

Universidade de Ribeirão Preto
Faculdade de Direito
Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania

CARLOS EDUARDO MONTES NETTO

IMPOSSIBILIDADE DA ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DO
CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FORMA
DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS

RIBEIRÃO PRETO

2019

Carlos Eduardo Montes Netto

IMPOSSIBILIDADE DA ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DO
CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FORMA
DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS

Monografia apresentada à Universidade de
Ribeirão Preto - UNAERP, Campus Ribeirão
Preto, como requisito parcial para a obtenção do
título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna
Alves Ferreira

Ribeirão Preto

2019

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto –

Montes Netto, Carlos Eduardo, 1980-

M779i Impossibilidade da abstrativização dos efeitos do controle
incidental de constitucionalidade como forma de proteção dos direitos
coletivos / Carlos Eduardo Montes Netto. - - Ribeirão Preto, 2019.
162 f.

Orientador: Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direitos coletivos e Cidadania. Ribeirão Preto, 2019.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Jurisprudência do Supremo
Tribunal Federal. 3. Políticas públicas habitacionais. I. Título.

CDD 340

CARLOS EDUARDO MONTES NETTO

**IMPOSSIBILIDADE DA ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTROLE
INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FORMA DE PROTEÇÃO
DOS DIREITOS COLETIVOS.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

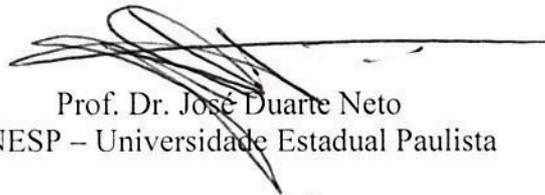
Data da defesa: 21 de novembro de 2019

Resultado: Aprovado

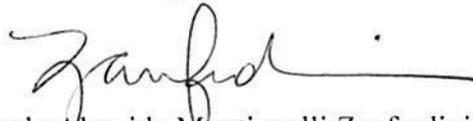
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira
Presidente/UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. José Duarte Neto
UNESP – Universidade Estadual Paulista



Prof. Dra. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO
2019

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por tudo que a sua bondade imerecida me proporciona.

Agradeço a todos os professores do curso de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania, da Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP, que foram fundamentais para a conclusão desta dissertação de mestrado, especialmente ao Professor Lucas de Souza Lehfeld, pelo auxílio na parte metodológica.

Reservo especial agradecimento ao meu orientador, Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, grande referência do Direito Constitucional brasileiro, pela disponibilidade, paciência, companheirismo e comprometimento, que contribuíram decisivamente para o meu crescimento pessoal e profissional.

O meu muito obrigado à Dra. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, exemplo na magistratura paulista e na minha recém-iniciada vida acadêmica e ao Dr. José Duarte Neto, que contribuiu para o aprimoramento da dissertação.

Agradeço ainda à Isabella Mattos, minha namorada e grande incentivadora, à minha família, que sempre esteve ao meu lado, aos inestimáveis amigos Jonathas Celino Paiola, Thais Fernanda Batista Cardoso Paiola e Thiago Stuque Freitas, que foram decisivos para a conclusão do curso, e à equipe da 2ª Vara Cível da Comarca de Jaboticabal, em especial a Mateus de Abranches Zaninetti, Ana Cecília Batista Noveli Trevizoli, Rodrigo Daltoe de Oliveira e Letícia Moura Berchieli.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem a finalidade de analisar a aproximação entre controle incidental e o controle concentrado de constitucionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir da nova leitura que se tem conferido à regra do art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que sugere uma alteração da Constituição, sem modificação expressa do texto – denominada de mutação constitucional, surgindo a necessidade de se estabelecer quais seriam as implicações político-jurisdicionais da adoção da abstrativização dos efeitos do controle incidental de constitucionalidade no ordenamento pátrio, se houve, de fato, uma autêntica mutação constitucional no tocante à compreensão do art. 52, inciso X, da Constituição Federal e quais são os principais argumentos que justificam e que refutam esse novo posicionamento. Visando alcançar esse propósito, mister a compreensão dos conceitos e aspectos inerentes aos modelos de controle de constitucionalidade, a identificação das suas origens históricas, dos fundamentos dessas espécies de controles, dos principais argumentos a justificar esse novo posicionamento. Feito todo este panorama, sem perder de vista os ensinamentos da doutrina e a observação da prática jurisprudencial, pretende-se apontar, por meio das correntes doutrinárias e jurisprudenciais que abordam o tema, quais as implicações dessa nova interpretação constitucional, considerando que as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade constituem um procedimento especial de tutela coletiva, possuindo eficácia direta e indireta sobre direitos subjetivos. Por meio de um método dedutivo de pesquisa, pretendeu-se elaborar um estudo que contemplasse a apreciação doutrinária e jurisprudencial que versaram sobre o papel a ser desempenhado pelo Senado Federal, abordando os principais argumentos que justificam e que refutam esse novo posicionamento, com a conclusão de que a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal na declaração incidental de inconstitucionalidade não pode prevalecer contra norma constitucional expressa.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Abstrativização do controle incidental de constitucionalidade. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The aim of this work is to analyze the approach of incidental constitutional review and constitutional control in the Supreme Court case law based on a revisited reading of the article 52, X, of the Federal Constitution which suggests a constitutional amendment proposal, with no text modification – known as constitutional change – and the need to establish what would be the political-jurisdictional implications of adopting the constitutional review model in the homeland legal system. In this paper we analyze, also, if there was, in fact, an authentic constitutional mutation regarding the understanding of article 52, X, of the Federal Constitution and what are the main arguments that justify and refute this new position. In order to achieve this goal, it is necessary to comprehend the inherent concepts and aspects of constitutional review models, their historical origin and the main arguments that justify this review. We will analyze, in this context, case law data bases and legal doctrine to understand what are the implications of this new constitutional interpretation by considering constitutional review as a class action procedural and its efficiency dealing written legal rights. Using deductive methods, we intend to research the role of Federal Senate, addressing the main arguments that justify and refute this new understanding. We concluded that the constitutional change of article 52, X, of the Federal Constitution in the incidental judicial review cannot prevail against the express constitutional provision.

Keywords: Constitutional review. Abstraction in judicial control. Supreme Court case law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
1.1 CONCEITO.....	14
1.1.1 Origem histórica.....	16
1.1.2 Direito americano.....	17
1.1.3 Direito austríaco.....	19
1.2 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADES.....	21
1.2.1 Inconstitucionalidade por ação e por omissão.....	21
1.2.2 Inconstitucionalidade material e formal.....	22
1.2.3 Inconstitucionalidade total e parcial.....	23
1.2.3.1 Declaração parcial de nulidade sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição.....	24
1.2.4 Inconstitucionalidade direta e indireta.....	25
1.2.5 Inconstitucionalidade originária e superveniente.....	26
1.2.6 Inconstitucionalidade circunstancial.....	27
1.2.7 Inconstitucionalidade "chapada", "enlouquecida" ou "desvairada".....	27
1.3 SISTEMAS DE CONTROLE.....	28
1.3.1 Controle difuso.....	28
1.3.2 Controle concentrado de constitucionalidade.....	28
1.4 MOMENTO DO CONTROLE.....	29
1.4.1 Controle prévio ou preventivo.....	29
1.4.1.1 Controle prévio ou preventivo de constitucionalidade realizado pelo Legislativo.....	29
1.4.1.2 Controle prévio ou preventivo de constitucionalidade realizado pelo Executivo.....	30
1.4.1.3 Controle prévio ou preventivo de constitucionalidade realizado pelo Judiciário.....	31
1.4.2 Controle posterior ou repressivo.....	34
1.4.2.1 Controle político.....	34
1.4.2.2 Controle jurisdicional.....	35
1.4.2.3 Controle híbrido, misto ou combinado.....	36
1.4.2.4 Controle posterior ou repressivo pelo Legislativo.....	37
1.4.2.5 Controle posterior ou repressivo pelo Executivo.....	37
2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	39
2.1 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	39

2.1.1	A Constituição de 1824.....	39
2.1.2	A Constituição de 1891.....	40
2.1.3	A Constituição de 1934.....	40
2.1.4	A Constituição de 1937.....	41
2.1.5	A Constituição de 1946 e a Emenda Constitucional 16/65.....	41
2.1.6	A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 1/69.....	42
2.2	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO.....	42
2.2.1	Ação direta de inconstitucionalidade.....	43
2.2.1.1	Legitimação ativa.....	44
2.2.1.2	Objeto.....	45
2.2.1.3	Parâmetro de controle.....	45
2.2.1.4	Causa de pedir aberta.....	46
2.2.1.5	Petição inicial.....	47
2.2.1.6	Imprescritibilidade.....	48
2.2.1.7	Impossibilidade de desistência.....	49
2.2.1.8	Pedido de informações.....	49
2.2.1.9	Suspeição e impedimento de Ministro.....	50
2.2.1.10	Impossibilidade de intervenção de terceiros.....	51
2.2.2	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	52
2.2.2.1	Legitimação ativa.....	53
2.2.2.2	Legitimação passiva.....	54
2.2.2.3	Objeto.....	54
2.2.2.4	Procedimento.....	55
2.2.2.5	Concessão de medida liminar.....	57
2.2.2.6	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão <i>versus</i> mandado de injunção.....	58
2.2.3	Ação declaratória de constitucionalidade.....	60
2.2.3.1	Aspectos comuns à ação direta de inconstitucionalidade.....	61
2.2.3.2	Objeto.....	62
2.2.3.3	Relevante controvérsia judicial.....	62
2.2.3.4	Pedido de informações aos órgãos elaboradores da norma.....	63
2.2.3.5	Medida cautelar.....	63
2.2.3.6	Ausência de atuação do Advogado-Geral da União.....	63
2.2.4	Arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	64
2.2.4.1	A arguição autônoma e a arguição incidental.....	64

