal seja provocado. Isto ocorre desta forma, por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentares que observaram, eventualmente, que não houvera a observância dos preceitos constitucionais.

Devidamente já vistas as possibilidades de controle de constitucionalidade prévio ou preventivo, passa-se a analisar abaixo a ocorrência do controle de constitucionalidade posterior ou repressivo.

### *2.3.2. Do Controle Repressivo ou Posterior*

Ganhando a vigência no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer ato normativo possui presunção de constitucionalidade, ou seja, presume-se que esteja obedecendo aos preceitos e mandamentos da Constituição Federal. Imagina-se, deste modo, que foram

---

<sup>22</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 104.

observados os requisitos formais, bem com materiais, para a criação das normas, nos termos que foi exposto anteriormente neste trabalho.

Entretanto, mesmo já em vigência, pode-se constatar que padece de inconstitucionalidade determinado ato normativo. Desta forma, deverá tal norma ser combatida e, conseqüentemente, expelida do ordenamento jurídico, sendo isto feito através do controle de constitucionalidade repressivo ou posterior, que ocorre com maior frequência, em relação ao outro momento de controle.

Neste ponto da matéria, o professor e doutrinador Luís Roberto Barroso, traz relevante e fundamental ensinamento: “No direito brasileiro, como regra, esse controle é desempenhado pelo Poder Judiciário, por todos os seus órgãos, através de procedimentos variados, (...). Há alguns mecanismos de atuação repressiva pelo Legislativo (como a possibilidade de sustar atos normativos exorbitantes editados pelo Executivo) e pelo Executivo (como a recusa direta em aplicar norma inconstitucional)”.<sup>23</sup>

Deste modo, analisando a lição transcrita acima, constata-se que o Poder Executivo efetua o controle de constitucionalidade posterior não se prestando a simples e direta aplicação dos atos normativos que forem entendidos como inconstitucional.

Já com relação ao controle de constitucionalidade posterior praticado pelo Poder Legislativo ocorre quando combate as normas consideradas inconstitucionais sustando-as (cancelando-as) e assim, por conseqüência, as retirando de vigência do ordenamento jurídico. Neste sentido, cabe ao órgão parlamentar a derrogação ou a ab-rogação da lei ofensiva à Constituição. Desta forma, observando-se que a inconstitucionalidade afeta somente parcela da norma efetua-se a derrogação desta, que é “revogação parcial de uma

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 46.

lei ou de um regulamento. Também designa a revogação parcial de uma convenção ou de uma sentença”.<sup>24</sup>

Todavia, se eventualmente a inconstitucionalidade venha a contaminar todo o ato normativo, deverá este ser ab-rogado. A ab-rogação constitui na “revogação total de uma lei, decreto, regulamento ou regra por nova lei, decreto ou regulamento. É também o ato de tornar nulo ou sem efeito, ou cassar, ou revogar um ato anterior”.<sup>25</sup> Portanto, é de se esclarecer que a ab-rogação resume-se em criar uma nova regra revogando outra já existente de mesma categoria, sendo que ambas tratam de mesma matéria, porém, a segunda de maneira correta e válida perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante possa-se imaginar que caberia ao poder legislativo o combate às normas inconstitucionais, já que é ele o Poder responsável pela criação das mesmas, devendo então corrigir seus erros e equívocos, na prática acaba por restar ao Poder Judiciário, na maciça e maioria das oportunidades, o controle de constitucionalidade posterior, haja vista, principalmente, a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, bem como, a possibilidade dada a todos os juízos do controle na via incidental.

Por meio do poder judiciário pode ser o controle posterior concentrado, difuso ou também misto.

No controle concentrado, também chamado de objetivo ou abstrato, questiona-se o ato normativo em face de um único órgão jurisdicional, devidamente pré-estabelecido, com todo o regramento necessário para colocar *sub judice* a norma aparentemente inconstitucional.

---

<sup>24</sup> COSTA, Wagner Veneziani; AQUAROLI, Marcelo. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Madras Editora, 2006. p. 146.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 22.

Já o controle difuso, ora denominado de subjetivo ou concreto, é realizado perante qualquer juiz ou tribunal, de maneira incidental, ou seja, quando, eventualmente, em uma demanda judicial questiona-se uma lei (*lato sensu*) quanto à sua constitucionalidade.

Por fim, o controle de constitucionalidade repressivo misto efetuado pelo Poder Judiciário engloba as duas maneiras de controle anteriormente mencionadas (concentrado e difuso). Portanto, é de se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro adota o controle jurisdicional misto.

Deste modo, o controle jurídico posterior concentrado acontece quando a norma é levada a questionamento por órgão legitimado ao Tribunal competente para a defesa da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, para que este decida por sua inconstitucionalidade ou não.

Já o controle jurisdicional posterior difuso ocorre perante qualquer juiz ou Tribunal, diferente da Corte Suprema, mas também frente à mesma, quando, em um processo comum, surgem questionamentos ou dúvidas sobre a norma que regulamente aquela situação jurídica, obrigando o juízo à análise da constitucionalidade deste ato normativo, fazendo isto de forma incidental.

Desta forma, a partir disto, relevante que se faça estudo quanto ao controle difuso, bem como ao controle concentrado de constitucionalidade, para que se possa então, a partir disto, realizar trabalho aprofundado sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, objeto principal desta monografia.

### 3. DO CONTROLE DIFUSO

Como se viu anteriormente no presente trabalho, no tocante ao breve histórico do controle de constitucionalidade, o primeiro precedente de controle de um ato normativo em face de uma constituição ocorreu nos Estados Unidos da América com o caso *Marbury versus Madison*.

No mencionado fato o ilustre juiz *Marshal*, de forma incidental e subjetiva, analisando o caso em concreto entendeu como inconstitucional a lei que então se encontrava em questionamento, já que infringia ou não estava de acordo com preceito da Carta Magna americana.

O lembrado precedente caracteriza-se como controle difuso de controle de constitucionalidade, pois este ocorre de modo incidental. Luís Roberto Barroso apresenta a seguinte definição quanto ao mesmo: “O controle incidental de constitucionalidade é um controle exercido de modo difuso, cabendo a todos os órgãos judiciais indistintamente, tanto de primeiro como de segundo grau, bem como aos tribunais superiores”.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 86.

É observar de maneira difundida, que é dado a todo magistrado ou tribunal a possibilidade de combater as normas que infrinjam os preceitos da Lei Maior.

Neste sentido, o mesmo doutrinador por ora citado ainda ensina que “por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitantes com a Constituição”.<sup>27</sup>

Conforme se constata nas lições acima, o julgador, no exercício de suas funções, perante o caso concreto, não deve prestar-se a aplicação de ato normativo que regule aquela relação jurídica, se vir a observar que a referida norma afronta algum mandamento constitucional. A respeito, Mendes traz a explicação: “O controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta, constituindo a relevância da decisão (...) pressuposto de admissibilidade”.<sup>28</sup>

Relevante ressaltar que a citada prática não trata de simples omissão do julgador pela não aplicação da lei, e sim de decisão fundamentada em preceitos jurídicos que levam o juízo ao entendimento pela inconstitucionalidade da lei.

Quanto ao mecanismo por ora verificado, J. J. Gomes Canotilho vem a lecionar de forma elucidativa o seguinte: “Associado ao controle jurisdicional difuso e incidental, o controle concreto é também chamado de *ação* judicial (...). Trata-se aqui de dar operatividade prática à idéia de *judicial review* americana: qualquer tribunal que tem de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude de sua vinculação pela constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas”.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 1225.

<sup>29</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almeida. p. 871.

Também é chamado de incidental já que acontece incidentalmente em uma demanda que não se propunha, a princípio, ao debate quanto à constitucionalidade ou não de um ato normativo, por mais que este regulamentasse aquele feito. Deste modo, “a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso do processo, no qual a questão constitucional configura ‘antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica’”.<sup>30</sup> Desta maneira que Gilmar Mendes procura explicar o instituto em pauta estudado.

Não somente os doutrinadores acima citados, mas também o professor Zulmar Fachin traz ensinamento a respeito do controle difuso de constitucionalidade bastante elucidativo e de maneira didática:

O controle difuso pode ser feito por meio de ação ou de exceção. A parte que sofre a ação, entendendo inconstitucional o ato normativo que embasa o pedido do autor, poderá, em resposta, requerer a declaração de sua inconstitucionalidade. Ao contrário, mesmo a parte autora na relação jurídico-processual, formada em razão de um caso concreto, poderá requerer ao juiz que, antes de apreciar o mérito da questão, declare a inconstitucionalidade do ato normativo.<sup>31</sup>

Não somente a lição acima transcrita, mas o doutrinador também complementa seu ensinamento da seguinte forma: “Em síntese, o controle difuso é suscetível de ser realizado por meio de ação ou de exceção, pelo autor ou pelo réu”.<sup>32</sup> O mesmo autor, definindo a finalidade do mecanismo estudado, afirma que “o controle subjetivo ou concreto tem por escopo defender um interesse juridicamente protegido de alguém”.<sup>33</sup> Deste modo, “qualquer pessoa, física ou jurídica, que for parte na relação jurídico-incidental estará apta

---

<sup>30</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1225.

<sup>31</sup> FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. revis., atual. e ampli. São Paulo: Método, 2008. p. 151.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 152.

para requerer ao órgão jurisdicional que aprecie a (in)conformidade do ato normativo infraconstitucional com a Constituição Federal”.<sup>34</sup>

Importante enfatizar, entretanto que o professor Fachin esclarece que “o controle por via incidental é realizado em processo que foi instaurado para solucionar um conflito de interesses existentes entre as partes”.<sup>35</sup> Contudo, o doutrinador por ora citado ainda afirma

que “o objeto da demanda não é declarar a inconstitucionalidade do ato normativo, mas a pretensão sobre um bem da vida que desencadeou a ação”.<sup>36</sup>

Desta maneira, conforme se vê nas citadas considerações, a princípio, o objeto da demanda é a pretensão do autor pelo bem da vida que o mesmo pleiteia, surgindo, eventualmente, questionamento e/ou dúvidas com relação à constitucionalidade do ato normativo que regulamenta a relação jurídica autor/réu, cabendo ao juízo, deste modo, se debruçar frente a este questionamento.

Como mencionado acima, o controle difuso de constitucionalidade não somente ocorre perante um juízo monocrático, ou seja, frente a um só juiz. Observa-se também que acontece perante um colegiado de magistrado, ou seja, nos tribunais em geral, frente às suas respectivas câmaras ou turmas.

É de se ressaltar com isto que o controle de constitucionalidade incidental geralmente vem a ocorrer com maior frequência diante dos tribunais, locais ou federais, do que nos juízos singulares, já que estes afastam a aplicação da norma que entenderem inconstitucional no caso concreto, enquanto aqueles julgam pela inconstitucionalidade da

---

<sup>34</sup> Ibidem, p. 153.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> Idem.

lei, obedecendo, porém, a cláusula de reserva de plenário, conforme mandamento do artigo 97<sup>37</sup> da Constituição da República.

Tal prática se torna mais segura, pois é polêmico e relevante o questionamento quanto à constitucionalidade de uma lei, sendo aconselhável deste modo, sua análise em tribunal colegiado, revestido de magistrados com maior experiência jurídica, já que enfrentaram inúmeros precedentes deste tipo.

Com relação a presente consideração, Moraes traz a seguinte elucidação: “A *cláusula de reserva de plenário* não veda a possibilidade de o juiz monocrático declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, mas, sim, determinar uma regra especial aos tribunais para garantir de maior segurança jurídica. Além disso, não se aplica para a declaração de *constitucionalidade* dos órgãos fracionários dos tribunais”.<sup>38</sup>

No entanto, conforme pode-se extrair acima, importante destacar condição imprescindível para que um tribunal colegiado julgue inconstitucional um ato normativo *sub judice*, posto à sua análise quanto à sua validade constitucional o voto da maioria absoluta dos membros do órgão jurisdicional.

O referido mandamento é extraído da própria Constituição Federal de 1988, a qual, em seu artigo 97 reza o seguinte: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

---

<sup>37</sup> Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>38</sup> MORAES, Alexandre. Op. Cit., p. 688.

Quanto a isto, Gilmar Mendes afirma que “a arguição de inconstitucionalidade será acolhida se conseguir reunir a maioria absoluta dos votos, pelos menos em relação a um dos vários fundamentos”.<sup>39</sup>

O mesmo doutrinador ainda pondera quanto a uma providência exigida em consequência ao julgamento incidental de constitucionalidade de ato normativo: “Acentua-se que a aplicação do art. 97 da Constituição de 1988 obriga que se proceda à juntada do acórdão proferido no Pleno ou no órgão especial sobre a inconstitucionalidade da lei, sob pena de, no caso de interposição de recurso extraordinário, entender o Supremo Tribunal Federal que não pode conhecer do apelo extremo por ausência de peça essencial para o julgamento definitivo”.<sup>40</sup>

Com relação a presente obrigação Alexandre de Moraes expõe a importante lição: “Esta verdadeira *cláusula de reserva de plenário* atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa”.<sup>41</sup>

Contudo, em controvérsia a sua própria lição, Moraes pondera o seguinte:

A Primeira Turma do Supremo Tribunal, porém, entende, excepcionalmente, dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição Federal, desde que presente dois requisitos:

- a. existência anterior de pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal;
- b. existência, no âmbito do tribunal a *quo*, e em relação àquele mesmo ato do Poder Público, de uma decisão plenária que haja apreciado a controvérsia constitucional, ainda que desse pronunciamento não tenha resultado formal reconhecimento da inconstitucionalidade da regra estatal questionada.<sup>42</sup>

Entretanto, conforme ressaltou o mencionado doutrinador, tal situação ocorre somente de maneira excepcional, obedecendo de forma rigorosa aos requisitos acima

---

<sup>39</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1229.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> MORAES, Alexandre. Op. Cit., p. 687.