2.2.4.2 Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental e conteúdo do pedido.....	65
2.2.4.3 Parâmetro.....	66
2.2.4.4 Objeto.....	67
2.2.4.5 Subsidiariedade da ação de descumprimento de preceito fundamental.....	68
2.2.4.6 Legitimação e competência.....	69
2.2.4.7 Petição inicial e procedimento.....	70
2.2.4.8 Medida liminar.....	70
2.2.4.9 Decisão.....	71
2.2.4.10 Reclamação.....	72
3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE.....	73
3.1 LEGITIMAÇÃO ATIVA.....	74
3.2 COMPETÊNCIA.....	74
3.3 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS (RESERVA DE PLENÁRIO).....	75
3.4 PARÂMETRO DE CONTROLE.....	78
3.5 RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	79
3.6 JULGAMENTO E EFEITOS DA DECISÃO.....	81
3.7 SÚMULA VINCULANTE.....	83
3.7.1 Iniciativa.....	84
3.7.2 Atuação do Procurador-Geral da República.....	84
3.7.3 Manifestação de terceiros.....	84
3.7.4 Requisitos.....	84
3.7.5 Início da eficácia.....	85
3.7.6 Descumprimento.....	86
3.7.7 Súmulas anteriores à Emenda Constitucional 45/2004.....	86
3.8 ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL	87
3.8.1 Finalidade.....	88
3.8.2 Efeitos da resolução do Senado Federal.....	90
3.9 SÚMULA VINCULANTE COMO INSTRUMENTO DE ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTROLE INCIDENTAL.....	91
3.10 O ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	92
3.11 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.....	94

3.12	JURISPRUDÊNCIA.....	96
3.12.1	Reclamação 4.335.....	98
3.12.2	Ações diretas de inconstitucionalidade 3.406/RJ e 3.470/RJ.....	101
3.13	AVALIAÇÃO CRÍTICA DA POSIÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	104
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	112
	REFERÊNCIAS.....	115

INTRODUÇÃO

No Brasil, o modelo de controle de constitucionalidade é misto, uma vez que é composto pelo controle difuso – consagrado no direito norte-americano, a partir do julgamento do caso *Marbury vs Madison* em 1803, em que, a Suprema Corte, sob o comando de John Marshall, reconheceu a possibilidade de os órgãos ordinários do Poder Judiciário declararem a inconstitucionalidade de leis – cujo exercício é realizado pela via incidental, isto é, o reconhecimento da constitucionalidade ocorre a partir da análise de um caso concreto, como questão prejudicial ao mérito (*incidenter tantum*); e o controle concentrado – que se notabilizou na Áustria, influenciado pelo jurista Hans Kelsen, em 1920, em que o controle de constitucionalidade é conferido apenas a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional¹ – o qual é realizado pela via principal, ou seja, o pedido do autor é a própria declaração de constitucionalidade do ato normativo impugnado.

As decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade constituem um procedimento especial de tutela coletiva, possuindo a eficácia direta de defesa da ordem jurídica e indireta de autorizar ou desautorizar a aplicação de uma norma, afirmando ou não a subsistência dos direitos subjetivos², o que justifica a pertinência do trabalho à linha de pesquisa do presente programa.

A partir de um posicionamento por parte da doutrina e com fundamento em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal – como no julgamento do RE 197.917/SP³, relativo ao caso de redução do número de vereadores em Mira Estrela, ou no HC 82.959/SP⁴, referente à progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos – e até mesmo do Superior Tribunal de Justiça – no REsp 828.106/SP –, tem-se entendido que o controle de constitucionalidade, “Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais”⁵ e “Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do

¹ No Brasil, esse controle é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, no tocante à Constituição Federal, e pelos Tribunais de Justiça dos Estados, no que tange às Constituições Estaduais.

² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 249.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 197.917/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão HC 82.959/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp 828.106/SP. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª Turma, j. 02.05.2006.

sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado”.⁶ Nesse sentido, “é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição”.⁷

Verifica-se que há relevante divergência doutrinária e jurisprudencial, especialmente em vista das implicações resultantes dessa tendência de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal.

Posto isso, o presente trabalho analisará a nova interpretação conferida ao controle incidental de constitucionalidade, a qual estende os efeitos do controle abstrato ao controle incidental, notadamente em vista da aplicação da teoria da nulidade da lei inconstitucional, na medida em que a norma eivada de inconstitucionalidade é *ipso jure* nula, motivo pelo qual o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destina-se tão somente a conferir publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal. A essa nova interpretação denominou-se a abstrativização dos efeitos do controle incidental de constitucionalidade.

Por meio de um método dedutivo de pesquisa, buscou-se realizar um estudo que contemplasse a apreciação doutrinária e jurisprudencial que versou sobre o papel a ser desempenhado pelo Senado Federal, abordando os principais argumentos que justificam e que refutam esse novo posicionamento, com a finalidade de se estabelecer quais seriam as implicações político-jurisdicionais da adoção da abstrativização dos efeitos do controle incidental de constitucionalidade no ordenamento pátrio, se houve, de fato, uma autêntica mutação constitucional no tocante à compreensão do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Para melhor compreensão do tema, foram analisados conceitos e aspectos imprescindíveis dos modelos de controle de constitucionalidade, a identificação das suas origens históricas e os fundamentos dessas espécies de controles.

No primeiro capítulo foram abordados o conceito de controle de constitucionalidade, sua origem histórica, as espécies de inconstitucionalidades apontadas pela doutrina, os sistemas e o momento do controle de constitucionalidade.

O segundo capítulo tratou do histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, o controle de constitucionalidade concentrado, seus instrumentos, aspectos, procedimentos e efeitos.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp 828.106/SP. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª Turma, j. 02.05.2006.

⁷ Id.

Por fim, no último capítulo houve a análise do tema principal do presente estudo, a abstrativização dos efeitos do controle incidental de constitucionalidade, com a abordagem do recurso extraordinário e da súmula vinculante, da atuação do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade, diante do disposto no art. 52, X, da Constituição Federal, da teoria da transcendência dos motivos determinantes, da jurisprudência e uma avaliação crítica sobre a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao final, serão feitas algumas considerações dos pontos abordados neste estudo.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 CONCEITO

As Constituições⁸ escritas⁹ foram concebidas pelo Estado Moderno, consolidadas a partir da segunda metade do século XVIII, através da Revolução Francesa e independência dos Estados Unidos.¹⁰

No entanto, num passado não muito remoto, constatou-se a prática de diversas arbitrariedades, como a escravidão, morte do devedor inadimplente, ablação do nariz dos funcionários que exorbitavam na cobrança de impostos, o direito de pernada, dentre outras atrocidades.¹¹

Diante de várias violações a direitos, surgiu a necessidade da imposição de limites aos governantes¹² manifestada por um movimento denominado constitucionalismo.¹³⁻¹⁴

A partir desse movimento, materializou-se a relação entre organização estatal, contenção do poder e defesa dos direitos fundamentais, com o surgimento do Estado Constitucional ou Estado de Direito, disciplinado por normas jurídicas de um documento denominado de Constituição.¹⁵⁻¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸⁻¹⁹

⁸ O conceito de Constituição possui vários significados, dependendo das características do seu desenvolvimento histórico e das diversas perspectivas de análise (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 13. erg. Aufl., Heidelberg: C. F. Muller, 1995, p. 3).

⁹ “[...] a expressão constituições escritas – em contraposição às *constituições consuetudinárias* (ou históricas) – se podem indicar todas as ordenações estatais nas quais as *normas materialmente constitucionais* (ou, pelo menos, sua maior parte) são normas escritas.

Ora, se atualmente quase todas as *constituições* devem ser qualificadas como *escritas* (se bem que algumas em *sentido apenas instrumental e não formal*: n. 37) até as revoluções norte-americana e francesa quase todos os Estados apresentavam um *direito constitucional* prevalentemente *consuetudinário*, que se foi determinando, pouco a pouco, mediante sucessivos acontecimentos históricos (dos quais derivam, em intervalos, somente alguns textos normativos isolados).

Assim, por ex., a Inglaterra, que não foi atingida diretamente pelos movimentos revolucionários do século XVIII, tem conservado até hoje uma constituição, substancialmente, dessa natureza: na qual, junto a um grande número de normas consuetudinárias que caem dentro do “common law”, aparecem muito poucas contidas em claros textos escritos (se bem que estes últimos aumentaram nos anos mais recentes).” (RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito Constitucional: (Instituições de Direito Público)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Tradução de Maria Helena Diniz; revisão de Ricardo Olivo, p. 209).

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986, p. 57 e s.

¹¹ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 17.

¹² Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, conhecido pela teoria da separação dos poderes, observou que aquele que detém o poder tem a tendência de dele abusar, precisando de limites (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166-167).

¹³ FERREIRA, op. cit., p.18.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 51.

¹⁵ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

As constituições possuem uma supremacia de conteúdo em relação às leis, impondo a compatibilidade das demais normas que integram o ordenamento jurídico²⁰, estabelecendo órgãos encarregados de obstar a produção e manutenção de atos normativos em desacordo com elas.

De acordo com André Ramos Tavares, o controle de constitucionalidade busca estabelecer uma comparação entre dois elementos, possuindo como parâmetro a Constituição e como objeto a lei.²¹

Conforme bem assentado por Jorge Miranda, constitucionalidade e inconstitucionalidade representam a relação que se estabelece entre a Constituição e um comportamento que lhe está ou não em conformidade.²²

A Constituição é utilizada como parâmetro de controle, como ponto de referência que permite medir as normas infraconstitucionais que são objeto de controle.

O controle é feito com o fim de se preservar a integridade da Constituição contra eventuais questionamentos.

Tem por fundamento teórico a defesa do princípio da supremacia constitucional diante do reconhecimento da hierarquia normativa superior das normas constitucionais, objetivando garantir que os atos contrários à constituição não produzam os mesmos efeitos que normalmente produziriam.

¹⁶ A Constituição traz a estrutura, organização do Estado e os seus limites, esses últimos representados pelos direitos fundamentais (CASTANHATO, Camila. *O processo histórico do controle de constitucionalidade e as constituições do Brasil*. 2006. 205 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7404/1/Camila%20Castanhato.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019, p. 1).

¹⁷ Para Hans Kelsen, a palavra constituição assume dois sentidos: lógico jurídico e jurídico-positivo. O primeiro é a norma fundamental hipotética, que serve de fundamento lógico transcendental de validade da constituição jurídico-positiva (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado-editor Sucessor, 1962. Tradução de: João Batista Machado, p. 19 e ss.).

¹⁸ A norma fundamental (hipotética), que existe apenas como pressuposto lógico da validade das normas constitucionais positivas, consiste num mandamento da seguinte forma: conduza-se conforme ordenado pelo autor da primeira constituição (KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. 2. ed. México, D. F: Imprensa Universitária, 1958. Tradução de: Eduardo Garcia Máynez, p. 135).

¹⁹ “[...] la constitución se convirtió así em el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970. Tradução de: Alfredo Gallego Anabitarte, p. 149).

²⁰ No escólio de Eduardo Garcia de Enterría a Constituição é a pedra angular da construção do Estado (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madri, Civitas, 2001, p. 65).

²¹ DIMOULIS, Dimitri et al. *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 203-204.

²² MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 589-590.

1.1.1 Origem histórica

O controle de constitucionalidade é resultado de um processo iniciado há séculos.

No ensinamento de Dirley da Cunha Júnior, esse processo foi iniciado pela civilização ateniense.²³

O conceito de direito e de justiça da Idade Média pode ser considerado um precedente remoto do controle de constitucionalidade.²⁴

Naquele período, o direito natural era considerado norma superior, de origem divina, inspirando as demais normas, sob pena de nulidade, com a delegação do controle de constitucionalidade à figura divina.²⁵

Na Inglaterra da primeira metade do século XVII, antes da *Glorious Revolution* de 1688, predominou a doutrina de Sir Edward Coke, que defendia a superioridade da *Common Law*, mesmo em desfavor do Rei e do Parlamento. Para ele, a supremacia do *Common Law* era garantida pelos juízes, que exerciam autoridade de árbitro entre o Rei e a Nação. Dessa forma, os juízes deveriam controlar a legitimidade das leis votadas pelo Parlamento negando a aplicação àquelas contrárias à *Common Law*. Essa doutrina foi estendida para as colônias inglesas da América, onde foi acolhida pelos tribunais locais que, nela baseados, negavam aplicação às leis coloniais consideradas incompatíveis com as Cartas outorgadas pela Coroa de cada uma das Colônias.²⁶

Segundo Dirley da Cunha Júnior as ideias de Edward Coke foram abandonadas com a revolução de 1688, com a proclamação da doutrina da supremacia do Parlamento.²⁷

Luiz Guilherme Marinoni salienta que na Inglaterra, já no início do século XVII, há precedente dotado de fundamentação muito parecida com aquela que veio a ser utilizada, mais de um século depois, no caso *Marbury v. Madison*, que serviu de base para o desenvolvimento do judicial *review of legislation* estadunidense. Ainda, segundo o mesmo jurista, no final da primeira década do século XVII, a decisão proferida no caso *Bonham*, representou um germe do controle de constitucionalidade das leis, possibilitando a extração da noção de que o poder judicial, no *common law* primitivo, era exercido por uma lógica

²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 59.

²⁴ CASTANHATO, op. cit., p. 15-16.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6.

²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 60.

²⁷ *Ibid.*, p. 60-61.

semelhante à que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais.²⁸

1.1.2 Direito americano

O sistema americano de controle de constitucionalidade das leis costuma ser relacionado ao denominado controle difuso de constitucionalidade²⁹, sistema que permite o controle de constitucionalidade das leis por qualquer juiz ou tribunal, sem a necessidade de uma ação específica, sendo a verificação da constitucionalidade da norma realizada no próprio caso concreto submetido ao Judiciário.

A Constituição Federal dos Estados Unidos previa a criação de uma Suprema Corte, regulamentada pela lei federal *Judiciary Act*, de 24-9-1789. Os trabalhos da Corte foram iniciados em 1790, em Nova Iorque. Dentre as competências dessa Corte estabelecidas pela Constituição Federal não havia a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de leis e atos federais. No seu artigo 6º, II, havia disposição de que os juízes estaduais se submetiam à legislação federal, permitindo a dedução, por meio de uma interpretação extensiva, que eles deveriam afastar com base em vício de inconstitucionalidade, normas estaduais que contrariassem o direito federal.³⁰

De acordo com Elival da Silva Ramos:

[...] antes mesmo de a Suprema Corte firmar entendimento favorável ao controle, o que somente aconteceu em 1803, no célebre caso *'Marbury versus Madison'*, os Tribunais Federais de Apelação (Cortes de Circuito) já declaravam que um ato legislativo em contraste com uma norma constitucional deve ser apartado e rechaçado por incompatibilidade.³¹

Pontua Ronaldo Polletti que a Justiça do Estado de New Jersey já havia declarado nula um lei que contrariou a Constituição do Estado em 1780.³²

Em 1800, os federalistas perderam as eleições, vencidas pelos republicanos. Ao fim daquele ano, em vias de ser substituído por Thomas Jefferson, o então presidente John Adams, na tentativa de conservar uma parcela do seu poder político, no último dia do seu governo, assinou ato com a investidura de 42 novos juízes, todos federalistas. John Marshall,

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 874-876.

²⁹ Não se deve confundir controle incidental com controle difuso, considerando que existe a possibilidade de controle incidental no controle concentrado (FERREIRA, op. cit., p. 41-42).

³⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 57.

³¹ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 103.

³² POLLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 36.

secretário de Estado na época, havia sido indicado por Adams para a Presidência da Suprema Corte e prestado compromisso em 04 de fevereiro de 1801, permanecendo como secretário de Estado, a pedido do Presidente John Adams, até o término do seu mandato.³³

Não houve tempo para a entrega dos atos de investidura a todos os juízes de paz, entre eles William Marbury. James Madison, secretário de Estado que havia acabado de ser empossado pelo presidente Thomas Jefferson, negou-se a entregar os atos de investidura daqueles que não os receberam pela falta de tempo. Diante disso, Marbury, no fim de 1801, ajuizou ação originária perante a Suprema Corte americana, requerendo que Madison fosse obrigado a lhe entregar o ato de investidura.³⁴

O processo somente foi julgado em 1803, quando John Marshall, então presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmou que a retenção do título para a posse era indevida. Todavia, negou a ordem impetrada, haja vista que o *mandamus* foi utilizado com fundamento em uma lei ordinária que estendia a competência originária da Suprema Corte, violando frontalmente a Constituição Federal.³⁵⁻³⁶⁻³⁷

Conquanto o Poder Executivo não tenha sido compelido à entrega do diploma de posse a Marbury, a Suprema Corte afirmou o seu poder de declarar a inconstitucionalidade das leis, reconheceu a supremacia da Constituição Federal, além da preponderância da interpretação constitucional pelo Poder Judiciário. Esse modelo denominou-se *judicial review*.

³³ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Principles of constitutional law*. St. Paul: Thomson West, 2008, p. 1.

³⁴ *Ibid.*, p. 2.

³⁵ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A corte suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 21.

³⁶ Segundo Oswaldo Luiz Palu, a Suprema Corte evitou confrontar o Executivo e reconheceu a possibilidade de o Judiciário anular leis do Congresso (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 104).

³⁷ No mesmo sentido da nota anterior, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi assentaram que Marshall convenceu a Corte a adotar uma solução com duas vantagens políticas, ao indeferir o pedido com fundamentação constitucional, alegando falta de competência em razão da inconstitucionalidade da lei que lhe atribuía essa competência: “Primeiro, a Suprema Corte evitava o conflito com o governo federal, aceitando a decisão de não entregar o diploma de investidura a Marbury. Segundo, a Suprema Corte afirmava seu poder perante o Legislativo e o Executivo, formulando a doutrina do controle de constitucionalidade de leis federais. Dessa maneira, a Suprema Corte, sem entrar em conflito imediato com os outros poderes e sem sofrer uma derrota, criou uma poderosa “arma” para futuros conflitos com os demais poderes”. (op. cit., p. 61-62).

1.1.3 Direito austríaco

O modelo austríaco foi concebido sob influência da concepção kelseniana³⁸ de controle concentrado, caracterizando-se pela circunstância de somente poder ser realizado por um único órgão (ou por poucos, previamente determinados).³⁹

A Constituição Austríaca de 1920 outorgou ao Tribunal Constitucional poder para decidir sobre questões constitucionais arguidas pelo Governo Federal em face de leis federais ou pelos Governos Estaduais em face de leis estaduais, sem qualquer caso concreto em litígio. Possibilitou-se ao Tribunal Constitucional apreciar a questão constitucional como pressuposto de uma controvérsia pendente, desde que julgada na própria Corte Constitucional.

Segundo André Luiz Batista Neves:

Aquilo a que se pode chamar de modelo europeu continental de fiscalização somente ganhará contornos próprios em 1920, com o advento da Constituição austríaca, cujo grande artífice foi Hans Kelsen. Ao contrário do ocorrido na América do Norte, em que a criação do instituto atendeu a imperativos de ordem pragmática, as condições políticas da nascente República da Áustria possibilitaram transmutar em operacionais conceitos integrantes de um arcabouço teórico previamente construído de forma coerente.⁴⁰

Embora ainda prevaleça a visão de que o controle concentrado teve origem com a Constituição Federal austríaca de 1920, não é correta sob o ponto de vista histórico, pois o primeiro Tribunal Constitucional encarregado do controle concentrado foi criado pela Constituição da Checoslováquia, promulgada em fevereiro de 1920. Esse Tribunal foi idealizado por Franz Weyr, amigo de Hans Kelsen. No entanto, não teve atuação relevante na prática, tendo sido a sua criação ofuscada pelo Tribunal austríaco.⁴¹

A possibilidade de atuação do Tribunal Constitucional no controle concreto de normas referentes a processos pendentes em outros Tribunais ocorreu apenas com a reforma de 1929,

³⁸ No escólio de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi: “Após o fim da Primeira Guerra Mundial, no âmbito de uma mudança política radical, a Áustria adotou, em 1920, um modelo de fiscalização judicial da constitucionalidade diferente do estadunidense. Na preparação desse modelo, foi decisiva a participação de Hans Kelsen, que elaborou anteprojetos como conselheiro do Ministério da Justiça e, em seguida, como conselheiro da Assembleia Constituinte. Além disso, Kelsen escreveu importantes trabalhos doutrinários, analisando e defendendo o modelo austríaco. Tamanha foi a sua relevância que muitos autores denominam o modelo austríaco de “kelsiano” (op. cit., p. 71).

³⁹ “À luz das contribuições de Kelsen, a solução adotada pelos austríacos foi a instituição de uma Corte Constitucional encarregada exclusivamente da fiscalização das leis e de sua compatibilidade com o que dispõe a Constituição.” (BEBER, Augusto Carlos de Menezes; BUFFON, Marciano. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA: DA TEORIA DA NULIDADE DA NORMA AO PARADIGMA ORIENTADOR NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, v. 27, n. 3, p.108-126, 2018. Set/dez. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1129/pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019, p. 113).

⁴⁰ NEVES, André Luiz Batista. *Introdução ao controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 43.