<sup>42</sup> Idem.

transcritos (itens “a” e “b”), cabendo, deste modo, a aplicação da determinação do artigo 97 da CF/88, em regra.

Não somente os doutrinadores anteriormente citados, mas também o autor Luís Roberto Barroso, de modo didático, faz a seguinte ponderação: “nenhum órgão fracionário de qualquer tribunal dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma, a mesma que essa inconstitucionalidade, já tenha sido anteriormente reconhecida pelo plenário ou pelo órgão especial do próprio tribunal ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle incidental ou principal”.<sup>43</sup>

Embora tenha-se referido ao controle difuso de constitucionalidade sempre o tratando como ocorresse nos juízos singulares e nos tribunais regionais, o referido controle acontece também perante o STJ, bem como frente ao STF de maneira incidental dentre aos casos concretos que chegam a sua análise.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, este pratica controle difuso de constitucionalidade “deixando de aplicar as leis e atos normativos que repute incompatíveis com a Constituição”. Assim ensina Barroso<sup>44</sup>.

O mesmo doutrinador complementa sua lição ponderando “que tal faculdade será, como regra, exercida nas causas de sua *competência originária* (CF, art. 105, I) ou naquelas que lhe caiba julgar mediante *recurso ordinário* (CF, art. 105, II)”.<sup>45</sup> Conforme explica o doutrinador o controle difuso de constitucionalidade acontece frente ao STJ exclusivamente nas ocasiões mencionados.

---

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 89.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>45</sup> Idem.

Já quanto ao recurso especial interposto no referido Tribunal Superior decorrente as situações explanadas no inciso III<sup>46</sup> do mesmo artigo, Barroso faz a seguinte consideração: “No normal das circunstâncias, não haverá discussão de matéria constitucional em *recurso especial*, cujo objeto, como visto, cinge-se às questões infraconstitucionais. A menos que a questão constitucional tenha surgido posteriormente ao julgamento pelo tribunal de origem”.<sup>47</sup>

Já em relação ao controle difuso de constitucionalidade realizado frente ao STF, importante que se faça algumas considerações importantes, não obstante seja a Corte Suprema o órgão maior do judiciário que está incumbido do processamento e julgamento das ações que dizem respeito ao controle concentrado de constitucionalidade, ocorre ao referido Tribunal a possibilidade de realizar controle difuso de constitucionalidade.

Barroso, de maneira clara, explica: “Nada obstante essa primazia no controle mediante ação direta (isto é, principal, concentrado e, como regra, abstrato), o Supremo Tribunal Federal, a exemplo de todos os demais órgãos judiciais, também realiza o controle incidental e difuso de constitucionalidade. Poderá fazê-lo em processos de sua *competência originária* (art. 102, I) ou no julgamento de recursos ordinários (art. 102, II)”.<sup>48</sup>

Não somente nas ocasiões acima tratadas, mas também, e principalmente, a Corte Constitucional pratica controle difuso em sede de Recurso Extraordinário, o qual cabe nas situações elencadas no inciso III<sup>49</sup> do artigo citado.

---

<sup>46</sup> III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;  
b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;  
c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 92-93.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>49</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

Na verdade, é por tal modo que o Tribunal Supremo combate as normas que venha a entender inconstitucionais de maneira incidental, com maior freqüência e efetividade. Luís Roberto Barroso afirma: “é em sede de recurso extraordinário que a Corte Suprema desempenha, normalmente e em grande volume, a fiscalização concreta de constitucionalidade de leis e atos normativos”.<sup>50</sup>

Com relação a isto, importante destacar, contudo, que como requisito imprescindível para a interposição de Recurso Extraordinário tem-se a necessidade de comprovação da repercussão geral da matéria a ser discutida no Supremo Tribunal Federal. Tal condição foi criada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual veio a adicionar o parágrafo 3º no artigo 102 do CF/88: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Deste modo, com a necessidade de demonstração da repercussão geral da matéria objeto do Recurso Extraordinário, alcança maior importância uma eventual declaração de inconstitucionalidade da norma regulamentadora pelo STF.

Relevante destacar também que, ocorrendo a declaração de inconstitucionalidade incidentalmente frente ao Supremo, pode este oficiar ao Senado Federal quanto ao teor da decisão pela inconstitucionalidade, para a casa legislativa, por meio de resolução, suspenda

---

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal;

<sup>50</sup> Idem.

a execução da norma incompatível com a Constituição Federal. São os termos do inciso X<sup>51</sup> do artigo 52 da Lei Maior.

Deste modo, “a declaração de inconstitucionalidade promovida pelo STF não tem o efeito de retirar a eficácia de ato normativo. Essa atribuição foi conferida, privativamente, ao Senado Federal tal como consta do art. 52, X, da Constituição Federal”. Assim, ensina Michel Temer<sup>52</sup>.

Contudo, Alexandre de Moraes faz a seguinte ponderação: “Ocorre que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Senado Federal, entendem que esse não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada *in concreto* pelo Supremo Tribunal; sendo, pois, ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política, de alcance normativo, (...)”.<sup>53</sup>

Não obstante tal desobrigação do Senado Federal quanto à edição de resolução para suspensão da norma inconstitucional, já que se trata de ato puramente discricionário, Moraes apresenta possível solução quanto à insegurança jurídica em torno da lei invalidada constitucionalmente:

Não mais será necessária a aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal – *cujá efetividade, até hoje, foi reduzidíssima* –, pois, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá editar Súmula sobre a validade, a interpretação e a eficácia dessas normas, evitando que a questão controvertida continue a acarretar insegurança jurídica e multiplicidade de processos sobre questão idêntica.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Artigo 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

<sup>52</sup> TEMER, Michel. Op. Cit., p. 47.

<sup>53</sup> MORAES, Alexandre. Op. Cit., p. 689.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 690.

Portanto, não estaria a Corte Suprema engessada à regra do inciso X do artigo 52, da CF/88, quanto à suspensão da norma declarada inconstitucional, havendo possibilidade do mencionado Tribunal editar súmula a respeito das conseqüências da decisão pela inconstitucionalidade, tudo isto nos termos da lição acima transcrita.

Todavia, a proposta apresentada pelo doutrinador não é correta, nem ao menos possível nos termos do texto constitucional, pois infringira regra constitucional de competência, então concedida ao poder legislativo.

Outro importante ponto a ser estudado quanto ao controle difuso de constitucionalidade são os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de norma de maneira incidental.

Com relação às partes envolvidas no processo, ou seja, no caso em concreto, do qual levou-se o questionamento quanto à constitucionalidade do ato normativo que regulamenta aquela relação jurídica, tem-se que os efeitos da inconstitucionalidade a elas é *ex tunc*, ou seja, “no momento em que a sentença declara que a lei é inconstitucional (...), produz efeitos pretéritos, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a **nula** de pleno direito. Produz, portanto, **efeitos retroativos**”. Desta maneira, explica Pedro Lenza<sup>55</sup>.

Não somente Lenza, mas também Barroso traz interessante explicação quanto a presente questão:

Aplicando-se a teoria da inconstitucionalidade como nulidade ao controle incidental e difuso, parece fora de dúvida que o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determinada norma como inconstitucional, deve dar a essa conclusão eficácia retroativa, *ex tunc*. De fato, corolário da supremacia da Constituição é que uma norma inconstitucional não deva gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 111.

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 116.

Deste modo, declarada a inconstitucionalidade de uma norma, via controle difuso, frente ao caso em concreto, tal decisão jurisdicional deve retroagir até a edição do determinado ato normativo, para que este, então, não venha a produzir efeitos às partes desde o início da relação jurídica.

Ressalta-se que o efeito *ex tunc* às partes da demanda ocorre em regra, mas, excepcionalmente, há possibilidade da Corte Suprema estabelecer efeito *ex nunc* à decisão incidental de inconstitucionalidade para as partes.

Como é de se constatar, ao menos a princípio, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade via incidental recaem às partes pertencentes ao caso concreto, já que foi na demanda que pertenciam às mesmas que se reconheceu a invalidade constitucional de determinada lei.

Ocorre que não somente às partes pode surtir efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma, podendo também recair os citados efeitos sobre todos os demais interessados, de uma forma geral, ressaltando, porém, a ocorrência de tal possibilidade somente em consequência do controle difuso exercido pela Corte Suprema.

Moraes explica:

A Constituição Federal, porém, previu um mecanismo de *ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal* (CF, art. 52, X). Assim, ocorrendo essa declaração, conforme já visto, o Senado Federal poderá editar uma resolução suspendendo a execução, no todo em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que terá efeitos *erga omnes*, porém, *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da citada resolução senatorial.<sup>57</sup>

Deste modo, observando o ensinamento acima transcrito, o efeito da declaração de inconstitucionalidade de uma norma na via incidental acontece para os demais somente a

---

<sup>57</sup> MORAES, Alexandre. Op. Cit., p. 691.

partir da edição da mencionado resolução do Senado Federal, e de forma *ex nunc*, ou seja, quando da sua edição.

Reforçando o exposto, José Afonso da Silva explica o seguinte: “No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos”.<sup>58</sup> Ratificando tal lição, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior<sup>59</sup>, da mesma forma, citam José Afonso da Silva.

É bem verdade que existem outras considerações relevantes e interessantes a fazer quanto ao controle difuso de constitucionalidade. Ocorre que se reserva aos pontos aqui já expostos e trabalhados, pois ainda há inúmeros pontos a serem estudados quanto ao controle de constitucionalidade, mas principalmente, com relação ao tema central da presente monografia, ou seja, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

#### **4. DO CONTROLE CONCENTRADO**

Conforme mencionado, além do controle difuso, existe o controle concentrado de constitucionalidade, também denominado de objetivo ou abstrato. Objetivo e/ou abstrato, pois, ao contrário do controle difuso, não ocorre perante o caso concreto e suas subjetividades, e sim, objetivamente de forma genérica, perante todo o ordenamento jurídico.

---

<sup>58</sup> SILVA, José Afonso. Op. Cit., p. 54.

<sup>59</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Junior. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. revist. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

Na lição de Barroso, “o controle concentrado de constitucionalidade tem sua origem no modelo austríaco, que se irradiou pela Europa, e consiste na atribuição da guarda da Constituição a um único órgão ou a um número limitado deles, em lugar do modelo americano de fiscalização por todos os órgãos jurisdicionais (sistema difuso)”.<sup>60</sup> Já Canotilho define tal controle desta maneira:

Relacionado com o controle concentrado e principal, o **controle abstracto** significa que a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controle 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 controlo é geralmente reservado a um número restrito de entidades.<sup>61</sup>

Como é de se observar, no controle concentrado de constitucionalidade ocorre o questionamento da norma frente a um único juízo ou órgão jurisdicional, devidamente pré-estabelecido, com todo o regramento necessário para colocar *sub judice* a norma que aparenta estar constitucionalmente inválida.

Com relação ao Brasil, nos termos do artigo 102<sup>62</sup> da Lei Maior, o órgão jurisdicional competente ao processamento do controle concentrado de constitucionalidade, por meio de seus mecanismos, é o Supremo Tribunal Federal, pois é a referida Corte a guardiã máxima da Carta Constitucional de 1988. Quanto a isto, Barroso traz a seguinte explicação:

No caso brasileiro, a Constituição prevê a possibilidade de controle concentrado, por via principal, a ser desempenhado:  
a) no plano federal, e tendo como paradigma a Constituição da República, pelo *Supremo Tribunal Federal*, na ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, *a*) e na ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 147.

<sup>61</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 871.

<sup>62</sup> Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, (...):

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 147.

Não somente o referido autor, mas também Alexandre de Moraes traz um ensinamento bastante didático quanto à matéria estudada: “Por meio deste controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais”.<sup>64</sup>

Importante ressaltar, porém, que não somente no plano federal ocorre o controle concentrado de constitucionalidade, sendo previsto também nos estados-membros, onde há o controle de suas normas em face da Constituição Estadual, frente ao Tribunal Local. A respeito, Barroso esclarece que o mecanismo por ora estudado é desempenhado “no plano estadual, e tendo como paradigma a Constituição do Estado, pelo *Tribunal de Justiça*, na representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais (art. 125, § 2º)”.<sup>65</sup> A norma constitucional citada reza que “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”.

Entretanto, na presente monografia reservar-se-á ao tratamento do controle concentrado de constitucionalidade na esfera federal, já que a cada estado da federação cabe a regulamentação do seu controle de constitucionalidade objetivo e/ou abstrato, com toda especificidade e peculiaridade, sendo, desta forma, desgastante e exaustivo qualquer estudo que tente abranger todos os sistemas de controle de constitucionalidade estaduais.

---

<sup>64</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 705.

<sup>65</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 148.

Assim, quanto ao plano federal, o controle de constitucionalidade na via concentrada é praticado por meio de diferentes ações, sendo todas estas devidamente previstas no texto constitucional. São elas:

- *Ação direta de inconstitucionalidade genérica* (art. 102, I, *a*, CF/88);
- *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (art. 103, § 2º, CF/88);
- *Ação direta de inconstitucionalidade interventiva* (art. 36, III, CF/88);
- *Ação declaratória de constitucionalidade* (art. 102, I, *a*, 2ª parte, CF/88);
- *Arguição de descumprimento de preceito fundamental* (art. 102, § 1º, CF/88);

Desta forma, devidamente identificadas todas as ações (mecanismos) de controle concentrado de constitucionalidade, passa-se a estudo sobre cada uma.

#### 4.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA

Como é de se observar na Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 102, inciso I, alínea “a”, é de competência do STF a guarda da Carta Constitucional, cabendo à referida Corte o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Na busca de um conceito do instituto por ora estudado, cita-se Sylvio Motta e Willian Douglas que definem a Ação Direta de Inconstitucionalidade desta forma: “Ousaríamos afirmar que se trata de uma ação judicial objetiva de possíveis conseqüências legislativas (agindo o STF como legislador negativo), fazendo com que o Supremo Tribunal Federal, ao exercer a competência de guardião da Constituição, se transmude em verdadeira Corte Constitucional de Justiça”.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2002. p. 78.

Já Zulmar Fachin traz conceito de ADIN de forma mais didática e certa, afirmando que “trata-se de uma ação que instaura um processo de natureza objetiva com a finalidade de invalidar lei ou ato normativo federal ou estadual que contraria a Constituição Federal”.<sup>67</sup>

Deste modo, pode-se constatar que, “em regra, através do controle concentrado, almeja-se expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando-se, por conseguinte, a **invalidação da lei ou ato normativo**”. Assim, explica Pedro Lenza<sup>68</sup>.

No que diz respeito à lei, entende-se como tal, todas as modalidades de normas elencadas no artigo 59 da CF/88, quais sejam: *emendas à Constituição, leis Complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções*.

Todavia, quanto às resoluções, cabe ressalva de que nem todas podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade, pois algumas não possuem caráter normativo, muito menos abstração e generalidade. A respeito disto, tem-se a seguinte explicação: “(...) lei ou ato normativo impugnado deve revestir-se de generalidade e abstração, não se admitindo que a ação direta tenha por objeto atos ou leis de efeito concreto, pois, nessa hipótese, não seria possível um controle abstrato, visto que o ato ou lei estaria fazendo referência a uma situação determinada, o que só viabilizaria o chamado controle difuso ou de casos concretos”. Ensinamento de Araujo e Serrano Nunes<sup>69</sup>.

Já com relação a atos normativos, referidos na alínea “a” do inciso I no artigo 102 da CF/88, Alexandre de Moraes esclarece:

Consideram-se atos normativos, por exemplo, a resolução administrativa dos Tribunais de Justiça, bem como deliberações de outros órgãos do Poder Judiciário,

---

<sup>67</sup> FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 153.

<sup>68</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 116.

<sup>69</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Junior. Op. Cit., p. 44.

inclusive dos Tribunais Regionais do Trabalho, salvo convenções coletivas de trabalho.

Ainda no conceito de atos normativos, encontram-se os atos estatais de conteúdo meramente derogatório, como as resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo, revelando-se, pois, objeto idôneo para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>70</sup>

Quanto a “objeto idôneo para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, extrai-se sua definição da própria jurisprudência do Tribunal Supremo que, no julgamento da ADIN nº 1.716/DF<sup>71</sup>, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, chegou ao entendimento que “só se consideram objeto idôneo do controle abstrato de constitucionalidade os atos normativos dotados de generalidade, o que exclui os que, malgrado sua forma de lei, veiculam atos de efeito concreto, como sucede com as normas individuais de autorização que conformam originalmente o orçamento da despesa ou viabilizam sua alteração no curso do exercício”.

Não se pode esquecer também que o objeto da ADIN genérica não se restringe à legislação federal, havendo a possibilidade, do mesmo modo, de ajuizar-se a referida ação perante a Corte Constitucional Federal questionando-se lei ou ato normativo estadual que infrinja os mandamentos da Constituição Federal de 1988.

Quanto a isto, Gilmar Ferreira Mendes explica:

Devem ser considerados leis ou atos normativos estaduais, podendo ser objeto somente de ação direta de inconstitucionalidade: 1. Disposições das Constituições estaduais, que, embora tenham a mesma natureza das normas da Constituição Federal, devem ser compatíveis com princípios específicos e regras gerais constantes do texto fundamental (CF, art. 25 c/c o art. 34, VII, princípios sensíveis); 2. Leis estaduais de qualquer espécie ou natureza, independentemente de seu conteúdo; 3. Leis estaduais editadas para regulamentar matéria de competência exclusiva da União (CF, art. 22, parágrafo único); 4. Decreto editado com força de lei; 5. Regimentos internos dos tribunais estaduais, assim como os Regimentos das

---

<sup>70</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 708.

<sup>71</sup> STF – ADIN nº 1716/DF – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – Julgamento: 19/12/1997.

Assembléias Legislativas; 6. Atos normativos expedidos por pessoas jurídicas de direito público estadual podem, igualmente, ser objeto de controle abstrato.<sup>72</sup>

Assim, sendo lei ou ato normativo, federal ou estadual, nos termos exposto acima, e estando em desconformidade com a Constituição Federal pode ser a determinada norma objeto de ADIN genérica frente ao STF.

Relevante ressaltar que a lei municipal não pode ser objeto da ação em questão, pois o próprio dispositivo da matéria (artigo 102, inciso I, alínea “a”) não faz menção às normas municipais com item de controle concentrado via Ação Direta.

Visto isto, passa-se à competência da ação direta de inconstitucionalidade.

A competência para processamento e julgamento da ADIN genérica, conforme já se observou, cabe ao Supremo Tribunal Federal tal função, haja vista sua condição de guardião da Carta Magna brasileira, nos termos do que determina seu o artigo 102, inciso I, alínea “a”.

Deste modo, Motta e Douglas explicam que “se o conflito tem como objeto uma lei ou um ato normativo federal ou estadual que contraria a Constituição da República, o mister pertence ao Supremo Tribunal Federal”.<sup>73</sup>

Não restando dúvida ou qualquer questionamento quanto à competência para julgamento da ADIN, imprescindível o tratamento a respeito da legitimação ativa do mencionado mecanismo.

Quanto a isto, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes afirmam que “em nítida contraposição à ordem constitucional anterior, que consagrava o monopólio da propositura da ação direta de inconstitucionalidade ao Procurador-Geral da República, o

---

<sup>72</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1275-1276.

<sup>73</sup> MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. Op. Cit., p. 79.

constituinte brasileiro de 1988, optou por um modelo de ampla legitimação para a deflagração do controle de constitucionalidade”.<sup>74</sup>

O que pretendem expor os doutrinadores citados, é que, ao contrário da constituição anterior, a Constituição atual possibilita a uma série de órgãos a legitimidade a propositura de ADIN. Isto é observado na leitura do artigo 103:

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

Conforme observa-se, o que anteriormente cabia somente a um órgão (o Procurador-Geral da República), com a CF/88 passou a ação direta de inconstitucionalidade possuir nove legitimados ativos para sua propositura.

Com relação a isto, importante, desde já, destacar a lição de Mendes: “A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade difuso ou incidental, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que muitas controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo abstrato de normas”.<sup>75</sup>

Porém, não obstante os inúmeros legitimados à propositura de ADIN, para alguns deles se faz imprescindível a exigência da pertinência temática, ou seja, de que a lei ou ato normativo possua tema ou assunto pertinente ou relacionado a quem então vem a propor a

---

<sup>74</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 84.

<sup>75</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1264.

ADIN. Tal entendimento foi firmado e pacificado nos diferentes julgados da Corte Constitucional.

A princípio, explica Alexandre de Moraes que “se presume de forma absoluta a pertinência temática para o Presidente da República, Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Partido Político com representação no Congresso Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face de suas próprias atribuições institucionais, no que se denomina *legitimação ativa universal*”.<sup>76</sup>

Porém, ao contrário da legitimação ativa universal dos órgãos citados, os demais legitimados precisam demonstrar pertinência temática, sendo eles: *mesa da Assembléia Legislativa e Câmara Legislativa Distrital; Governador de Estado e do Distrito Federal; e, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional*. Isto porque, tais órgãos são autores especiais, sendo que devem demonstrar real interesse na propositura da ação relacionado à finalidade institucional.

Importante consideração a fazer também, é que, a princípio, não cabe a intervenção e/ou participação de terceiros no procedimento da ADIN. Regra esta trazida pelo artigo 7º da lei 9.868/1999: “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”.

Todavia, o próprio artigo, em seu §2º, permite que o relator admita a participação de outros órgãos quando tratar-se de matéria de grande importância e repercussão social. Veja-se o mencionado dispositivo legal: “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”.

---

<sup>76</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 716.

Nesta via e por estes fundamentos é que ocorre a participação do *amicus curiae*. Quanto a isto, Gilmar Ferreira Mendes explica: “Em 30/04/2004 foi editada Emenda Regimental<sup>77</sup>, que assegurou aos *amicus curiae*, no processo de ADI, o direito de sustentar oralmente pelo tempo máximo de quinze minutos, e, ainda, quando houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, pelo prazo contado em dobro”.<sup>78</sup>

Quanto à entidade mencionada, ou seja, o “*Amicus curiae*, isto é, o amigo da corte, é instituto oriundo do Direito norte-americano. De inegável tendência democrática, permite que terceiros se habilitem no processo abstrato de controle de constitucionalidade, que até então lhes era inacessível a fim de discutirem teses jurídicas que, quase sempre, acabam por afetar toda a comunidade”. Lição trazida por Sylvio Motta e Willian Douglas<sup>79</sup>.

Além da possibilidade da participação do *amicus curiae* no procedimento de ADIN, atuará, porém de modo obrigatório, o Advogado-Geral da União no amparo à norma em questionamento. É o mandamento do §3º do artigo 103 da CF/88: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

Alexandre de Moraes explica:

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*, pois atua como curador especial do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, não lhe competindo opinar nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República, mas a função eminentemente defensiva.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Acrescentou o § 3º ao artigo 131 do Regimento interno do Supremo, admitindo a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, permitindo a sustentação oral.

<sup>78</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1187-1288.

<sup>79</sup> MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. Op. Cit., p. 93.

<sup>80</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 723.

Conforme observa-se no que exposto, deverá ocorrer a citação do Advogado-Geral da União para que este atue na defesa do ato normativo, de caráter federal ou estadual, objeto da ação direta de inconstitucionalidade.

Ao contrário do Advogado-Geral da União, participa também o Procurador-Geral da República do procedimento de ADIN, porém, sem estar vinculado ao algum posicionamento quanto ao mérito da referida ação, ou seja, pode o Procurador Geral explanar opinião contrário ou a favor da inconstitucionalidade da norma.

O dispositivo normativo que determina a citada participação é o §1º do artigo 103 da CF/88: “O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”. O Procurador-Geral “se manifesta mesmo que tenha sido o autor da ação”, destacam Araujo e Serrano Nunes<sup>81</sup>.

Ocorre que não poderá o mesmo desistir da ação proposta, sendo autor do feito, segundo determina a jurisprudência da Corte Suprema<sup>82</sup>, em face da prevalência do princípio da *indisponibilidade da ação*, ou seja, em que “o autor da ação direta de inconstitucionalidade também está impedido de desistir do pedido de medida cautelar formulado”. Deste modo, expõe Moraes<sup>83</sup>.

Outra consideração relevante a se fazer também é a possibilidade de pedido cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista no artigo 102, inciso I, alínea “a”:  
“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...); p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”.

---

<sup>81</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Junior. Op. Cit., p. 46.

<sup>82</sup> STF – Pleno – ADIN nº 164/DF – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves.

<sup>83</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 720.

Alexandre de Moraes, se valendo da lição de Paulo Brossard, explica o assunto ponderando o seguinte:

O art. 102, I, p, da Constituição Federal, prevê a possibilidade de solicitação de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, necessitando, porém, de comprovação de perigo de lesão irreparável, uma vez tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais, pois, conforme ensinamento de Paulo Brossard, 'segundo axioma incontroverso, a lei se presume constitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário'.<sup>84</sup>

Desta forma, ante a presunção de constitucionalidade de todo ato normativo, a concessão de liminar em sede de cautelar em ADIN para suspensão da norma em xeque necessitará a comprovação de perigo de lesão irreparável.

Não obstante tenha-se outras considerações relevantes e interessantes a se fazer quanto à ação direta de inconstitucionalidade, por fim tratar-se-á dos efeitos da procedência da referida medida judicial.

Importante relembrar que, para declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou norma, necessária se faz observar-se o mandamento do artigo 97 da CF/88, o seja, da reserva de plenário, sendo que tal declaração ocorrerá somente pela maioria dos votos dos ministros do Tribunal Supremo. Explica Moraes: "O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade será realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em respeito ao art. 97 da Constituição Federal, exigindo-se *quorum* mínimo de oito Ministros, para instalação da sessão".<sup>85</sup>

Determina o artigo 25 da lei 9.868/99 que julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato normativo. Desta maneira, ao final do feito, o STF deve comunicar o órgão criador da norma quanto aos termos da decisão

---

<sup>84</sup> Idem.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 728.

proferida na ADIN. Ives Gandra e Gilmar Mendes afirmam que “tal comunicação é obrigatória, qualquer que seja o resultado do julgamento”.<sup>86</sup>

No mesmo diploma legal, o artigo 26 impossibilita a recorribilidade da decisão que declarara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, exceto a possibilidade de oposição de embargos de declaração, conforme é observado: “A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”.

Quanto aos efeitos propriamente ditos, decisão que declarar inconstitucional uma norma “terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que *os atos inconstitucionais são nulos* e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançado a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*)”. Expõe Alexandre de Moraes<sup>87</sup>.

Conforme constata-se na exposição acima, o efeito da decisão que declarar a invalidez constitucional de uma norma será retroativo (*ex tunc*) até a data de criação deste, bem como prestar-se-á a todos (*erga omnes*). Observa-se desta forma que se tratou de um ato nulo, a norma inconstitucional.

Não somente os mencionados efeitos, mas também Lenza destaca que “além da eficácia contra todos (*erga omnes*) já comentada, o parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99 estabelece que a decisão também terá **efeito vinculante**”.<sup>88</sup> Reza o citado

---

<sup>86</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 313.

<sup>87</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 729.

<sup>88</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 147.

dispositivo legal: “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”.