⁴¹ DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 63-64.

que reconheceu, de maneira excepcional, a possibilidade de efeitos *ex tunc* para a decisão do Tribunal Constitucional referente a causas originárias do Tribunal Superior (Oberster Gerichtshof – representa a Corte ordinária mais elevada, equivalente ao STJ, no sistema brasileiro) e da Corte Administrativa (Verwaltungsgerichtshof).⁴²

A atuação da Corte de Justiça Constitucional austríaca teve início em 1921 e passou por uma profunda transformação com a reforma constitucional de 1929, que afastou os membros da Corte eleitos pelo Parlamento, inclusive Hans Kelsen. Posteriormente, foi dissolvida em 1933, após a instauração de uma ditadura pelo Executivo e novamente instituída em 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial.⁴³

Verifica-se a presença do controle concentrado de constitucionalidade na Alemanha e em outros países da Europa continental.

No Brasil, a doutrina tem reconhecido o surgimento do controle concentrado de constitucionalidade na Constituição Federal de 1934, relativamente à representação interventiva, por meio da qual o Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, *a a h*, da Carta Política, ajuizava a referida ação no Supremo Tribunal Federal para a declaração da constitucionalidade da lei interventiva, de iniciativa do Senado.⁴⁴

Referida representação foi mantida na Constituição de 1946, na qual foi ajuizada a primeira ação direta.⁴⁵

Imperioso destacar, ademais, que referida Constituição previa a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato declarados inconstitucionais pelo Judiciário (arts. 91, IV, e 96).

A Emenda n. 16/65 instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais proposta pelo Procurador-Geral da República. No entanto, a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal não tinha eficácia *erga omnes*.

A Constituição de 67 manteve o controle difuso e o controle concentrado, ampliando-se a representação interventiva, incluindo a execução de lei federal.

⁴² ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de. Controle de Constitucionalidade nos Sistemas Norte-Americano, Austríaco e Alemão: Análise Comparada e a Tendência de Convergência. *Direito Público*: publicação oficial vinculada ao Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, v. 7, n. 32, p. 182.

⁴³ HALLER, Herbert. *Die Prüfung von Gesetzen*. Wien: Springer, 1979, p. 61-67.

⁴⁴ CALMON, Pedro. *Intervenção federal*: o art. 12 da Constituição de 1934, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936, p. 109.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rp 93. Relator: Min. Annibal Freire, j. 16.07.1947.

1.2 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADES

1.2.1 Inconstitucionalidade por ação e por omissão

A inconstitucionalidade é originada da contradição entre condutas comissivas ou omissivas dos poderes públicos e os comandos constitucionais.

Na inconstitucionalidade por ação, existe a realização de uma conduta positiva incompatível com a Constituição. Nesse caso, os Poderes Públicos agem ou editam normas em descompasso com o texto constitucional, que padecem do vício da inconstitucionalidade.⁴⁶

Ocorre, por outro lado, a inconstitucionalidade por omissão no silêncio e na inércia. Nesse caso, quando não adotadas ou adotadas de maneira insuficiente as medidas que competem aos Poderes Públicos (Legislativo ou Executivo), deixam de ser observadas normas constitucionais que carecem de efetivação.⁴⁷

Quando o Legislativo deixa de cumprir o seu dever de legislar, deixando de observar a integridade da Constituição, ocorre o chamado “fenômeno da erosão da consciência constitucional”.⁴⁸

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, relatada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, na qual se buscava a adoção de medidas estruturais relativas ao sistema penitenciário brasileiro com o objetivo de sanar lesões decorrentes de ações e omissões dos poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal, recebeu destaque a expressão “estado de coisas inconstitucional”, adotado pela Corte Constitucional da Colômbia.⁴⁹⁻⁵⁰

⁴⁶ As normas que não forem compatíveis com a Constituição são inválidas, resolvendo-se a incompatibilidade vertical em favor da norma de grau mais elevado (AFLATIÓN, Enrique A.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 7. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964, p. 201).

⁴⁷ Tradução livre: Deriva de uma “lacuna inconstitucional” (verfassungswidrige Lucke), ou “não cumprimento do dever constitucional de legislar” (Nichterfullung von Gesetzgebungsaufträgen). SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung Verfahren, Entscheidungen*. München: C. H. Beck, 1985, p. 170-171.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática ADI 1.484/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 21/08/2001.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 347 MC/DF. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, j. 09.09.2015.

⁵⁰ “O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional ocorre diante de uma determinada situação em que haja violação grave e massiva a direitos humanos, decorrente de atos do Poder Público, que se apresenta inerte perante de tal quadro, sendo necessárias, portanto, uma série de modificações estruturais que contem com a colaboração de todos os agentes do Estado e com a fiscalização da sociedade.” (NERI, Bianca Garcia. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E LITÍGIO ESTRUTURAL: A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB UMA PERSPECTIVA DIALÓGICA. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, v. 27, n. 1, p.92-114, 2018. Jan/abr.. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/856/pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019, p. 98).

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, são considerados pressupostos centrais para a configuração do “estado de coisas inconstitucional” a violação massiva e generalizada de direitos fundamentais de um grande número de pessoas, a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas, a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes e a potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária.⁵¹

Observa-se que a Corte promove, nesses casos, a coordenação do diálogo, buscando promover a atuação das autoridades públicas na proteção dos direitos fundamentais que estão sendo desatendidos.

1.2.2 Inconstitucionalidade material e formal

A inconstitucionalidade pode ser resultado da ausência de conformação do ato ou do seu processo de elaboração. No primeiro caso, estaremos diante da inconstitucionalidade material e, no segundo, inconstitucionalidade formal.

Ocorrerá a inconstitucionalidade material quando o conteúdo do ato normativo contrariar a Constituição. Nesse caso, mesmo que o processo legislativo tenha sido rigorosamente observado, a matéria disciplinada é incompatível com a Constituição.

Ao seu turno, a inconstitucionalidade formal surge quando existe um desrespeito à Constituição no que se refere ao processo de elaboração da norma (regras de competência ou procedimento legislativo em si). Ainda que o conteúdo da norma seja compatível com a Constituição, alguma formalidade do trâmite legislativo ou referente às regras de competência⁵² não foram observadas.

A Constituição, em alguns casos, prevê iniciativa privativa com relação a determinados temas ou órgãos públicos.⁵³ A inobservância da regra de competência para a edição do ato é denominada de inconstitucionalidade orgânica.

Algumas matérias demandam regulação por normas específicas, a exemplo da exigência de lei complementar em situações envolvendo direito tributário. Nesses casos, a lei

⁵¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional. 2015. 248 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8742>. Acesso em: 28 fev. 2019, p. 131-133.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADIn 3.269. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 04.10.2011.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADIn 3.566. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 15.02.2007.

ordinária que tratar do assunto estará eivada de inconstitucionalidade formal propriamente dita.

Admite-se, contudo, o controle preventivo pelo Poder Judiciário, sempre que houver possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional no processo de formação das leis ou de elaboração de emendas à Constituição, quando a impugnação vier a ser apresentada por membro do próprio Congresso Nacional, baseada no seu direito público subjetivo à correta observância do devido processo legislativo.⁵⁴ Não há a declaração de inconstitucionalidade, mas, apenas, a eliminação de eventuais inconstitucionalidades.

Como assevera o Min. Luís Roberto Barroso, no Brasil, tem-se o controle prévio exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça, o controle exercido pelo Poder Executivo a partir do veto ao projeto de lei com fundamento na inconstitucionalidade do ato ou, ainda, hipótese de controle prévio de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, quais sejam, os mandados de segurança, requeridos por parlamentares em face de emenda à Constituição que viole as cláusulas pétreas ou na hipótese em que a tramitação do projeto de lei ou de emenda à Constituição violar regra constitucional que discipline o processo legislativo.⁵⁵

1.2.3 Inconstitucionalidade total e parcial

A inconstitucionalidade pode alcançar todo o ato normativo (total) ou somente parte dele (parcial).

Via de regra, ocorre o reconhecimento da inconstitucionalidade de apenas parte da lei ou ato normativo. A verificação da constitucionalidade da norma é realizada em cada dispositivo, ao invés da forma global.

Em determinados casos, no entanto, haverá a declaração da inconstitucionalidade total da lei ou ato normativo, a exemplo do acolhimento da alegação de inconstitucionalidade por vício de iniciativa.

Com relação ao controle de constitucionalidade austríaco, Hans Kelsen observou que “caso a Corte Constitucional reconheça como inconstitucional a lei examinada, deve anulá-la. A anulação pode se referir a toda a lei ou apenas a algumas das suas disposições.”⁵⁶

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 22.503. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 08.05.1996.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 32.033. Relator: Min. Gilmar Mendes. Relator para o Acórdão: Min. Teori Zavascki, j. 20.06.2013.

⁵⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 25.

É possível, no direito brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade parcial pelo Poder Judiciário, recaindo apenas sobre fração de artigo, parágrafo, inciso ou alínea, até mesmo sobre uma única palavra de um desses dispositivos ou ato normativo, tratando-se do chamado princípio da parcelaridade.⁵⁷⁻⁵⁸

Trata-se da denominada interpretação conforme com redução de texto, de acordo com o decidido na ADI 1.227-8, que suspendeu a eficácia da expressão “desacato” do art. 7.º, parágrafo 2.º, do Estatuto dos Advogados.⁵⁹

1.2.3.1 Declaração parcial de nulidade sem redução do texto e interpretação conforme a Constituição

Pode o Supremo Tribunal Federal declarar que inconstitucionalidade reside em determinada aplicação da lei ou interpretação. Nesse caso, indicará qual será a interpretação conforme, pela qual não se configura a inconstitucionalidade, tratando-se da chamada declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

De acordo com Silvio Luiz Maciel, na interpretação conforme o Judiciário emprega um significado à lei ou ato normativo que os salva da eiva da inconstitucionalidade.⁶⁰

A técnica da interpretação conforme vem sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para adequar a norma à Constituição, evitando a inconstitucionalidade⁶¹ e está prevista no artigo 28, parágrafo único, da Lei. n. 9.868/99.

Constitui técnica de salvação da norma, permitindo que seja extraído o “veneno”⁶² da inconstitucionalidade da norma, com a finalidade de conservá-la no ordenamento jurídico.

Deve ser destacado, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal não poderá atuar como legislador positivo, sendo a interpretação conforme admitida apenas quando existir margem para a decisão do Judiciário, deixado pelo Legislativo.

⁵⁷ LEAL, Saul Tourinho. *Controle de constitucionalidade moderno*. Niterói: Impetus, 2014, p. 87.

⁵⁸ O princípio da parcelaridade não se aplica nos casos de vetos jurídicos, não gozando o Presidente da República de autoridade para vetar somente palavras ou trechos de dispositivos, uma vez que deve fazê-lo incidir sobre a totalidade do artigo, parágrafo ou alínea (Ibid., p. 87).