Não obstante seja o efeito *ex tunc* aplicado como regra nas decisões de ADIN pela inconstitucionalidade de uma norma, o Supremo Tribunal Federal tem entendido em alguns julgamentos em aplicar efeito *ex nunc* para sua decisão, com fundamento no artigo 27 da lei 9.868/99, que diz: “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”.

Ives Gandra e Gilmar Mendes esclarecem:

Entendeu, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v. g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.<sup>89</sup>

Feitas todas as considerações mais oportunas sobre a ADIN genérica, passa-se ao estudo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

#### 4.2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

---

<sup>89</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 323-324.

Ao instituir a Constituição Federal de 1988 o legislador brasileiro inovou trazendo a figura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, então prevista no artigo 103, § 2º, que diz: “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”.

A finalidade de tal ferramenta é buscar-se a total efetividade das normas constitucional destituída da citada característica, já que se encontram no texto constitucional normas de eficácia limitada. A princípio, necessário se faz esclarecimento quanto à definição de norma constitucional de eficácia limitada, em que Araujo e Serrano Nunes, explicam: “São aquelas que não produzem todos os seus efeitos de imediato, necessitando de um comportamento legislativo infraconstitucional ou da ação dos administradores para seu integral cumprimento”.<sup>90</sup>

Conforme foi observado, existem normas previstas na Constituição Federal que não possuem caráter de auto-aplicação, as quais necessitam de regulamentação de regras infraconstitucionais.

Ocorre que nem sempre tais normas constitucionais são amparadas por algum ato normativo abaixo da Constituição Federal, obrigando o Supremo Tribunal Federal a se pronunciar na via de ação direta de inconstitucional por omissão, da qual Lenza esclarece que “devendo o Poder Público ou órgão administrativo regulamentar norma constitucional de eficácia limitada e não o fazendo, surge a ‘doença’, a omissão, que poderá ser

---

<sup>90</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Junior. Op. Cit., p. 20.

‘combatida’ através de um ‘remédio’ chamado ADIn por omissão, de dorme concentrada no STF”.<sup>91</sup>

Neste sentido, Alexandre de Moraes afirma que “o objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1988, com a previsão da ação direta de inconstitucional por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional”.<sup>92</sup>

Tratando-se do objeto da ADIN por omissão, Motta e Douglas concluem:

Podemos concluir que tal modalidade de controle abstrato não pode incidir sobre toda e qualquer omissão do Poder Público, mas, tão-somente, em relação às normas constitucionais de eficácia limitada quando aos princípios institutivos, uma vez que, nestes casos, a Constituição impõe ao Legislativo e, excepcionalmente, ao Executivo a obrigação de expelir atos regulamentadores do texto constitucional.<sup>93</sup>

Conforme observa-se, caberá a ADIN por omissão quando a Constituição impõe, ou seja, traz um mandamento em face ao Poder Público para providenciar uma regulamentação de algum dispositivo da Constituição da República de 1988 que não possui plena eficácia.

Desde já, ressaltar-se o esclarecimento de Zulmar Fachin: “A ADIn por omissão presta-se para fazer o controle abstrato de constitucionalidade, pois se o controle da inconstitucionalidade omissiva for realizado em vista de um caso concreto, o instrumento adequado é o mandado de injunção”.<sup>94</sup> Assim, constatando-se a inconstitucionalidade por omissão no caso em concreto, dever-se-á ocorrer o manejo da ferramenta citada pelo autor.

Alexandre de Moraes, valendo-se da lição de outros importantes doutrinadores, toca em questão interessante: “Note-se que esta omissão poderá ser *absoluta* (total) ou *relativa* (parcial), como afirma Gilmar Ferreira Mendes, pois ‘a total ausência de normas, como

---

<sup>91</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 161.

<sup>92</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 740.

<sup>93</sup> MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. Op. Cit., p. 119.

<sup>94</sup> FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 155.

também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar'. O que se pretende é preencher as lacunas inconstitucionais, para que todas as normas constitucionais obtenham eficácia plena".<sup>95</sup>

Assim, caberá ADIN por omissão caso o legislador ou administrador público de abstenha de regulamentação de artigo da Constituição Federal, ou, se fazendo, faça de forma ineficaz.

Quanto à competência para processamento e julgamento da citada medida, conforme já referido anteriormente, cabe o STF tais providências de modo originário. Isto é determinado com a combinação do artigo 103, § 2º, e do artigo 102, I, alínea "a", ambos da Constituição Federal de 1988.

Já com relação aos legitimados ativos para a propositura da ADIN por omissão, são estes os mesmos legitimados da ADIN genérica, os quais constam no rol do artigo 103<sup>96</sup>, *caput*, da CF/88. Contudo, não se pode esquecer-se da regra de pertinência temática que devem obedecer alguns dos legitimados da ADIN genérica, cabendo a mesma igualmente para a ADIN por omissão.

Importante salientar a desnecessidade de citação do Advogado-Geral da União para o procedimento da ADIN por omissão, haja vista a ausência de legislação, não havendo porque o patrono da União prestar qualquer defesa.

Entretanto, Luís Roberto Barroso faz importante ponderação desta regra: "tratando-se de omissão parcial, como existe um ato normativo ao qual se imputa deficiência ou insuficiência, parece lógica e necessária sua audiência, porque o pedido envolverá um juízo

---

<sup>95</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 741.

<sup>96</sup> Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

acerca da constitucionalidade de norma em vigor”.<sup>97</sup> Deste modo, é de se concordar totalmente com o ilustre autor, devendo-se citar o Advogado-Geral da União quando ocorrer ADIN por omissão em face de norma ineficiente.

Importante ressaltar também, a impossibilidade de concessão de liminar, conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – LIMINAR. É incompatível com o objeto mediato da referida demanda a concessão de liminar. Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar (ADI 361-5 MC/DF – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Relator: Min. MARCO AURÉLIO – Julgamento: 05/10/1990 – Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO).

Processada e julgada e ADIN por omissão, e assim, reconhecer-se a omissão legislativa em complemento à Constituição Federal, para que a decisão da Corte Suprema ganhe efetividade, necessário que se dê a devida ciência ao Poder que se encontra em omissão.

Michel Temer explica: “Sendo legislativas, a cientificação será ao Poder Legislativo e, nessa hipótese, não há fixação de prazo para adoção das medidas necessárias. Tratando-se, porém, de medida que deveria ser tomada por órgão administrativo (seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário), a ordem judicial fixará o prazo de 30 dias para que se a tome”.<sup>98</sup>

Por fim, destaca-se os efeitos *ex tunc* e *erga omnes* das decisões que venham a declarar a inconstitucionalidade por omissão. Tal afirmação é extraída da lição de Alexandre de Moraes, que diz: “Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e

---

<sup>97</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 248.

<sup>98</sup> TEMER, Michel. Op. Cit., p. 52.

*erga omnes*, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo”.<sup>99</sup>

Como se vê, suscita-se a possibilidade de indenização por omissão do Poder Público, desde que comprovado perdas e danos com a omissão do Estado. Além disto, como exige a responsabilidade civil, necessário se faria a prova do nexo de causalidade entre o dano e a inércia legislativa.

#### 4.3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA

A regra na República Federativa do Brasil é a organização político-administrativa autônoma entre os entes da federação, ou seja, a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal. Desta forma, via de regra não há interferência de um ente federativo em outro, pois prevalece a autonomia.

Tal mandamento é extraído do artigo 18 da Constituição Federal de 1988 que diz: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Entretanto, de modo excepcional, em determinadas situações poderá ocorrer a intervenção de um ente sobre o outro. Neste sentido, a União poderá intervir nos estados-membros e no Distrito Federal na hipótese narrada pelo artigo 34<sup>100</sup> da Carta Constitucional.

---

<sup>99</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 741.

<sup>100</sup> A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I – manter a integridade nacional; II – repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III – pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV – garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V – reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas

Já os Estados poderão intervir em seus respectivos municípios nas situações elencadas pelo artigo 35<sup>101</sup> da CF/88.

Do texto do artigo 34, inciso VII da CF/88 se extrai os imprescindíveis princípios sensíveis da Constituição. Contudo, Gilmar Mendes, se valendo dos ensinamentos de Castro Alves, ressalva que “a enumeração é taxativa, é limitada, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal”. O doutrinador assim pondera: “Assim, o elenco do art. 34, VII, da CF é fixado de forma taxativa, ou em *numerus clausus*, (...)”.<sup>102</sup>

A competência para processamento e julgamento da ADIN interventiva, como ocorre nas demais ações diretas, também é do Supremo Tribunal Federal. Todavia, ao contrário dos outros ADINs, a legitimação ativa para a propositura da ADIN interventiva cabe exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Moraes explica: “A chamada *intervenção normativa* dependerá de provimento pelo Supremo Tribunal Federal, da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República, que detém legitimação exclusiva”.<sup>103</sup>

Alexandre de Moraes, especificando o escopo da ADIN interventiva, faz importante consideração: “A ação direta interventiva possui dupla finalidade, pois pretende a declaração de inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a decretação de intervenção federal no Estado-membro ou Distrito

---

da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

<sup>101</sup> Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: I – deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; II – não forem prestadas contas devidas, na forma da lei; III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

<sup>102</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1406.

<sup>103</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 739.

Federal (finalidade política), constituindo-se, pois um *controle direto, para fins concretos*, o que torna inviável a concessão de liminar”.<sup>104</sup>

Relevante ressaltar também, que a decretação da intervenção federal cabe ao Presidente da República, nos termos do artigo 84, inciso X, da CF/88, conforme observa-se: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...); X – decretar e executar a intervenção federal”.

Pedro Lenza, resumidamente, traz o procedimento da ADIN interventiva:

Proposta a ação pelo Procurador-Geral da República, no STF, quando a lei ou ato normativo de natureza estadual (ou distrital de natureza estadual) contrariar ou princípios sensíveis da CF, previstos no art. 34, VII, julgada procedente a ação (*quorum* do art. 97, maioria absoluta), o STF requisitará ao Presidente da República que decrete a intervenção. O Presidente da República, nos termos do art. 36, § 3º, através de **decreto**, limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado. Caso essa medida não seja suficiente para o restabelecimento da normalidade, aí, sim, o **Presidente da República decretará** a intervenção federal, executando-a através da nomeação de interventor e afastando as autoridades responsáveis de seus cargos (art. 84, X, da CF/88). O § 4º do art. 36 estabelece que, cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos voltarão, salvo impedimento legal.<sup>105</sup>

#### 4.4. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme anteriormente exposto no presente trabalho, toda norma criada no Brasil ganha a vigência como se constitucional fosse, possuindo, desta forma, o que os autores constitucionalistas chamam de presunção de constitucionalidade, ou seja, todo ato normativo brasileiro é criado, ao menos a princípio, obedecendo-se aos parâmetros constitucionais preestabelecidos pela Carta Magna de 1988.

Ocorre que, como se viu acima, as leis e normas infraconstitucionais pátrias podem sofrer, de inúmeras maneiras, dúvidas ou questionamentos quanto à validade

---

<sup>104</sup> Ibidem, p. 739.

<sup>105</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 165.

constitucional, ou seja, serem colocadas em xeque quanto ao seguimento ou não das regras, formais e materiais, da Constituição.

Entretanto, pode ocorrer também a linha inversa, ou seja, de que o objetivo é a declaração de constitucionalidade de determinada norma, fazendo com que não reste qualquer dúvida ou questionamento quanto à sua validade constitucional.

Para isto, o legislador constitucional derivado editou a Emenda Constitucional nº 3 de 1993, criando a figura da Ação Declaratória de Constitucionalidade, então prevista no artigo 102, inciso I, alínea “a” (2ª parte), da CF/88, que diz: “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**”.

Na via inversa da ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, como o próprio nome já explicita, é uma ferramenta utilizada para a proclamação da validade constitucional de leis ou atos normativos suspeitos quanto à sujeição e submissão à Lei Maior. De modo direto, Barroso explica o objetivo da presente medida: “A finalidade da medida é muito clara: afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria”.<sup>106</sup>

Não somente isto, mas o doutrinador, de maneira didática, justifica a utilização da Ação Declaratória de Constitucionalidade:

É certo que todos os operadores jurídicos lidam, ordinariamente, com a circunstância de que textos normativos se sujeitam a interpretações diversas e contrastantes. Por vezes, até câmaras ou turmas de um mesmo tribunal firmam linhas jurisprudenciais divergentes. Porém, em determinadas situações, pelo número de pessoas envolvidas ou pela sensibilidade social ou política da matéria,

---

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 218.

impõe-se, em nome da segurança jurídica, da isonomia ou de outras razões de interesse público primário, a pronta pacificação da controvérsia.<sup>107</sup>

Conforme é de se observar na lição acima transcrita, frente às inúmeras divergências e controvérsias existentes no meio jurídico sobre as mais diferentes questões e temas, por vezes, é interessante, bem como relevante, o manejo da ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) para que se possam sanar quaisquer dúvidas ou questionamentos quanto à constitucionalidade de determinada norma.

É verdade que, com a criação da ADECON, surgiram discussões quanto à inconstitucionalidade da citada emenda, pois a criação da ferramenta de controle concentrado não estava, originariamente, prevista no texto constitucional.

Porém, Alexandre de Moraes explica: “Apesar da ampla discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade da EC nº 3, de 17-3-1993, no tocante à criação da ação declaratória de constitucionalidade, o plenário do Supremo Tribunal Federal<sup>108</sup> já declarou incidentalmente tanto a sua constitucionalidade, como sua aplicação imediata, sem necessidade de lei regulamentando seu procedimento”.<sup>109</sup>

Tratadas as considerações iniciais de maior relevância e sanada a questão da possível inconstitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade (ADECON), passam-se as considerações práticas quanto a tal ferramenta.

Com relação à competência para processamento e julgamento da ADECON, conforme já mencionado, cabe, originariamente, ao STF tais atos, isto, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “a” (2ª parte), da CF/88. De maneira didática, Motta e Douglas explicam: “Trata-se de modalidade de controle abstrato, logo impõe-se o sistema concentrado de competências,

---

<sup>107</sup> Idem.

<sup>108</sup> STF – Pleno – Ação declaratória de constitucionalidade n. 1-1/DF – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 5 nov. 1993, p. 23.286.

<sup>109</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 743.

cabendo apenas ao Supremo Tribunal Federal, dentro de sua competência originária (...), processá-la e julgá-la”.<sup>110</sup>

Quanto à legitimação para propositura da ADECON, Gilmar Ferreira Mendes esclarece: “No que se refere à ação declaratória de constitucionalidade, o art. 103, § 4º, estabelecia, tal como observado, que poderiam propô-la o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados ou o Procurador-Geral da República (EC n. 3/93)”.<sup>111</sup>

Entretanto, o mesmo doutrinador ressalva: “A EC n. 45/2004 (Reforma do Judiciário) conferiu nova disciplina à matéria e outorgou a todos os legitimados para a ADI a legitimidade para a propositura da ADC”.<sup>112</sup>

Deste modo, conforme observa-se, inicialmente concedeu-se a legitimação ativa para a propositura da ADECON a quatro órgãos do Poder Público. Contudo, com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 ampliou-se, consideravelmente, o rol de legitimados à ação declaratória de constitucionalidade, em que concedeu-se a todos os órgãos com legitimidade ativa para a propositura da ADIN<sup>113</sup>.

Quanto ao objeto da ADECON, imprescindível ressaltar que não cabe a citada ação buscando a declaração de constitucionalidade de normas estaduais em face da Constituição Federal, e sim, somente de normas federais frente à Lei Maior. De forma evidente, Mendes esclarece:

---

<sup>110</sup> MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. Op. Cit., p. 147.

<sup>111</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1294.

<sup>112</sup> Idem.

<sup>113</sup> I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O objeto da ADC segue o mesmo paradigma da ADI para o direito federal: lei ou ato normativo autônomo (não regulamentar) devidamente promulgado, ainda que não esteja em vigor. Assim, caberia ADC em face de emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, decreto legislativo, tratado internacional devidamente promulgado, decreto do Executivo de perfil autônomo, resolução de órgão do Poder Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça.<sup>114</sup>

Além do exposto acima, o referido professor, faz importante ressalva a respeito do tema: “Tal como sucede em relação à ADI, a ADC não pode ter por objeto ato normativo revogado”.<sup>115</sup>

Outra importante exigência para a propositura da ADECON é a verificação de que o ato normativo sofrera questionamentos ou críticas, quanto à validade constitucional, nos juízos ou tribunais locais. Araujo e Serrano Nunes explicam: “Para o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, há que se demonstrar uma controvérsia jurisprudencial a ensejar o pleito perante o Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, o art. 14, III, da Lei n. 9.868/99 pede que a petição inicial indique a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”.<sup>116</sup>

Ilustrando o esclarecimento acima, traz-se transcrito o artigo 14, inciso, da referida lei: “A petição inicial indicará: (...); III – a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”.

Quanto a isto, Ives Gandra e Gilmar Mendes, comentando o citado dispositivo legal, afirmam: “(...), não se afigura admissível a propositura de ação direta de constitucionalidade se não houver *controvérsia* ou *dúvida* relevante quanto à legitimidade da norma”.<sup>117</sup>

Já com relação ao procedimento da ADECON, importante destacar que “não existe lógica em se determinar a citação do Advogado-Geral da União na medida em que inexistente ato ou texto impugnado, eis que se afirma a constitucionalidade inicial”, afirma Pedro

---

<sup>114</sup> Ibidem, p. 1297.

<sup>115</sup> Idem.

<sup>116</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Junior. Op. Cit., p. 52.

<sup>117</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 265.

Lenza<sup>118</sup>. Entretanto, o Procurador-Geral da República se manifestará, de forma prévia, quanto à questão suscitada, conforme manda o artigo 103, § 1º, da Carta Constitucional: “O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”.

Por fim, no que diz respeito aos efeitos da decisão que reconhecer a lei *sub judice* como constitucional, Zulmar Fachin conta: “(...) julgado procedente o pedido, a decisão tem eficácia contra todos e efeitos vinculante em relação *a todos os juízes e todos os tribunais*, bem como a *todos* os órgãos da administração pública, que deverão acatar a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Eis aí a ‘vantagem’ da existência desta ação”.<sup>119</sup> Tal regra é extraída do artigo 102, § 2º, da CF<sup>120</sup>.

Também importante destacar a lição de Alexandre de Moraes, que ensina:

Poderão ocorrer, ainda, duas outras possibilidades. A primeira ocorrerá quando o Supremo julgar parcialmente procedente a norma, significando, pois, que a declarou constitucional em parte, devendo o restante da norma, declarada inconstitucional, retirar-se do ordenamento jurídico *ex tunc*.

A segunda, quando Tribunal, julgando procedente a ação, declarar a constitucionalidade da norma, desde que interpretada de determinada maneira – *interpretação conforme à Constituição* – tornando aquela interpretação vinculante para os demais órgãos judiciais e para as autoridades administrativas em geral.<sup>121</sup>

Deste modo, importante e imprescindível é a utilização da ação declaratória de constitucionalidade quando surgirem plausíveis questionamentos, porém também convincentes, quanto à validade constitucional de uma lei ou ato normativo.

---

<sup>118</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 167.

<sup>119</sup> FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 158.

<sup>120</sup> 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.

<sup>121</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 750-751.

#### 4.5. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A argüição de descumprimento de preceito fundamental foi criada anos após a vigência da Constituição Federal de 1988, isto nos termos da Emenda Constitucional nº 3/1993, que inseriu o parágrafo 1º no artigo 102 da Constituição: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Conforme se observa, “trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada, que depende de edição de lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição”. Ensina Alexandre de Moraes<sup>122</sup>.

Ocorre que, o Congresso Nacional no ano de 1999 editou a lei nº 9.882, de três de dezembro, a qual veio a complementar a Constituição Federal no que diz respeito à argüição de descumprimento de preceito fundamental. Nos termos do que diz a referida norma, a mesma “dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal”.

Interessante também destacar a peculiaridade e particularidade da ADPF como ferramenta de controle de constitucionalidade. Luís Roberto Barroso explica: “A ADPF vem inserir-se no já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade sob o signo da singularidade, não sendo possível identificar proximidade imediata com outras figuras existentes no direito comparado”.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 751.

<sup>123</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 260.

Na tentativa de trazer um conceito a argüição de descumprimento de preceito fundamental, Motta e Douglas afirmam que “é uma modalidade de argüição (abstrata) de constitucionalidade. Não se afigura como modalidade incidental de controle, não obstante vários autores postulem em sentido inverso”.<sup>124</sup> Além disto, também há possibilidade de extrair-se definição de ADPF da própria norma que a regulamentou, especificamente de seu artigo 1º, conforme observa-se: “A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Contudo, na busca de uma definição doutrinária para argüição de descumprimento de preceito fundamental, Zulmar Fachin se valeu da lição de André Ramos Tavares, trazendo a seguinte definição: “é uma ação ou incidente judicial, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que desencadeia o denominado processo objetivo, cujo fundamento é o descumprimento de preceito fundamental que consagra valores basilares para o Direito Pátrio”.<sup>125</sup> Fachin, ainda complementa sua doutrina acrescentando que: “o descumprimento ao preceito fundamental deve resultar de ato do Poder Público”.<sup>126</sup>

No tocante à competência, conforme estabelece o próprio parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição Federal a competência para processamento e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental cabe ao Supremo Tribunal Federal: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Não somente constando na Carta Constitucional, mas também a lei 9.882/99 ratifica o mandamento constitucional em seu 1º artigo quanto à competência para a ADPF: “A argüição prevista no § 1º do art. 102 da

---

<sup>124</sup> MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. Op. Cit., p. 158.

<sup>125</sup> FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 158.

<sup>126</sup> Idem.

Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, (...)" . Ressalta-se, portanto, que se trata de competência **originária** do STF.

Quanto à legitimidade para a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental perante o STF, tem-se que cabe aos mesmos legitimados ativos para o ajuizamento da ADIN genérica<sup>127</sup>. É o que determina o artigo 2º, inciso I, da Lei 9.882/99: "Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental: I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade".

Com relação a isto, Pedro Lenza, tratando da legitimação ativa para a ADPF, ressalva: "Os legitimados para a propositura da referida ação são os mesmos da ADIn genérica, previstos no art. 103, incisos I a IX da CF/88 e no art. 2º, I a IX da Lei 9.868/99 (conforme artigo 2º, I, da Lei n. 9.882/99), com as observações sobre a **pertinência temática** exposta quando do comentário sobre a ADIn genérica".<sup>128</sup>

Deste modo, conforme é de se observar na explicação do mencionado doutrinador, parte dos legitimados para a ADPF (mesa da Assembléia Legislativa e Câmara Legislativa Distrital; Governador de Estado e do Distrito Federal; e, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional), como se faz na ADIN poderá ajuizar argüição de descumprimento quanto a tema que lhe for pertinente, ou seja, conexo e relacionado a quem propõe.

Também, o parágrafo 1º do mesmo artigo permite que qualquer pessoa, lesada ou na iminência de sofrer lesão do poder público, fazer solicitação, por meio de representação, ao Procurador-Geral da República para que ajuíze a ADPF: "Na hipótese do inciso II, faculta-se

---

<sup>127</sup> I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>128</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 156-157.

ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo”.

Conforme observado acima a argüição de descumprimento de preceito fundamental é, sem dúvida alguma, uma importante ferramenta de controle concentrado de constitucionalidade.

Todavia, a mesma se caracteriza por uma atuação residual no controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, a ADPF é meio subsidiário aos demais mecanismos de controle, ADECON e ADIN com suas derivações.

Tal regra é extraída da leitura do artigo 4º, parágrafo 1º, da lei 9.882/99, que diz: “Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Deste modo, estando diante de uma agressão à Constituição Federal por lei ou ato normativo, deverão os legitimados, ao manejo das ferramentas de controle concreto de constitucionalidade, observarem se há possibilidade de ajuizamentos de umas das ações de controle, antes de cogitar-se a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A respeito disto, Alexandre de Moraes apresenta o seguinte comentário:

*Caráter subsidiário:* a lei expressamente veda a possibilidade de argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Obviamente, esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o *habeas corpus*, *habeas data*; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações

diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade.<sup>129</sup>

Porém, Araujo e Serrano Nunes, valendo-se da jurisprudência do STF, pelo Ministro Celso de Mello, também propõem certa cautela quanto a tal princípio:

Importante destacar, como assinala o Ministro Celso de Mello, que ‘a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, no entanto, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio em questão, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz e real, a situação de neutralidade que se busca neutralizar com o ajuizamento da admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental’ (ADPF 17-AP (medida liminar), *informativo STF*).<sup>130</sup>

Assim, conforme se observa na lição transcrita, de forma coerente, o Ministro Celso de Mello comenta o princípio da subsidiariedade quanto à ADPF, pois, não basta anunciar tal princípio, mas também comprovar que os outros meios possíveis são adequados e suficientes para então sanar o que se questiona.

A respeito de seu cabimento, nos termos do artigo 1º da lei 9.882/99, a arguição de descumprimento de preceito fundamental “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Gilmar Mendes afirma que “a arguição de descumprimento poderá ser utilizado para solver controvérsias constitucionais sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal”.<sup>131</sup>

O autor ainda complementa seus ensinamentos da seguinte forma: “(...), a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas no

---

<sup>129</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 753.

<sup>130</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Junior. Op. Cit., p. 57.

<sup>131</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 56.

controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) poderão ser objeto de exame no âmbito da nova ação”.<sup>132</sup>

Quanto a isto, Alexandre de Moraes traz explicação detalhada: “a lei possibilita a argüição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses – para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.<sup>133</sup>

Conforme se observa no ensinamento acima transcrito, a argüição de descumprimento de preceito fundamental possui função importante, ou seja, a prevenção para que não seja lesionado o preceito fundamental contido na Constituição, ou também, presta-se como meio de reparação caso isto ocorra.

Neste ponto, Pedro Lenza comenta: “Percebe-se, então, nítido caráter **preventivo** na primeira situação (**evitar**) e caráter **repressivo** na segunda (**reparar**) lesão a **preceito fundamental**, devendo haver **nexo de causalidade** entre a **lesão ao preceito fundamental** e ao **ato do Poder Público**, de que esfera for, não se restringindo a atos normativos, podendo a lesão resultar de **qualquer ato administrativo**, inclusive **decretos regulamentares**”.<sup>134</sup>

Importante se dar destaque também “que a argüição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser proposta em face de atos do poder público já

---

<sup>132</sup> Idem.

<sup>133</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 752.

<sup>134</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 155.

concretizados, não se prestando para a realização de controle preventivo desses atos”. Como Alexandre de Moraes<sup>135</sup> esclarece.

A outra, mas não menos importante função da ADPF é a reparação à lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Tal argüição é também denominada de incidental.

Tal hipótese é extraída da leitura do parágrafo 1º, inciso I, da lei 9.882/99, que diz: “Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

A respeito disto, Zulmar Fachin explica: “Pode ser utilizada, também, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional de lei ou ato normativo federal, estadual, e municipal, produzidos antes ou após a publicação da Constituição de 1988”.<sup>136</sup> Já Pedro Lenza afirma: “Nesta hipótese, deverá ser demonstrada a **divergência jurisdicional (comprovação da controvérsia judicial) relevante** na aplicação do ato normativo, violador do preceito fundamental”.<sup>137</sup>

Assim, na constatação de que um ato normativo apresenta controvérsia frente a preceito fundamental contido na Constituição Federal, manejar-se-á a argüição de descumprimento de preceito fundamental, ressaltando, que tal norma, pode ser tanto federal, como estadual, ou municipal.