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.127. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 17.05.2006.

⁶⁰ MACIEL, Silvio Luiz. *Interpretação conforme a Constituição*. 2008. 175 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Puc, São Paulo, 2008, p. 15. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8269/1/Silvio%20Luiz%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

⁶¹ PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. *A interpretação conforme a constituição e o controle difuso de constitucionalidade. Temas de Direito Público – Estudos em Homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 582-583.

⁶² SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 209.

Esse tipo de interpretação não cabe quando o sentido da norma é inequívoco, mas apenas quando o legislador possibilitou interpretações diversas, cabendo ao Judiciário dizer qual delas é compatível com o sentido da Constituição. O Judiciário, ao apreciar a inconstitucionalidade de determinada norma, deve sempre atuar como legislador negativo, não podendo criar norma jurídica diferente da elaborada pelo Legislativo.

1.2.4 Inconstitucionalidade direta e indireta

A inconstitucionalidade direta atinge as normas primárias⁶³, que encontram fundamento de validade diretamente na própria Constituição, sujeitando-se ao controle de constitucionalidade.

A indireta, reflexa ou oblíqua, é constatada quando regulamentos ou decretos regulamentares expedidos pelo Poder Executivo e demais atos normativos secundários, exorbitam os limites legais e se tornam indiretamente inconstitucionais.

Esses atos não têm autonomia jurídica a fim de qualificá-los como atos normativos suscetíveis de controle, tratando-se de questão de legalidade e não inconstitucionalidade.

O fenômeno foi denominado pelo Supremo Tribunal Federal de crise de legalidade, caracterizado pelo dever jurídico de subordinação normativa à lei, não se sujeitando ao controle de constitucionalidade.⁶⁴

Verifica-se a inconstitucionalidade indireta, quando o ato viola, em primeiro lugar, a norma a que está subordinada, e apenas indireta ou reflexamente a Constituição.

Possível ainda a edição de decretos como atos normativos primários, na forma do artigo 84, VI, “a” e “b” da Constituição Federal.

Se o Presidente da República, ao expedir os chamados decretos autônomos, extravasar suas atribuições, tratando de temas que deveriam ser disciplinados por lei, haverá ofensa direta à Constituição, sendo possível a declaração de inconstitucionalidade.⁶⁵

Sujeitam-se ao controle concentrado os atos normativos de função regulamentar do Executivo, de função regimental do Judiciário e de função legislativa do Legislativo.⁶⁶

⁶³ “Chamamos o ato de primário quando ele retira sua validade da própria Constituição. Ele surge no ordenamento jurídico em atendimento a uma imposição constitucional e não meramente legal. É a Carta da República que lhe dá origem e não uma lei. Serio o caso de aprovação de quaisquer espécies normativas constantes do art. 59 da Constituição Federal [...]” (LEAL, op. cit., p. 109)

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 996 MC. Relator: Min. Celso de Mello, j. 11.03.1994.

⁶⁵ LEAL, op. cit., p. 109.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.950-AgR. Relator: Min. Eros Grau, j. 09.02.2007.

1.2.5 Inconstitucionalidade originária e superveniente

Na denominada inconstitucionalidade originária a norma nasce inconstitucional em relação ao parâmetro vigente. A superveniente, por sua vez, é verificada quando uma nova ordem constitucional desponta, tornando a norma infraconstitucional anterior inconstitucional.⁶⁷⁻⁶⁸

Diante disso, torna-se necessário analisar o que acontece com as normas que foram produzidas na vigência da Constituição anterior com a superveniência de uma nova Constituição.

Segundo Carlyle Popp o respeito ao direito adquirido constitui instrumento de paz social e impede o arbítrio e o abuso de poder.⁶⁹

A revogação de uma Constituição retira das demais normas que integram o ordenamento jurídico o seu fundamento de validade. As normas infraconstitucionais que tiverem conteúdo compatível com o da nova Constituição serão por ela recepcionadas. As que forem materialmente incompatíveis perderão o seu fundamento de validade e sua vigência. Nesse último caso, ocorrerá o fenômeno da não recepção.⁷⁰

Por outro lado, a norma infraconstitucional, anterior à nova Constituição, que não a contrariar, será recepcionada, podendo, inclusive, adquirir outra "roupagem". A exemplo do Código Tributário Nacional, que apesar de ter sido elaborado com *quorum* de lei ordinária, foi recepcionado pela atual Constituição como lei complementar.

Com relação às normas que não foram recepcionadas pela nova Constituição, não se admite o controle de constitucionalidade via ação direta, por falta de previsão constitucional, mas tem cabimento a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

⁶⁷ Discute-se na doutrina a existência da denominada *verfassungswidrige Verfassungsnormen* (tradução livre: "inconstitucionalidade das normas constitucionais"). Uma corrente cogita a possibilidade da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias e a outra defende apenas a possibilidade de contradição entre as normas constitucionais iniciais e outras, provenientes de revisão ou emenda (BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Atlântida, 1977. Tradução de: José Manuel M. Cardoso da Costa, p. 11 e seguintes).

⁶⁸ Cumpre registrar ainda a discussão doutrinária sobre o *der Prozess des Verfassungswidrigwerdens von Gezetzen* (tradução livre: "processo de inconstitucionalização da norma constitucional"). IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Baden-baden: [s.n], 1980, p. 132.

⁶⁹ POPP, Carlyle. A retroatividade das normas constitucionais e os efeitos da Constituição Federal sobre os direitos adquiridos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 29, n. 113, p. 87-88, jan./mar. 1992.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 518.711 AgR. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 23.09.2008.

1.2.6 Inconstitucionalidade circunstancial

Verifica-se quando uma norma válida, ao ser aplicada em determinadas circunstâncias, revela-se inconstitucional. Na inconstitucionalidade circunstancial a norma, apesar de válida, quando confrontada com uma situação específica, torna-se inconstitucional.⁷¹

A criação da chamada Super-Receita, pela Lei n. 11.457/2007, foi questionada pela Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4068, onde se pretendeu que fosse reconhecida a ilegalidade do artigo 16, parágrafo 1º, da lei, que determina que, a partir de 1º de abril de 2008, toda a dívida ativa da União fosse transferida para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

Para a Ordem dos Advogados do Brasil, a Procuradoria da Fazenda não possuía condições materiais e recursos humanos para dar conta dos mais de R\$ 401 bilhões, em valores de 2006, inscritos na dívida ativa da União, sem que os 1200 cargos criados na PGFN pela própria lei, em seu artigo 18, fossem providos, pedindo à Corte Constitucional que declarasse a inconstitucionalidade circunstancial do artigo 16, parágrafo 1º, da Lei n. 11.457/2007.⁷²

O processo está pendente de julgamento, contando com parecer da Procuradoria Geral da República pela improcedência do pedido.

1.2.7 Inconstitucionalidade “chapada”, “enlouquecida” ou “desvairada”

A expressão "chapada" começou a ser utilizada pelo Min. Sepúlveda Pertence para classificar uma inconstitucionalidade mais do que evidente, clara, óbvia.⁷³

Tem sido citada em vários julgados da Corte Suprema, como, por exemplo, ações diretas de inconstitucionalidade 2.527⁷⁴ e 3.715.⁷⁵

⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

⁷² BRASÍLIA. SITE OFICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *OAB questiona data para PGFN assumir toda a dívida ativa da União*. 2008. Disponível em: <<http://noticias.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87141>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

⁷³ BRASÍLIA. SITE OFICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Vocabulário Jurídico (Tesouro)*. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesouro.asp?txtPesquisaLivre=INCONSTITUCIONALIDADE%20CHAPADA>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.527 MC/DF. Relator: Min. Ellen Gracie, j. 16.08.2007.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.715/TO. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 21.08.2014.

Na ação direta de inconstitucionalidade 3.232⁷⁶ o Min. Carlos Britto, com a intenção de descrever uma inconstitucionalidade manifesta, utilizou as expressões "enlouquecida, desvairada".

1.3 SISTEMAS DE CONTROLE

1.3.1 Controle difuso

O controle difuso, repressivo ou posterior é também denominado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, podendo ser realizado por qualquer juízo ou tribunal.

Aplica-se a um caso concreto e a declaração de inconstitucionalidade ocorre de forma incidental, de forma prejudicial à análise do mérito.

Destarte, a análise da constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo constitui apenas um argumento do qual as partes podem eventualmente lançar mão para sustentar suas defesas.

O sistema difuso brasileiro evoluiu nos últimos anos com a nítida intenção de atribuir às decisões dos Tribunais Superiores o valor de precedente, passando a produzir efeitos cada vez mais gerais, em aproximação às decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

1.3.2 Controle concentrado de constitucionalidade

Difundido pelo modelo austríaco de controle concentrado de constitucionalidade, no qual a guarda da constituição é confiada a órgão especial, uma corte constitucional independente, à qual se atribui competência institucional para invalidar as leis contrárias à constituição.

No controle concentrado de constitucionalidade, não existe um caso concreto ou pretensões formuladas pelas partes, como ocorre no sistema difuso.

A discussão sobre a constitucionalidade é realizada em abstrato, no plano normativo, sem analisar pretensões ou direitos subjetivos.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.232/TO. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 14.08.2008.

1.4 MOMENTO DO CONTROLE

Com relação ao momento em que o controle de constitucionalidade é realizado, ou a fiscalização é feita de forma profilática, evitando-se o ingresso de um ato normativo contrário à constituição no ordenamento jurídico, ou a fiscalização ocorrerá posteriormente à entrada em vigor da lei ou ato normativo, visando eliminá-lo.

O termo que distingue as duas formas de controle ocorre quando o processo legislativo é definitivamente concluído.⁷⁷

1.4.1 Controle prévio ou preventivo

Seu objeto são as leis ou atos normativos em formação. É realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo, durante a tramitação do projeto de lei ou de emenda à Constituição. Desde a apresentação de um projeto de lei, quem deflagrar o processo legislativo já deve verificar a regularidade do projeto de lei.

De acordo com Leonardo Sarmiento o controle prévio tem por finalidade sanar os vícios antes do ingresso da norma no ordenamento jurídico.⁷⁸

O controle prévio pode ser realizado pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário.

1.4.1.1 Controle prévio ou preventivo de constitucionalidade realizado pelo Legislativo

O Poder Legislativo tem como função típica a elaboração de leis e exerce o controle prévio de constitucionalidade, geralmente, por meio das comissões de constituição e justiça, sem prejuízo da possibilidade de exercício pelo plenário das respectivas casas legislativas.⁷⁹

Observa-se que a doutrina adverte que é possível o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo antes mesmo da atuação das comissões de constituição e justiça. Odilon Carpes Moraes Filho sublinha o dever do presidente da Câmara

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 466 MC. Relator: Min. Celso de Mello, j. 03.04.1991.