Importante reportar-se à definição de ato normativo trazida por Barroso: “A locução ‘atos normativos’ compreende os atos estatais dotados dos atributos de generalidade,

---

<sup>135</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 752.

<sup>136</sup> FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 158.

<sup>137</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 155.

abstratação e obrigatoriedade, destinados a reger a vida social. Para fins da ADPF, estão abrangidos todos os atos infraconstitucionais, da lei complementar aos atos normativos emanados da Administração Pública”.<sup>138</sup>

Disto tudo, merece grande destaque o combate de leis ou atos normativos municipais e anteriores à Constituição Federal quanto à validade constitucional.

Quanto ao primeiro destaque, Luís Roberto Barroso ressalta:

A lesão a preceito fundamental e a controvérsia constitucional relevante podem envolver tanto direto federal como estadual e municipal. É certo que, diante do cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para controle da validade de lei ou ato normativo federal e estadual em face da Constituição Federal, normalmente não será o caso de propositura de argüição autônoma envolvendo essas duas espécies de norma, à vista da regra da subsidiariedade (...). Relativamente ao controle de atos *municipais*, aí repousa uma das mais significativas inovações trazidas pela ADPF.<sup>139</sup>

Conforme observa-se na lição acima transcrita, fato importantíssimo com a criação da ADPF foi a possibilidade das normas municipais estarem previstas como objeto da argüição, isto porque tal possibilidade não se faz presente no manejo das outras ferramentas de controle de concentrado de constitucionalidade no âmbito federal, frente à Constituição da República. Assim, Barroso ainda esclarece:

Até a edição da Lei n. 9.882/99, o direito municipal somente comportava o controle incidental ou difuso de constitucionalidade, salvo a hipótese de representação de inconstitucionalidade em âmbito estadual, por contraste com a Constituição do Estado-membro. Já agora, se a norma municipal envolver ameaça ou lesão a preceito fundamental ou houver controvérsia constitucional relevante quanto a sua aplicação, sujeitar-se-á ao controle abstrato e concentrado do Supremo Tribunal Federal, mediante ADPF.<sup>140</sup>

Não somente o referido doutrinador, mas Gilmar Ferreira Mendes também festeja a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis municipais por meio de ADPF: “A

---

<sup>138</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 286.

<sup>139</sup> Idem.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 287.

Lei 9.882/99 veio, em boa hora, constituir para a superação dessa lacuna, contemplando expressamente a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito municipal no âmbito desse processo especial”.<sup>141</sup>

Além de mencionada novidade, outra também bastante comemorada, foi a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos editados anteriormente à Constituição Federal por ADPF.

Gilmar Mendes comenta: “A lei que disciplina a argüição de descumprimento de preceito fundamental estabeleceu, expressamente, a possibilidade de exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com a norma da Constituição da República”.<sup>142</sup> Além disto, o autor explica: “Assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade formular a argüição de descumprimento”.<sup>143</sup>

Terminando sua explicitação quanto ao presente tema, Gilmar Mendes faz a seguinte conclusão: “Também essa solução vem colmatar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solvidas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante no âmbito de um processo objetivo”.<sup>144</sup>

Quanto ao pedido liminar, reza o artigo 5º da lei 9.882/99 “o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental”. Não somente isto, mas pode o relator da ADPF conceder, monocraticamente, liminar na ADPF nos termos

---

<sup>141</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1327.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 1325.

<sup>143</sup> Idem.

<sup>144</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1325.

do parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal citado: “Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno”.

Conforme observa-se, necessário se faz a situação de extrema urgência ou perigo de lesão grave para que o relator da ADPF conceda a liminar, ressaltando ainda, a condição de ser ratificada pelo pleno da Corte Suprema, posteriormente.

Com relação a isto, Motta e Douglas explicam: “A lei excepciona situações onde a concessão da liminar poderá ser deferida pelo relator sem a oitiva preliminar dos demais membros do Tribunal: período de recesso; perigo de lesão grave; ou extrema urgência. Todavia, uma vez concedida sob essas condições, a sua manutenção dependerá do referendo do Plenário do Tribunal”.<sup>145</sup> Tais doutrinadores ainda comentam: “A medida liminar poderá ser concedida por decisão da maioria absoluta dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Será deferida ao relator a possibilidade de, previamente, ouvir o Advogado-Geral da União e/ou o Procurador-Geral da República no prazo comum de cinco dias”.<sup>146</sup>

Conforme mencionam os autores, há possibilidade da oitiva do AGU, bem como do Procurador-Geral, pelo relator da ADPF, isto nos termos do parágrafo 2º, do artigo 5º, da lei 9.882/99: “O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias”.

Além disto, o parágrafo 3º da lei 9.882/99 possibilita que a liminar determine a suspensão do prosseguimento das demandas que possam sofrer efeitos da decisão da ADPF: “A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o

---

<sup>145</sup> MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. Op. Cit., p. 167.

<sup>146</sup> Idem.

andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”.

Gilmar Mendes, oportunamente, comenta o referido dispositivo legal:

Confere-se, assim, ao Tribunal um poder cautelar expressivo, impeditivo da consolidação de situações contra a possível decisão que venha a tomar. Nesse aspecto, a cautelar da ação de descumprimento de preceito fundamental assemelha-se à disciplina conferida pela Lei 9.868/99 à medida liminar na ação declaratória de constitucionalidade (art. 21). Dessa forma, a liminar passa a ser também um instrumento de economia processual e de uniformização da orientação jurisprudencial.<sup>147</sup>

Já com relação ao *quorum* para a instalação da sessão para processamento, bem como para julgamento, e conseqüentemente proferir-se decisão da ADPF, é necessário o *quorum* de pelo menos dois terços dos Ministros do STF. É o que determina o artigo 8º da lei 9.882/99<sup>148</sup>. Quanto a isto, Mendes explica e o pondera:

A decisão sobre argüição de descumprimento somente será tomada se presentes pelo menos 2/3 dos Ministros (8 ministros). Embora o texto seja silente, também aqui se há de aplicar a regra do art. 23 da Lei n. 9.868/99, segundo a qual a decisão de procedência ou improcedência haverá de ser tomada pela maioria absoluta dos membros do Tribunal. Em reforço desse argumento milita a disposição contida na Lei n. 9.882/99, que exige seja a cautelar deferida por decisão da maioria absoluta dos membros do tribunal (art. 5º, *caput*).<sup>149</sup>

Conforme observa-se na lição acima transcrita, o autor invoca também a regra do artigo 23<sup>150</sup> da lei nº 9.868/99 para ressaltar a necessidade de *quorum* qualificado para a decisão sobre a argüição de descumprimento, tanto pela procedência, como improcedência.

---

<sup>147</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1342.

<sup>148</sup> A decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.

<sup>149</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1343.

<sup>150</sup> Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Invocando o artigo 12<sup>151</sup> da lei 9.882/99, que regulamenta a ADPF, Pedro Lenza destaca a irrecorribilidade da decisão definitiva de julgamento da ADPF, porém, mencionado uma exceção quanto à possibilidade de cabimento de reclamação: “Conforme se verifica no processo de ADIn, a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é **irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória** (art. 12 da Lei), cabendo, contudo, contra o descumprimento da decisão proferida pelo STF, na forma de seu Regimento Interno, **reclamação**”.<sup>152</sup>

Tal regra é extraída do artigo 13, do mesmo diploma legal já mencionado, que diz: “Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno”.

A respeito dos efeitos da decisão da ADPF, ocorrendo o julgamento do feito, acaso, improcedente, ou seja, se o STF não reconhecer o descumprimento a preceito fundamental da Constituição, arquivar-se-á os autos.

Caso julgue-se pela procedência, reconhecendo o referido descumprimento, o Supremo Tribunal providenciará a comunicação aos órgãos ou autoridade pública que competentes pelo ato questionado, nos termos do artigo 10º da lei 9.882/99: “Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”.

---

<sup>151</sup> A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

<sup>152</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 158.

Nestes termos, Barroso ainda explica que a decisão pode “fazer cessar o ato ou decisão exorbitante ou determinar medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição”.<sup>153</sup>

Ainda, nos termos do parágrafo 1º do mesmo artigo, “o presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente”. Como se vê, é bastante relevância a decisão de ADPF, já que diz respeito à violação a preceito fundamental da Constituição, tanto que a lei determina o imediato cumprimento da decisão, antes mesmo de lavrar-se o acórdão. Pedro Lenza ressalta: “A decisão é **imediatamente auto-aplicável**, na medida em que o presidente do STF determinará o **imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente**”.<sup>154</sup>

Além disto, nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo, “dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União”. Mendes comenta o seguinte: “O Presidente do Tribunal deve determinar o imediato cumprimento da decisão, publicando-se, dentro de dez dias a contar do trânsito em julgado, sua parte dispositiva em seção especial do *Diário de Justiça* e do *Diário Oficial da União* (...)”.<sup>155</sup> Tratando-se de preceito fundamental da Lei Maior, coeso e correto o legislador em determinar a publicação do dispositivo da decisão de ADPF dentro do prazo de dez dias.

Quanto aos efeitos, propriamente ditos, da decisão, inicialmente, importante apontar-se uma ressalva que Gilmar Mendes destaca: “Tendo por objeto o direito pré-

---

<sup>153</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 297.

<sup>154</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 158.

<sup>155</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1343.

constitucional, deverá o Tribunal limitar-se a reconhecer a legitimidade (recepção) ou não da lei, em face da norma constitucional superveniente”.<sup>156</sup>

Nos termos do parágrafo 3º do artigo 10 da lei 9.882/99, “a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”. Destaca-se deste modo, como regra, a eficácia *erga omnes*, e, como já se vê o efeito vinculante da decisão em sede de ADPF.

Neste ponto, Luís Roberto Barroso fala em “**efeitos subjetivos** da decisão, comentando que a decisão proferida em ADPF terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (...), como próprio ao exercício da jurisdição constitucional em processo objetivo e concentrado”.<sup>157</sup> Invoca-se aqui também, a regra do parágrafo único (2ª parte) do artigo 28 da lei 9.868/99 que diz: “(...), têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Barroso faz relevante ponderação: “Parece razoável sustentar que, ao menos em determinadas hipóteses inequívocas, a vinculação deva se estabelecer em relação à tese jurídica firmada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à matéria objeto da arguição, de modo a colher todas as situações idênticas”.<sup>158</sup>

O mesmo autor menciona ainda os **efeitos objetivos** da decisão de ADPF:

Se a arguição tiver resultado de um ato normativo, serão eles análogos aos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. Se se tratar de ato administrativo – disposição de edital de licitação ou de concurso público, por exemplo –, se acolhido o pedido deverá ela ser retirada do regime jurídico do certame, ou, se este já tiver ocorrido, poderá ser declarado nulo. No tocante à decisão judicial, se a simples afirmação da tese jurídica não produzir consequência apta a evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental, uma decisão específica

---

<sup>156</sup> Ibidem, p. 1344.

<sup>157</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 298.

<sup>158</sup> Ibidem, p. 298-299.

deverá ser proferida pelo juiz natural (...), levando em conta a premissa lógica estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>159</sup>

Conforme observa-se, bastante didática e esclarecedora é a lição do autor, o qual invoca os efeitos ocorridos no julgamento da ADIN ou da ADECON.

Não obstante a regra da eficácia *erga omnes* e *ex tunc* para as decisões de ADPF, o artigo 11 da lei 9.882/99 permite ao STF atribuir restrições quanto a isto:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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.

Conforme observa-se, a Corte Suprema, diante das situações narradas no dispositivo legal (razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social), por maioria qualificada poderá restringir os efeitos as decisão de ADPF, ou seja, modulá-los, bem como atribuí-la somente efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir de seu trânsito em julgado, não retroagindo, deste modo, aos fatos anteriores à decisão.

## **5. DA RECLAMAÇÃO**

Quanto ao estudo do controle de constitucionalidade, relevante se faz a análise da reclamação, a qual é prevista na lei n.º 8.038/1990, esta que é responsável pela regulamentação dos processos ajuizados frente ao STF e STJ.

Dentro da referida lei o artigo 13 diz: “Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público”.

---

<sup>159</sup> Idem.

Ainda quanto ao citado artigo, o seu parágrafo único regulamenta, em síntese, o ajuizamento da reclamação: “A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível”.

Em linhas gerais e de modo resumido os doutrinadores Miranda e Pizzol explicam a ferramenta jurídica por ora estudada:

A reclamação tem por finalidade a preservação da competência e autoridade do STF e do STJ. São legitimados para a reclamação a parte interessada ou o MP (art. 13 da Lei nº 8.038/90 e arts. 102, I, L, e 105, I, b, da CF/88). Os arts. 13 a 18 da Lei nº 8.038/90 disciplinam a reclamação. Mas se o ato judicial já transitou em julgado, não cabe reclamação. Nesse passo, o STF, anote-se, verberou: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal” (Súmula 734 do STF).<sup>160</sup>

Conforme se vê no ensinamento acima transcrito, regulamentada nos artigos 13 a 18 na Lei 8.038/90, a reclamação é utilizada para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sendo prevista, originariamente, no texto Constitucional, no artigo 102, I, “I”, quando diz respeito à reclamação ajuizada perante o STF, bem como no artigo 105, I, “f” quando ajuíza-se o mecanismo estudado frente ao STJ.

Relevante ressaltar que não se pode confundir essa reclamação com aquela prevista na Lei de Organização Judiciária de alguns Estados, utilizada para impugnar-se atos judiciais que importem inversão da ordem legal do processo, bem como resultem de erro de ofício ou abuso de poder, instituto que, em alguns Estados, é denominada “correição parcial”.

Entretanto, mesmo sem confundir os institutos, é possível resolver-se o problema proposto, utilizando-se essa reclamação ou correição parcial para preservação da

---

<sup>160</sup> MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. **Recursos no Processo Civil**. 5ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 167.

competência de tribunal local, conforme entendimento do Tribunal de Justiça Paulista no sentido de que “A reclamação também é admissível para preservar a competência de tribunal estadual ou garantir a autoridade de suas decisões (TJ/SP – Pleno – Rel. 12.464-0/0 – Relator Des. Cunha Camargo – Julgamento em 19/06/1991; e, SEGUNDO TA/SP – Pleno – Rel. 373.727/0-01 – Julgamento em 21/12/1993)”.

Importante destacar também que o instituto em pauta, não obstante esteja atualmente prevista no texto constitucional e na legislação ordinária, foi ele gerado dentro da jurisprudência pátria, para que, posteriormente o legislador constitucional originário e ordinário constatasse a necessidade de regulamentar-se tal instituto. No tocante a isto, leciona Gilmar Mendes:

A reclamação para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões é fruto de criação jurisprudencial. Afirmava-se que ela decorreria da idéia dos *implied powers*<sup>161</sup> deferidos ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua construção inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos.<sup>162</sup>

Extrai-se da citada lição que, a partir dos poderes implícitos que continha, a Corte Suprema adotou o entendimento no sentido de criar-se um remédio com a finalidade de solucionar os problemas que surgiam face às decisões do mencionado Tribunal quando não se dava efetivo cumprimento as mesmas.

Questionamento também surge quando procura-se definir a natureza jurídica da reclamação. Contudo, Mendes traz explicação elucidativa a respeito: “No tocante à natureza jurídica, a posição dominante parece ser aquela que atribui à reclamação natureza de ação propriamente dita, a despeito de outras vezes autorizadas da doutrina identificarem

---

<sup>161</sup> Poderes implícitos.

<sup>162</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1469.

natureza diversa para o instituto, como já deferido, seja como remédio processual, incidente processual ou recurso”.<sup>163</sup>

Como se observa trata-se a reclamação de ação autônoma, devendo-se, desta forma, preencher os requisitos desta. Isto por que, “tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser resolvida, decorrente de um conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou no desrespeito das decisões do Tribunal (...)”.<sup>164</sup>

Com relação ao objeto do presente instituto, Gilmar Mendes destaca: “Tal como observado, a reclamação destina-se (a) a preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou (b) a garantir a autoridade de suas decisões”.<sup>165</sup>

Vale enfatizar também que, não somente presta-se a garantir a autoridade das decisões da Corte Suprema, mas também em atacar atos do poder público em geral que não observem súmula vinculante editada por tal Tribunal, conforme explica o já mencionado doutrinador: “Trata-se de expressiva novidade que trouxe a Reforma do Judiciário quanto à reclamação, para garantir a autoridade de decisão do Supremo Tribunal, expressa em súmula”.<sup>166</sup> O mesmo professor ainda complementa: “O modelo constitucional adotado consagra, portanto, a admissibilidade de reclamação contra ato da Administração ou contra ato judicial em desconformidade com súmula dotada de efeito vinculante”.<sup>167</sup>

Ainda quanto à reclamação não se pode esquecer-se da disposição contida na súmula 734 do Supremo Tribunal Federal que diz: “Não cabe reclamação quando já houver

---

<sup>163</sup> Ibidem, p. 1471.

<sup>164</sup> Ibidem, p. 1472.

<sup>165</sup> Idem.

<sup>166</sup> Idem.

<sup>167</sup> Idem.

transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”. Conforme se vê, a decisão transitada em julgado está protegida pela própria Corte Suprema contra a reclamação, isto principalmente, em homenagem à segurança jurídica.

Expostas as considerações gerais com relação à reclamação, tratar-se-á a respeito de seu procedimento, porém, de maneira sintética. Conforme já exposto, a regulamentação da reclamação é trazida pela lei 8.038/90 em seus artigos 13 a 18.

A ação em questão é conduzida ao Presidente do STJ ou STF, acostando-lhe documentação que servirá como prova, sendo lavrada e distribuída ao relator da causa principal na medida do possível, podendo “ser proposta pelo Procurador-Geral da República ou por qualquer interessado”,<sup>168</sup> explica Mendes, e acaso não seja ajuizada por aquele, conceber-se-á vista ao representante maior do Ministério Público para que se manifeste a respeito.

Esclarece ainda o já citado doutrinador que “a autoridade reclamada deverá prestar informações no prazo de cinco dias”,<sup>169</sup> nos termos do artigo 157 do Regimento Interno do STF, e o seu artigo 158 também ao relator da reclamação em suspender-se o curso do feito reclamado.

Por fim, nos termos do artigo 161 do RISTF, julgando-se procedente a reclamação abre-se possibilidade de três diferentes providências: avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência; ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto; ou, cassar a decisão exorbitante de seu julgado ou determinar medida adequada à observação de sua jurisdição.

---

<sup>168</sup> Ibidem, p. 1481.

<sup>169</sup> Idem.

É de se observar também a disposição do artigo 17 da lei 8.038/90 o qual diz que “Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência”, bem como o artigo 18 da lei: “O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente”.

Pelo exposto, pode-se constatar que é a reclamação importante ferramenta dentro do sistema jurídico pátrio, sendo utilizada para resguardar a competência do Tribunal Superior e da Corte Suprema, bem como, mas principalmente, como forma de garantir a autoridade das decisões de tais tribunais

Deste modo, de maneira indireta, pode a reclamação ser considerada como um mecanismo de controle de constitucionalidade, haja vista que manejada com a finalidade de proteção as decisões do STF, destacando-se aqui a qualidade deste de guardião da Constituição Federal.

## **6. DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO**

Com a finalidade principal de dinamizar o poder judiciário brasileiro e o deixá-lo com maior uniformidade perante o vasto território nacional, propusera-se a reforma do judiciário que, após inúmeras discussões e longo tempo para efetivação, surgiu com a edição da Emenda Constitucional n.º 45, a qual foi promulgada em 08 de dezembro de 2004.

Com a elaboração da mencionada Emenda Constitucional, inúmeras alterações ocorreram no poder judiciário pátrio, como por exemplo: a criação do Conselho Nacional de

Justiça; a atribuição de caráter de norma constitucional às convenções e tratados internacionais a respeito de direitos humanos, desde que aprovados por quórum qualificado de emenda constitucional; dentre outras importantes mudanças no cenário jurídico.

Contudo, não obstante a relevância das citadas alterações, três chamaram bastante a atenção dos juristas brasileiros, sendo elas:

I – a criação do requisito da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para o conhecimento do recurso extraordinário, então prevista no artigo 102, §3º da Constituição Federal;

II – a criação da súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal, depois de reiteradas decisões a respeito da mesma matéria constitucional, a qual possuirá efeito imperioso, conforme termos do artigo 103-A da Carta Constitucional;

III – também a possibilidade de concessão de efeito *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso pelo STF, criando assim uma nova leitura do artigo 52, inciso X, da Constituição.

Isso porque a Emenda Constitucional n.º 45/2004 autorizou o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão de dois terços de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional em controle difuso, aprovar súmula que terá efeito vinculante, nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal. Deste modo, confere-se, por meio da súmula, efeito *erga omnes* às decisões proferidas originariamente em controle realizado no caso concreto.

Observa-se, então, que o ingresso de um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, o seja, a repercussão geral da questão constitucional, se reserva a impedir que a Corte Suprema Brasileira venha a ser banalizada, no sentido de que acabe por se tornar mera instância recursal. Procura-se assim, que o Supremo Tribunal Federal, como

guardião da Constituição, se dedique à discussão de questões constitucionais, que ultrapassem o simples interesse subjetivo das partes, aproximando-se, pois, do entendimento de uma efetiva Corte Constitucional.

Esse desafogar do STF de processos de cunho meramente particular é defendido de maneira veemente entre a classe jurídica, conforme relata o jurista Marcus Vinícius Lopes Montez:

Na atual evolução da Jurisdição Constitucional Brasileira, uma coisa é unanimidade entre os juristas especializados no assunto: a impossibilidade do STF acumular funções de Tribunal Constitucional e julgar causa de natureza meramente privada em grau recursal. Tal conjuntura demanda o julgamento de mais de 120 mil processos/ano, prejudicando de sobremaneira a sua função institucional de guardião da constituição.<sup>170</sup>

Neste mesmo sentido, o professor Deivid Sarmiento Vaz menciona que:

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.<sup>171</sup>

Quanto a este fato, o jurista Luís Gustavo Gonçalves Pinho faz importante crítica no sentido de combater a idéia onde se considera o Tribunal Constitucional com mais uma simples instância de interposição de recurso:

Todas as decisões proferidas pelo STF deveriam ter a mesma amplitude e o mesmo valor, pois, como Corte Constitucional, o STF deveria se ocupar apenas de questões relevantes e de grande importância para o país. Todavia, a democratização

---

<sup>170</sup> MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. **A abstrativização do controle difuso**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1627, 15 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10711>>. Acesso em: 26 out. 2010.

<sup>171</sup> VAZ, Deivid Sarmiento. **A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e o papel do Senado Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2051, 11 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12318>>. Acesso em: 26 out. 2010.

excessiva do recurso extraordinário acabou desvirtuando o sistema de forma que o STF acabou sendo visto como um mero tribunal de terceira ou quarta instância.<sup>172</sup>

Foi principalmente por isto que criou-se a necessidade de comprovação da repercussão geral na interposição do recurso extraordinário nos termos do artigo 102, § 3º do CF/88, que diz: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Assim, imprescindível para a interposição do recurso em questão é a comprovação de que a(s) matéria(s) aventada(s) em suas razões seja(m) de interesse de toda, ou ao menos de parcela considerável, a população.

Com isto, como consequência desta tendência, surgiu-se a possibilidade da aproximação do controle difuso ao controle concentrado, sendo tal fenômeno denominado de “Abstrativização do Controle Difuso”.

Os defensores do citado entendimento sustentam uma generalidade das decisões tomadas pela Corte Suprema também em sede de controle incidental, onde seus efeitos não se restringem-se somente a afetar as partes daquele caso concreto, e sim chegando-se à amplitude do controle concentrado de constitucionalidade, no qual, as decisões do Tribunal são tomadas abstrativamente.

Nesta guisa, o recurso extraordinário, ferramenta destinada ao controle de constitucionalidade difuso, deve, segundo a inteligência da abstrativização e em determinados casos, deixar de ser utilizado como mais um grau de jurisdição às partes

---

<sup>172</sup> PINHO, Luís Gustavo Gonçalves. **A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2469, 5 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14629>>. Acesso em: 22 out. 2010.

dentro de uma demanda de cunho privado, mas sim, para concretização a jurisdição constitucional ao STF.

Assim, as decisões em sede de recurso extraordinário, quando realizadas e apreciadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, passariam a ter efeito *erga omnes*, bem como efeito vinculante, como acontece no controle concentrado de constitucionalidade. Com isto, seria desnecessária e, então, estaria dispensada a participação do Senado Federal na suspensão da execução do ato normativo que se declarou inconstitucional, cabendo à Casa de Leis a simples publicação da declaração de inconstitucionalidade da norma.

Frente a isto, se passou a sustentar uma transformação constitucional na leitura do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, ocorrendo uma nova interpretação de tal dispositivo constitucional.

Desta maneira, relevante a leitura da citada regra: “Compete privativamente ao Senado Federal: (...); X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Conforme observado, a priori cabe ao Senado Federal tomar as medidas necessárias a fim de suspender a execução, total ou parcial, de norma que, passada pelo crivo da Corte Suprema, foi declarada inconstitucional via controle incidental.

Nestes termos, a atribuição para interromper a vigência do ato normativo considerado inconstitucional, a princípio, é da referida casa legislativa. Pedro Lenza explica, de forma didática, tal providência:

Declarada inconstitucional a lei pelo STF, no controle difuso, desde que tal decisão seja definitiva e deliberada pela **maioria absoluta** do pleno do tribunal (art. 97 da CF/88), o art. 178 do Regimento Interno do STF (RISTF) estabelece que será feita a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como,

depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da CF/88.<sup>173</sup>

Contudo, inúmeras são as críticas a respeito de tal regramento, em que combate a sua aplicação literal sem qualquer questionamento, e sim, defendendo-se uma interpretação diversa da até então sustentada.

Neste sentido, de modo claro e coerente, Gilmar Mendes pondera o referido dispositivo constitucional lecionando o seguinte:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse intuito, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?<sup>174</sup>

O doutrinador responde sua pergunta no trecho acima da seguinte maneira:

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observa-se que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta.<sup>175</sup>

Conforme se observa, Mendes considera a regra do artigo 52, inciso X, da CF/88 inadequada, sustentando o entendimento de que, nestes casos, ou seja, de declarar-se inconstitucional um ato normativo na via incidental, não pode o STF ser reduzido à simples

---

<sup>173</sup> LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 158.

<sup>174</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 1469.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 1245.

órgão de orientação para o Senado Federal, entendendo-se, desde modo, que deve ser assegurada eficácia geral e efeito vinculante às decisões do citado Tribunal por si só, não havendo necessidade da anuência do Senado.

Desta forma, considerando a teoria da abstrativização do controle difuso, não seria imprescindível a participação do Senado Federal na suspensão da lei julgada inconstitucional, sendo tal providência tomada de pronto pelo próprio Supremo Tribunal Federal como consequência do julgamento do Recurso Extraordinário, quando se atribuiria efeito *erga omnes* e vinculante a sua decisão.