⁷⁸ SARMENTO, Leonardo. *Controle de constitucionalidade e temáticas afins*: Com inferências e cognições articuladas do novo CPC em capítulos exclusivos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 221.

⁷⁹ O Poder Legislativo também realiza o controle repressivo de constitucionalidade sobre medidas provisórias, que não se sujeitam ao controle prévio exercido pelas comissões de constituição e justiça.

dos Deputados de fiscalizar a constitucionalidade das propostas legislativas que ingressam naquela casa legislativa.⁸⁰

Nesse sentido, dispõe o artigo 137 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Em comentário ao mencionado artigo do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, Odilon Carpes Moraes Filho assenta que:

Conforme se denota da literalidade do artigo acima mencionado, as propostas de emendas constitucionais ou os projetos de lei claramente inconstitucionais poderão ser, liminarmente, abortados pela Mesa da Câmara, por meio do seu Presidente. Realiza, assim, o Presidente da Câmara dos Deputados o primeiro juízo prévio de inconstitucionalidade do ato normativo. Vez que, sendo um juízo unipessoal, realizado muitas vezes por pessoa não técnica, apenas os vícios grosseiros e cristalinos merecerão a reprimenda do Presidente.⁸¹

No âmbito do Senado Federal, o seu Regimento Interno estabelece no artigo 48, XI, que compete ao presidente daquela Casa Legislativa impugnar proposições contrárias à Constituição.

Nas suas comissões de constituição e justiça, o Legislativo verificará se o projeto de lei contém algum vício de inconstitucionalidade.

Michel Temer pondera que o controle de constitucionalidade pelas comissões de constituição e justiça não é realizado em todos os projetos de atos normativos, a exemplo das medidas provisórias, resoluções dos Tribunais e decretos.⁸²

As comissões de constituição e justiça estão previstas no art. 58, parágrafo 2º, da Constituição Federal e suas funções estão definidas nos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

O controle preventivo de constitucionalidade no Poder Legislativo também se verifica no caso de delegação atípica, em que compete ao Congresso Nacional apreciar projeto de lei delegada elaborada pelo Presidente da República, na forma do art. 68, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

1.4.1.2 Controle prévio ou preventivo de constitucionalidade realizado pelo Executivo

Aprovado o projeto de lei, poderá o Chefe do Executivo sancioná-lo ou vetá-lo.

⁸⁰ MORAES FILHO, Odilon Carpes. Os Mecanismos de Controle Preventivo de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2007. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 44. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/76771>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

⁸¹ MORAES FILHO, op. cit., p. 45.

⁸² TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 43.

O veto ocorrerá quando o Chefe do Executivo concluir que o projeto de lei é inconstitucional ou que contraria o interesse público. No primeiro caso, verifica-se o veto jurídico, no segundo o denominado veto político.

Se o veto for derrubado pelo Congresso Nacional, o projeto deverá ser enviado ao Presidente da República para promulgação.⁸³

Caso o veto seja mantido, o projeto será arquivado, devendo ser observado o chamado princípio da irrepetibilidade, previsto no art. 67, da Constituição Federal.⁸⁴

Caso seja derrubado o veto, após a promulgação da lei, poderá ela ser objeto de controle repressivo de constitucionalidade.⁸⁵⁻⁸⁶

1.4.1.3 Controle prévio ou preventivo de constitucionalidade realizado pelo Judiciário

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se admite o controle preventivo de constitucionalidade em sede abstrata, sendo aceito, de forma excepcional, o controle prévio ou preventivo de constitucionalidade sobre proposta de emenda à constituição ou projeto de lei em trâmite em Casa Legislativa para assegurar ao parlamentar a observância ao devido processo legislativo, evitando-se a sua participação em procedimento em desconformidade com as regras constitucionais.

Para o Supremo Tribunal Federal, o processo de formação das espécies normativas é suscetível de controle pelo Poder Judiciário, sempre que houver possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional.⁸⁷

O direito público subjetivo de participar de um processo legislativo hígido é atribuído apenas aos membros do poder legislativo.⁸⁸

⁸³ BRASIL. Constituição Federal (1988): “Art. 66. [...]§ 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.”

⁸⁴ BRASIL. Constituição Federal (1988): “Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.”

⁸⁵ O Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento da ADPF n. 1 que o veto não é passível de controle judicial (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 1 QO/RJ. Relator: Min. Néri da Silveira, j. 03.02.2000).

⁸⁶ Em sede de julgamento da ADPF n. 45, o Min. Celso de Mello, em decisão monocrática, cogitou a possibilidade de controle judicial das razões do veto, mas esse ponto não foi julgado pelo Plenário, permanecendo, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a impossibilidade de questionamento judicial das razões do veto (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 45 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004).

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 23.087 MC. Relator: Min. Celso de Mello, j. 30.06.1998.

⁸⁸ Id.

Caso ocorra a perda superveniente do mandato parlamentar, ocorrerá a extinção do mandado de segurança, diante da ausência de legitimidade ativa *ad causam*, considerando que o impetrante não mais ostentará a qualidade de membro do Poder Legislativo.⁸⁹

O controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário no processo legislativo busca assegurar apenas a observância de um procedimento em conformidade com a Constituição, não lhe competindo a análise sobre aspectos discricionários de questões políticas e os denominados atos *interna corporis*, a exemplo de eventual interpretação das normas regimentais.⁹⁰

Os limites do controle jurisdicional foram bem definidos pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do mandado de segurança preventivo (MS 32.033/DF)⁹¹, impetrado pelo senador Rodrigo Sobral Rollemberg, no qual alegou violação constitucional em razão da tramitação do PL nº 4.470/2012.

Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal assentou que o que é admitido o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação por meio do mandado de segurança.

Deve ser observado, contudo, que a delimitação que considerou inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação pela via do mandado de segurança ocorreu na análise da tramitação de projeto de lei⁹² e que com relação à proposta de emenda à Constituição o art. 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal proíbe proposta de emenda constitucional tendente a abolir cláusula pétrea, sem estender a mesma vedação à tramitação de projeto de lei que eventualmente atente contra cláusula pétrea.⁹³

Assim, quando se tratar de mandado de segurança preventivo impetrado com relação à proposta de emenda à constituição, o controle será mais amplo do que aquele permitido contra a tramitação de projeto de lei, tornando passível de análise judicial não apenas a regularidade do procedimento, mas também de matéria que tenda a abolir cláusula pétrea.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 27.971 MC. Relator: Min. Celso de Mello, j. 01.07.2011.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 22.503/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 08.05.1996.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 32.033/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20.06.2013.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 32.033/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20.06.2013.

⁹³ Bruce Ackerman denominou a diferença entre a elaboração ou alteração da Constituição e a mera confecção de leis ordinárias de dualismo constitucional (ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: The Bleknap University Press, 1991, v. 1, p. 3-33).

Conforme destacado no acórdão do MS 32.033, a intervenção do Judiciário na formação de atos normativos pode implicar em subtração da prerrogativa constitucional dos outros Poderes para debater e aperfeiçoar os projetos.⁹⁴

Dessa forma, evita-se que o controle preventivo de constitucionalidade pelo Poder Judiciário seja utilizado de forma precoce, suprimindo-se a discussão pelas Casas Legislativas.⁹⁵⁻⁹⁶

O entendimento de que o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário no processo legislativo busca assegurar apenas a observância de um procedimento em conformidade com a Constituição, não sendo possível a análise sobre aspectos discricionários de questões políticas e os denominados atos *interna corporis*, constitui regra geral, que deve ser vista com comedimento quando se estiver diante das denominadas normas constitucionais interpostas.⁹⁷

Em decisão monocrática proferida no mandado de segurança n. 26.915 MC/DF, o ministro Gilmar Mendes pontuou, citando Gustavo Zagrebelsky que a jurisprudência mais atualizada do Supremo Tribunal Federal vem afastando o argumento da insindicabilidade dos atos internos do Legislativo, em reconhecimento ao direito subjetivo dos parlamentares ao devido processo legislativo.⁹⁸

Assim, o entendimento de que não é possível a análise do controle preventivo de constitucionalidade pelo Poder Judiciário de matéria *interna corporis* deve ser interpretado com comedimento diante das normas constitucionais interpostas que, para Gilmar Mendes, apresentariam uma força normativa diferenciada por derivarem da própria Constituição.

Observa-se, contudo, que o tema pendente de apreciação pela Suprema Corte, considerando que o mandado de segurança n. 26.915 MC/DF foi extinto sem a apreciação da matéria.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 32.033/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20.06.2013.

⁹⁵ Previne-se, por exemplo, o que ocorreu durante a chamada Era da Lochner, período no qual a Suprema Corte Americana criou obstáculos à implantação do Estado Social, a partir de uma interpretação alongada da cláusula aberta do devido processo legal (CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 630-645).

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 32.033/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20.06.2013.

⁹⁷ No escólio de Gustavo Zagrebelsky, as normas constitucionais interpostas são as outras disposições normativas referidas expressamente pela Constituição. Essas normas, embora não sejam formalmente constitucionais, vinculam os atos e procedimentos legislativos. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Mulino, 1979, p. 40-41).

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática MS 26.915 MC/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 08.10.2007.

1.4.2 Controle posterior ou repressivo

O controle posterior ou repressivo será realizado posteriormente à entrada em vigor da lei ou ato normativo, com o processo legislativo já definitivamente concluído, visando eliminá-lo.

Os órgãos competentes para o exercício do controle analisarão se a lei ou ato normativo possuem um vício formal, referente ao processo de formação ou se apresentam um vício de conteúdo (vício material).

Os órgãos de controle podem ser político, jurisdicional ou híbrido.

1.4.2.1 Controle político

Ocorre em Estados nos quais o controle é exercido por um órgão diverso dos três Poderes.⁹⁹ Esse tipo de controle é associado ao modelo constitucional francês¹⁰⁰⁻¹⁰¹⁻¹⁰², que rejeitou o controle judicial por desconfiança com relação ao Judiciário.¹⁰³

Segundo Saul Tourinho Leal:

⁹⁹ Para Leonardo Sarmento o controle político é exercido por órgãos sem poder jurisdicional e se verifica em alguns países europeus, como Portugal (SARMENTO, op. cit., p. 219).