Argumenta-se que, não obstante a regra do artigo 52, inciso X, merece o STF a possibilidade em conferir tais efeitos às decisões em sede de controle difuso, já que, primeiramente, assim já faz quando declara-se inconstitucional de norma via controle de constitucionalidade concentrado.

Não somente isto, não poderia o Tribunal Supremo estar à mercê de atos e medidas tomadas pelo Senado Federal para ver efetivamente válida e eficaz a decisão que tome em grau de recurso extraordinário julgando-se, incidentalmente, uma norma como inconstitucional.

Nesta guisa, observa-se que há nítida intenção de valorização do controle de constitucionalidade exercido de maneira abstrata, mas, principalmente dos efeitos que surtem (*erga omnes* e vinculante) oriundos de sua decisão, havendo, por consequência disto, uma isonomia entre as decisões tomadas via controle de concentrado para com as decisões oriundos do controle concreto.

Defende-se que nesse tipo de controle (difuso) os efeitos da decisão não podem mais somente valer-se para as partes que litigaram em juízo, extrapolando assim os limites

estabelecidos na própria lide. Além disso, a decisão terá efeito retroativo, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito.

Assim, os efeitos da decisão no controle de constitucionalidade concreto poderão atingir terceiros estranhos à lide, desde que o Senado Federal suspenda a execução, no todo ou em parte da lei levada a controle incidental. Nesse caso a suspensão atingirá a todos a partir do momento em que a resolução for publicada na Imprensa Oficial, conforme estabelecido no artigo 52, inciso X da CF/88.

Todavia, a abstrativização do controle difuso prega a aproximação dos efeitos da decisão que aprecia a inconstitucionalidade tanto no controle difuso, quanto no abstrato. Isso porque se o Supremo, apreciando, como exemplo, um recurso extraordinário, afetar matéria ao plenário da casa, este último irá emitir decisão sobre lei ou ato normativo em tese, desvinculando do próprio caso concreto, tal como faz nas hipóteses de controle abstrato.

Esse fenômeno nada mais é que a ampliação dos efeitos das decisões do controle difuso, ou seja, passam a valer além das partes envolvidas no processo em questão. Essa tendência vem sendo observada na Jurisprudência do STF, e é respaldada pelos princípios da supremacia da constituição, da força normativa da CF e sua aplicação uniforme a todos.

Embora não existe previsão constitucional ou legal de efeito vinculante nas decisões de mérito proferidas em sede de controle concreto pelo STF e que, portanto, os efeitos da decisão apenas vinculam as partes do processo, esse entendimento vem sendo modificado pelo Supremo Tribunal, dada a teoria da abstrativização do controle difuso, haja vista as transformações sofridas pelo Recurso Extraordinário, principalmente, pela necessidade de demonstrar-se a repercussão geral na interposição de tal ferramenta recursal.

Observa-se que o Supremo Tribunal vem aplicando decisões tomadas em caráter incidental a novas ações, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso passa a ter eficácia *erga omnes*, assim como a decisão do controle concentrado. Contudo, essa ampliação do efeito muitas vezes ocorre sem que haja participação do Senado Federal, ou seja, contrário ao indicado no artigo 52, inciso X da CF/88.

Com a nova interpretação do artigo 52, X, da CF, caberia ao Senado Federal a simples função de publicar a decisão, já que seus efeitos de qualquer modo estariam ampliados, independentemente da vontade da Casa Legislativa.

Já citado anteriormente neste trabalho, o jurista Deivid Sarmento Vaz, não obstante seja resistente a idéia da aproximação do controle difuso ao concentrado, reconhece que tal fenômeno ganha espaço no cenário jurídico brasileiro:

Somos forçados a reconhecer que a teoria moderna ou construtivista vem tomando força, a cada dia, entre os constitucionalistas, bem como entre os componentes da Suprema Corte. Ela é uma realidade, não mera utopia. A tese aguerridamente sustentada pelo atual Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, mostra-se sedutora e até mesmo louvável. Não é, contudo, uma unanimidade.<sup>176</sup>

Já o professor Marcus Vinícius Lopes Montez adere à teoria da aproximação do controle difuso ao concentrado, enfatizando ainda a importância da criação do instituto da súmula vinculante:

O argumento da desnecessidade de se chegar a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, dispensando-se, portanto, a abstrativização do controle difuso, na medida em que o Poder Constituinte Derivado disponibilizou o instrumento da Súmula Vinculante é sedutor, posto que ambos os institutos

---

<sup>176</sup> VAZ, Deivid Sarmento. **A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e o papel do Senado Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2051, 11 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12318>>. Acesso em: 26 out. 2010.

(abstrativização do controle difuso e Súmula Vinculante) geram os mesmos efeitos – *erga omnes* e vinculante.<sup>177</sup>

O citado jurista complementa seu entendimento sustentando que é inegável o benefício da adoção da abstrativização do controle difuso, tendo em vista a possibilidade de diminuição na interposição de recursos e ações ao STF:

Sem embargo, portanto, das críticas dirigidas a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, vemos na adoção da abstrativização do controle difuso o caminho para uma melhor prestação da jurisdição constitucional, na medida em que diminuirá, certamente, a interposição de inúmeros recursos/ações autônomas de impugnação objetivando reformar decisões dos tribunais/juízes, tendo em vista que a matéria já foi pacificada pelo plenário.<sup>178</sup>

No mesmo sentido, ou seja, na defesa da teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade incidental, Luís Gustavo G. Pinho afirma: “Com essas novas tendências sobre o controle concreto e sua abstrativização, o recurso extraordinário aproxima-se das ações diretas de modo que os motivos determinantes do julgamento (...) devem superar o caso concreto que levou incidentalmente a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal”.<sup>179</sup>

O mencionado professor conclui seu raciocínio da seguinte forma:

Diante de todo o exposto percebemos que os efeitos da declaração de (in)constitucionalidade proferida em sede de controle difuso transcenderão os limites da lide originária independentemente de edição de resolução suspensiva da lei pelo Senado Federal, implicando assim na mutação constitucional em relação ao artigo 52 inciso X da Constituição federal de 1988.<sup>180</sup>

---

<sup>177</sup> MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. **A abstrativização do controle difuso**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1627, 15 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10711>>. Acesso em: 26 out. 2010.

<sup>178</sup> Idem.

<sup>179</sup> PINHO, Luís Gustavo Gonçalves. **A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2469, 5 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14629>>. Acesso em: 22 out. 2010.

<sup>180</sup> Idem.

Pelo exposto, observa-se que o fenômeno em questão é consequência da aplicação dos princípios tão almejados pela emenda constitucional n.º 45/04, em especial no que diz respeito à economia e celeridade processual, mas também, uma maior uniformidade nos entendimentos firmados no poder judiciário.

Nesta guisa, a Corte Suprema emprega as decisões tomadas anteriormente via controle de constitucionalidade incidental para outros casos. Isso significa que a nova interpretação do STF acaba por gerar uma aproximação dos dois meios de controle (difuso e concentrado), já que os efeitos acabam valendo para todos. Além disso, fica minimizada a função do Senado Federal, deixando de possuir papel imprescindível na suspensão ou não da norma declarada inconstitucional.

Deste modo, embora o controle difuso, concreto ou aberto caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal, a abstrativização do controle difuso ocorreria somente em sede de recurso extraordinário perante a Corte Suprema, cabendo a esta a fixação de efeitos *erga omnes* e vinculante as suas decisões onde se julgou pela inconstitucionalidade da norma reguladora do caso concreto.

Isto tudo caracteriza como um reflexo da evolução jurídica, e uma inovação na interpretação da regra constitucional, ou seja, novo modo de mutação constitucional, já que a letra do dispositivo não foi modificada, mas sim, o que se alterou foi somente a maneira de interpretá-la, bem como aplicá-la.

Conforme se vê, tal fato é somente uma exigência do próprio direito, este pertencente a uma sociedade em processo de constante mudança.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Feitas todas as considerações e ponderações de maior proeminência e relevância, além do que foi mais considerado interessante e atraente aos olhos dos estudiosos de direito constitucional, no que diz respeito, especificamente, ao controle de constitucionalidade, sendo tudo devidamente fundamentado e comprovado, passa-se às anotações finais da presente monografia.

Foi visto, no decorrer deste trabalho, que é de se verificar a grande importância e necessidade de se efetuar um estudo aprofundado a respeito do controle de constitucionalidade, principalmente, no que diz respeito à possibilidade da aproximação do controle difuso ao controle concentrado de constitucionalidade, então denominada “abstrativização do controle difuso”.

Tratando-se de uma Constituição bastante extensa e prolixa, como é a Constituição Federal de 1988, já que aborda inúmeras matérias e assuntos, e levando em conta também o princípio da supremacia constitucional, inteligente e astuto foi o legislador constituinte originário de 1988 em estabelecer um sistema de controle de constitucionalidade munido de várias ferramentas e/ou meios para o combate e repelência das leis ou atos normativos que afrontassem ou não estivessem de acordo com a Carta Magna.

Assim, estabeleceu-se, como visto no presente trabalho monográfico, o sistema difuso de controle de constitucionalidade, em suas mais variadas maneiras de ocorrer frente a qualquer juízo ou tribunal de forma incidental, bem como o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, instruídos com seus mecanismos como estudados (Ação direta de inconstitucionalidade genérica, Ação direta de inconstitucionalidade por omissão,

Ação direta de inconstitucionalidade interventiva, Ação declaratória de constitucionalidade e Arguição de descumprimento de preceito fundamental).

Importantíssima a previsão do controle de constitucionalidade difuso, ou incidental, haja vista a possibilidade de o juízo ou tribunal local, no caso concreto, considerar inconstitucional norma que regulamente aquela relação jurídica, pois é meio mais rápido para constatar a invalidade constitucional da lei, já que, até que chegue ao Supremo Tribunal Federal tal questão, o ato normativo estará produzindo efeitos e conseqüências incertas, por vezes injustas, não desejadas pelas partes da demanda, bem como, nem esperado pelo legislador.

É de se destacar também o controle de constitucionalidade concentrado que, por meio de suas variadas ferramentas (ADINs, ADECON e ADPF), leva ao Supremo Tribunal, de forma direta e, por vezes ágil, o questionamento quanto à constitucionalidade das leis ou atos normativos.

Conforme foi mencionado o tema controle de constitucionalidade, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, pode ser classificado como sendo de maior importância dentro do direito constitucional, pois é por meio de seus mecanismos que garante à Lei Maior sua supremacia frente às demais normas, combatendo as leis e atos normativos que não estejam de acordo com a mesma.

Ganha ainda mais relevância o controle de constitucionalidade haja vista a atuação e posicionamento de alguns legisladores infraconstitucionais, que não demonstram, por inúmeras vezes, aptidão e laboração para o atuar legislativo, bem como, por vezes, não explanarem comprometimento com a função acentuada e indubitável que exercem, criando um considerável número de leis deformadas, bem como em desacordo com a Constituição.

Já o estudo do tema em destaque, abstrativização do controle difuso, justifica-se ao ponto de que ocorre crescente movimentação doutrinária, bem como jurisprudencial, que se reflete na recente adoção pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo que de forma incipiente, da abstrativização do recurso extraordinário, contestando doutrina e jurisprudência mais clássicas e conservadoras.

Ponderando algumas considerações sobre a abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, possibilitando, ou não, a aplicação de efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões emitidas em sede de controle incidental, constata-se que a doutrina e jurisprudência mais atual pregam a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e, em especial, a abstrativização do recurso extraordinário, haja vista as vantagens de tal aplicação, já que não haveria necessidade da anuência do Senado Federal para se ver, efetivamente, válida a decisão do Supremo em sede de Controle difuso de Constitucionalidade.

Todavia, há certa resistência por parte dos estudiosos do direito constitucional em acatar essa possível alteração paradigmática da Corte Suprema, encontrando-se, porém, o tema ainda em processo dialético de ponderação de sua admissibilidade, considerando vantagens e desvantagens.

Contudo, não obstante esta oposição, em análise disto tudo, aparenta-se vantajoso o entendimento pela abstrativização do controle difuso, manifestando-se, basicamente, em dois níveis: I) plano legislativo, caracterizado pelos institutos como a súmula vinculante e a repercussão geral, os quais conferem a função de ampliar a repercussão do controle concreto para além do campo jurídico das partes envolvidas; II) plano jurisprudencial, no intuito de uma mutação constitucional, segundo a qual é dispensada resolução do Senado Federal a fim de atribuir efeito suspensivo à lei declarada inconstitucional pelo Supremo

Tribunal Federal no controle incidental de constitucionalidade, já que as razões dessa decisão adotam eficácia transcendente.

Nessa visão do Estado Constitucional Brasileiro estabelecida pela Constituição de 1988, ostenta o Supremo Tribunal Federal função ainda mais essencial a própria organização político-social, tendo em vista que a ele foi confiado à função precípua de guardião da Constituição, na literal disposição do artigo 102, caput, do Texto Maior, sendo, de enorme relevância por isto, lhe conferir a possibilidade de atribuir efeito erga *omnes* e vinculante à suas decisões em controle incidental, para que tenham uma efetiva validade, não ficando a mercê da atuação do Senado Federal para tal finalidade.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Junior. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. revist. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3ª ed. revist. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. revis. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almeida.

COSTA, Wagner Veneziani; AQUAROLI, Marcelo. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Madras Editora, 2006.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. revis., atual. e ampli. São Paulo: Método, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10ª ed. revist., atual. e ampli. São Paulo: Método, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. **A abstrativização do controle difuso**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1627, 15 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10711>>. Acesso em: 26 out. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

PINHO, Luís Gustavo Gonçalves. **A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2469, 5 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14629>>. Acesso em: 22 out. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. revis. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 19ª ed. revis. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

VAZ, Deivid Sarmiento. **A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e o papel do Senado Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2051, 11 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>