¹⁰⁰ Saul Tourinho Leal afirma que: “O controle político (controle francês) é realizado por um órgão afastado do Judiciário. Pode ser o Poder Executivo ou o Legislativo. Também é possível que seja criado um conselho exclusivo para aferir a constitucionalidade de leis. Para ser político, basta que não seja órgão integrante do Judiciário. Não são poucos os países que adotam o modelo de controle político: França, Polônia e Romênia.” (LEAL, op. cit., p. 113).

¹⁰¹ O *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional), de acordo com a sua própria jurisprudência, vem se transformando em órgão jurisdicional (ROBERT, Jacques. *La Garde de la République*. Le Conseil Constitutionnel raconté par l'un de ses membres. Paris: Plon, 2000, p. 106).

¹⁰² Mateus Pieroni Santini aponta que a França sempre se mostrou historicamente apegada ao controle não-judicial e que lá, atualmente, o exercício do controle de constitucionalidade é feito por um órgão eminentemente de perfil político – o *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional), ao qual também incumbe o exame de constitucionalidade preventivo (SANTINI, Mateus Pieroni. *O controle de constitucionalidade à luz do fenômeno do ('Neo') constitucionalismo e a sua evolução no direito brasileiro rumo à minimização do modelo difuso*. 2012. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5962/1/Mateus%20Pieroni%20Santini.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2019, p. 52-53).

¹⁰³ “A supremacia da lei e a soberania do Parlamento, na França, representaram desde a Revolução Francesa de 1789, a expressão de uma tradição jurídica resultante de sua própria história política. A lei era percebida como expressão da vontade geral e, portanto, incontestável, isto é, imune a qualquer controle jurisdicional. Essa concepção surgia como uma reação a atuação abusiva e arbitrária dos juízes, integrantes dos *Parlements*, à época do Antigo Regime, o que provocou uma cultura de desconfiança e resistência a essas autoridades.” (SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da. *Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade das leis na França: perspectivas comparadas com o sistema brasileiro*. 2017. 195 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/187397>>. Acesso em: 15 abr. 2019, p. 11).

A ideia do controle político é a de que somente um órgão desta natureza teria a sensibilidade suficiente para apreciar questões delicadas como a validade das leis ou atos normativos. O mito da soberania do Parlamento, visão radicada em França e Inglaterra, fora superado quando se percebeu que as maiorias políticas podem marchar ao largo da Constituição, sufocando direitos fundamentais, marginalizando minorias e oprimindo setores da sociedade que não conseguem se converter em poderosos grupos de pressão.¹⁰⁴

Sobre o controle de constitucionalidade exercido por órgãos políticos (não judiciais), Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi apontam que:

Nesse caso, autoridades eleitas ou indiretamente legitimadas pelo voto popular realizam o controle, sendo preponderante a preocupação com elementos de oportunidade, e não de conformidade, com certa norma. Esse controle pode ser realizado tanto por autoridades do Legislativo como do Executivo.¹⁰⁵

Na lição de Jorge Miranda, o modelo político pode ser distinguido na fiscalização pelo próprio parlamento ou por órgão político especialmente constituído:

- a) Fiscalização pelo próprio Parlamento, pelo órgão legislativo *qua tale* – é o que se encontra, primeiro, em quase todos os países europeus no século XIX e ainda hoje na Holanda, depois, no constitucionalismo marxista-leninista do século XX e em alguns Estados da Ásia e da África sob influência deste ou com constitucionalismo embrionário, como sucedeu nos países africanos de língua portuguesa logo após a independência;
- b) Fiscalização por órgão político especialmente constituído para o efeito – seja ligado ao Parlamento (Comité Constitucional francês de 1946 a 1958, Comissão Constitucional romena de 1965 a 1989, Comité de Supervisão Constitucional criado na União Soviética em 1989), seja dele independente ou órgão *a se* (juria constitucional de Sieyès, Senado Conservador napoleónico, Conselho Constitucional de 1958).¹⁰⁶

De acordo com Luís Roberto Barroso, no direito brasileiro, o veto jurídico do Poder Executivo a projeto de lei e a rejeição de projeto de lei nas Comissões de Constituição e Justiça seriam exemplo de controle político.¹⁰⁷

Verifica-se que o controle político proporciona a participação dos Poderes Executivo e Legislativo, evitando-se a via do controle judicial repressivo.

1.4.2.2 Controle jurisdicional

O controle jurisdicional dos atos normativos é realizado pelo Poder Judiciário, na forma concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça, bem como por qualquer juiz ou tribunal, no controle difuso.

¹⁰⁴ LEAL, op. cit., p. 113-114.

¹⁰⁵ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 97.

¹⁰⁶ MIRANDA, op. cit., p. 673.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42-43.

Dirley da Cunha Júnior assevera que o controle de constitucionalidade é judicial ou jurisdicional, quando desempenhado por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário.¹⁰⁸

O sistema adotado pelo Brasil, que permite tanto o controle na forma concentrada, quanto o controle difuso, por qualquer juiz ou tribunal, nesse último caso, é chamado sistema jurisdicional misto.¹⁰⁹⁻¹¹⁰

1.4.2.3 Controle híbrido, misto ou combinado

Denomina-se híbrido o controle que mistura os controles político e jurisdicional.¹¹¹ Nele, determinadas normas são levadas a controle em órgão distinto dos três Poderes.

Saul Tourinho Leal chama de controle misto de constitucionalidade a junção do controle político com o jurisdicional, que corresponderia a uma sistemática que compatibilizaria as virtudes de um e outro modelo, complementando-os e criando uma maneira mais adequada de controle de constitucionalidade. Nesse tipo de controle, algumas matérias seriam apreciadas pelo Poder Executivo, outras pelo Poder Judiciário e outras pelo Legislativo, a exemplo do que ocorre em Portugal e na Suíça.¹¹²⁻¹¹³

¹⁰⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 106.

¹⁰⁹ “No Brasil, temos o sistema misto, uma vez que se adota tanto o controle concentrado cujo modelo originou-se na Europa Continental e é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, quanto o controle difuso, advindo dos Estados Unidos e realizado por qualquer juiz ou tribunal no exame do caso concreto” (VELHO, Renata Pinto Coelho. *Jurisdição constitucional e democracia: uma análise da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade*. 2010. 105 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2010. Disponível em: <<http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/189/1/Renata%20Pinto%20Coelho%20Vello.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2019, p. 10).

¹¹⁰ “O controle difuso de constitucionalidade já existia no Brasil, desde a primeira Constituição da República, quando surge, já no século XX, o controle concentrado de constitucionalidade, conforme previsão da Emenda Constitucional nº 16/65.

Desde então, ambos os controles passaram a coexistir, adotando-se no país o sistema misto de controle de constitucionalidade. Tem, assim, o controle difuso, o objetivo de analisar as questões constitucionais de maneira incidental, sendo julgado por qualquer juiz ou tribunal e o controle concentrado visa o exame da questão constitucional em tese, sendo apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.” (Ibid., p. 59-60).

¹¹¹ SARMENTO, op. cit., p. 221.

¹¹² LEAL, op. cit., p. 115.

¹¹³ Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi chamam de “sistema combinado” a combinação de ambas as formas de controle: “[...] Em tais casos, muitos se referem a um sistema misto. Mas na verdade aqui não ocorre uma fusão de características de dois sistemas. Os dois sistemas existem em paralelo, cada grupo de autoridades exercendo suas tarefas previstas na Constituição e nas leis. Por isso é preferível se referir a um sistema que combina os dois anteriores, como é o caso do Brasil (sistema combinado).” (DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 97-98).

1.4.2.4 Controle posterior ou repressivo pelo Legislativo

O controle posterior ou repressivo no direito brasileiro é exercido, geralmente, pelo Judiciário, de forma concentrada ou difusa.

Entretanto, excepcionalmente, é possível o exercício do controle posterior ou repressivo pelo Legislativo e Executivo.

Nos termos do art. 49, V, da Constituição Federal, o Congresso Nacional pode sustar atos do Presidente da República que exorbitem os limites da delegação legislativa ou do poder regulamentar.¹¹⁴

O Congresso Nacional também pode rejeitar medidas provisórias que:

- a) não atendam os requisitos objetivos de relevância e urgência (Constituição Federal, art. 62, parágrafo 5º);
- b) que tiverem conteúdo incompatível com a Constituição ou por ela vedado (Constituição Federal, art. 62, parágrafo 1º);
- c) que tiverem sido reeditadas na mesma sessão legislativa em que foram rejeitadas ou que tiverem perdido a sua eficácia pelo decurso do prazo (Constituição Federal, art. 62, parágrafo 10º).

Ainda, o Tribunal de Contas, na qualidade de órgão auxiliar do Poder Legislativo, tem competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.¹¹⁵⁻¹¹⁶

1.4.2.5 Controle posterior ou repressivo pelo Executivo

O princípio da supremacia da Constituição vincula todos os Poderes, que devem cumprir as leis que estejam em conformidade com a Constituição.

Com fundamento nesse princípio, o chefe do Poder Executivo pode negar cumprimento a leis e atos normativos considerados inconstitucionais, fato aceito pela

¹¹⁴ Segundo dispõe o art. 84, IV, da Constituição Federal, é da competência exclusiva do Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei. Caso o chefe do Executivo extrapole no exercício da sua atribuição, o excesso poderá ser afastado pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo.

¹¹⁵ Simone Coêlho Aguiar consigna que a competência dos Tribunais de Contas para examinar a legalidade de atos de pessoal inclui a competência para a análise da constitucionalidade (AGUIAR, Simone Coêlho. *O controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas*. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas - CCJ, Universidade de Fortaleza – Unifor, Fortaleza, 2012. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F1286129992/Dissertacao%20%20.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019, p. 86).

¹¹⁶ Nesse sentido dispõe a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes mesmo da Constituição Federal de 1988.¹¹⁷⁻¹¹⁸

Depois da Constituição Federal de 1988, essa prerrogativa passou a ser questionada, diante da legitimidade ativa conferida ao Presidente da República e aos governadores para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, prevista no art. 103, da Constituição Federal. Apesar disso, diante da ausência de hierarquia entre os Poderes e da subordinação de deles à Constituição, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a recusa deve ser admitida.¹¹⁹⁻¹²⁰

A questão também já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 23.121/GO, que afirmou que o Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional.¹²¹

Com relação à possibilidade de recusa pelo chefe do Poder Executivo à aplicação da lei por reputá-la inconstitucional, Saul Tourinho Leal observa que há controvérsias e que:

O que é possível a ele é recusar o cumprimento de leis as quais reputa serem inconstitucionais. E esta recusa deve ser adotada, exclusivamente, após decisão fundamentada do Chefe do Poder Executivo, ou seja, do Presidente da República, na esfera da União, do Governador, na esfera estadual ou do Prefeito na esfera Municipal.

Não cabe a qualquer integrante da estrutura pública dizer que não cumprirá esta ou aquela lei. Cabe ao Chefe do Poder Executivo, de forma fundamentada, expedir ato expondo suas razões e autorizando os integrantes deste Poder a fazê-lo.¹²²

No entanto, caso o Poder Judiciário tenha se manifestado pela constitucionalidade da lei por meio de decisão que gere efeitos vinculantes, não poderá o Executivo, a qualquer pretexto, negar-lhe a vigência, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade. Se o ato for praticado por Governador ou Prefeito, poderá ocorrer intervenção federal da União nos Estados-membros (art. 34, VI e art. 35, IV, da Constituição Federal).¹²³

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rp 980/SP. Relator: Min. Moreira Alves, j. 21.11.1979.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RMS 14.136/ES. Relator: Min. Antonio Villas Boas, j. 14.06.1966.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 221 MC/DF. Relator: Min. Moreira Alves, j. 29.03.1990.

¹²⁰ Parte da doutrina se posiciona de forma contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual os Poderes Públicos podem negar vigência à expressão política da maioria consubstanciada em uma lei. Para Saul Tourinho Leal, preservado tal entendimento, teríamos a “Babel” (LEAL, op. cit., p. 124).

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp 23.121/GO. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, j. 06.10.1993.

¹²² LEAL, op. cit., p. 122.

¹²³ Ibid., p. 123.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Há registros de que o controle de constitucionalidade foi realizado sistematicamente desde a vigência da Constituição do Império, mas o mesmo não ocorreu com relação ao controle judicial da constitucionalidade.¹²⁴

O primeiro autor brasileiro a escrever um livro que tratou exclusivamente sobre o controle de constitucionalidade das leis no Brasil foi Lúcio Bittencourt. Antes dele, o tema foi abordado por Rui Barbosa, José Barbalho Uchôa Cavalcanti, Amaro Cavalcanti, Carlos Maximiano, Pedro Lessa e Castro Nunes.¹²⁵

Marcelo Casseb Continentino observa que a história do controle de constitucionalidade no Brasil é baseada em algumas “obras centrais”, que de maneira geral são as referidas pelos constitucionalistas quando expõem o tema, destacando, ainda, que a nossa doutrina conflui para os mesmos autores (ou “fundadores”), os quais não empreenderam uma investigação histórico-constitucional de maior abrangência sobre o tema.¹²⁶

As origens históricas do controle de constitucionalidade foram ignoradas pela doutrina constitucional, e o nosso rico processo histórico-constitucional foi obscurecido.¹²⁷

2.1.1 A Constituição de 1824

Não havia sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos na Constituição Imperial de 1824. O controle que existia era atribuição do Poder Legislativo, composto pelo Senado e Assembléia Geral Legislativa.

Walber de Moura Agra destaca que o judiciário ficou impedido de exercer o controle de constitucionalidade devido às influências francesa¹²⁸ e inglesa¹²⁹, especialmente devido à inspiração da Constituição francesa, que outorgava ao Legislativo a guarda da Constituição.¹³⁰

¹²⁴ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 32.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 32.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 32.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 69.

¹²⁸ AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 19.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 19.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 18.

Desta forma, na Constituição de 1824 não existia controle de constitucionalidade pelo Judiciário, em razão da supremacia do Parlamento (influência inglesa) e à relevância do princípio da legalidade, expressão da vontade geral (influência francesa), cabendo a fiscalização da constitucionalidade ao Legislativo.¹³¹

2.1.2 A Constituição de 1891

O controle difuso de constitucionalidade foi implementado na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, idealizada por Rui Barbosa, sob a influência do direito norte-americano¹³²⁻¹³³, autorizando o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo (infraconstitucionais), por qualquer juiz ou tribunal.

2.1.3 A Constituição de 1934

O controle difuso de constitucionalidade foi mantido na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934, mas apresentou inovações.

Segundo Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira as novidades foram o quórum mínimo para a declaração, a competência do Senado para suspender lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário e a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de lei estadual que violasse princípios constitucionais sensíveis.¹³⁴

Para Zeno Veloso, a Constituição de 1934 foi um marco no movimento do país rumo a um controle direto de constitucionalidade.¹³⁵

¹³¹ AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 19.

¹³² ESCOURA, Juliano Fernandes. *Controle de constitucionalidade e a tendência da abstrativização*. São Paulo: Fiuza, 2011, p. 45.

¹³³ André Luiz Batista Neves aponta que: “O controle jurisdicional de constitucionalidade não é trazido ao Brasil a título de mímica diletante do paradigma norte-americano. Foi concebido no interesse da consolidação da República, seja por receio da volta da monarquia, seja por temor de implantação de um presidencialismo caudilhista análogo ao dos demais países latino-americanos da época. Aliás, talvez tenham concorrido ambos os motivos”. (NEVES, op. cit., p. 85).

¹³⁴ FERREIRA, op. cit., p. 35.

¹³⁵ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 31.

2.1.4 A Constituição de 1937

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, originada num contexto autoritário, conservou o modelo de controle de constitucionalidade introduzido em 1891.

No entanto, conforme assenta Dirley da Cunha Júnior, retrocedeu ao possibilitar ao Poder Executivo tornar sem efeito decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Poder Judiciário.¹³⁶

A Constituição de 1937 não tratou da representação interventiva, nem da suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário, mantendo, no entanto, a exigência do quorum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República (art. 96, *caput*).¹³⁷

2.1.5 A Constituição de 1946 e a Emenda Constitucional 16/65

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 retomou a supremacia do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade. Buscou inspiração no ideal liberal da Constituição de 1891 e no ideal social da Constituição de 1934.

Conforme anota Dirley da Cunha Júnior o Judiciário recuperou a competência de dizer a última palavra no controle de constitucionalidade.¹³⁸

A emenda constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, ampliou a competência originária do Supremo Tribunal Federal, passando a prever a sua competência para o julgamento de representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, apresentada pelo Procurador Geral da República, introduzindo no ordenamento jurídico pátrio o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, como forma de fiscalização abstrata e genérica de norma em tese, livre de um caso concreto, com a única finalidade de preservar o ordenamento jurídico em favor da supremacia da Constituição.¹³⁹

¹³⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 95.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 95.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 96.

¹³⁹ FERREIRA, op. cit., p. 36.

2.1.6 A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 1/69

Na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional 1/69 foram mantidos os controles difuso e abstrato, com a previsão da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual no Supremo Tribunal Federal, com a legitimação ativa exclusiva do Procurador Geral da República.

Devem ser ressaltadas ainda as duas novidades trazidas pela Emenda 07/77, consistindo a primeira delas na representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, *l*) e a segunda na previsão da concessão de medida cautelar a ser pedida nas representações genéricas de inconstitucionalidade (art. 119, I, *p*).¹⁴⁰

Efetuada essa breve abordagem histórica, passa-se a análise do controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988, que da mesma forma que vários outros países da América Latina, estabeleceu mais de um instrumento para a tutela de direitos subjetivos públicos.¹⁴¹

2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO

Tal controle é exercido por órgão único¹⁴² ou por alguns órgãos criados com essa finalidade ou, pelo menos, com essa atribuição principal.

O controle concentrado foi introduzido no Direito brasileiro pela Emenda 16/1965¹⁴³, com a finalidade de proporcionar a defesa do ordenamento constitucional contra as leis com ele incompatíveis.

Conforme já mencionado neste estudo, embora ainda prevaleça a visão de que teve origem com a Constituição Federal austríaca de 1920, não é correta sob o ponto de vista histórico, pois o primeiro Tribunal Constitucional encarregado do controle concentrado foi criado pela Constituição da Checoslováquia, promulgada em fevereiro de 1920. Esse Tribunal

¹⁴⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 97.

¹⁴¹ A única exceção é “recurso de amparo” (juicio de amparo), no México (FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Das Problem der Verfassungskontrolle*. [s. l.]: Jör, 1976. (n. 25), p. 649-663).

¹⁴² BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36.

¹⁴³ PASSOS, Ingrid Barreira de Carvalho. *Democracia e o controle concentrado de constitucionalidade*. 2008. 84 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas - CCJ, Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2008. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F1066349903/Dissertacao.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019, p. 10.

foi idealizado por Franz Weyr, amigo de Hans Kelsen. No entanto, não teve atuação relevante na prática, tendo sido a sua criação ofuscada pelo Tribunal austríaco.

De forma diversa do que ocorre no controle difuso, de origem norte-americana, que analisa a constitucionalidade da lei ou ato normativo a partir de um caso concreto, o controle abstrato é realizado em tese, sem vinculação a uma situação concreta.

No controle abstrato a inconstitucionalidade é examinada "em tese" (*in abstracto*), sendo o controle exercido com a finalidade de examinar a validade da lei em si.

Verifica-se o controle concentrado, no direito brasileiro, na ação direta de inconstitucionalidade genérica, na ação declaratória de constitucionalidade, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e na representação interventiva.

2.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade¹⁴⁴ foi introduzida no direito brasileiro pela Emenda Constitucional 16/1965.

Conforme destacam Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes:

Apesar de suas origens remontarem à representação de inconstitucionalidade (nos termos da EC n. 15/65), o texto originário da Constituição de 1988 inaugurou essa terminologia específica para identificar esse mecanismo de controle judicial apto para promover, de modo geral, a submissão direta de atos normativos federais e estaduais posteriores à promulgação da CF/88 (5.10.88).¹⁴⁵

Nos termos do art. 102, I, "a" da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer e julgar a ação direta de inconstitucionalidade, regulamentada pela Lei n. 9.868/1999.

Nessa ação não existe um caso concreto a ser solucionado, a análise da lei ou ato normativo federal ou estadual será em tese.¹⁴⁶

Não há lide na ação direta de inconstitucionalidade por ação.

Por meio da ação direta de inconstitucionalidade, busca-se extirpar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo viciado, material ou formalmente, com a sua invalidação.

¹⁴⁴ O adjetivo genérico é utilizado pela doutrina para diferenciá-la das outras ações do controle abstrato. Nesse sentido: MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 229.

¹⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 380-381.

¹⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 142.

2.2.1.1 Legitimação ativa

O rol de legitimados ativos está previsto no art. 103, da Constituição Federal.¹⁴⁷⁻¹⁴⁸⁻¹⁴⁹⁻¹⁵⁰⁻¹⁵¹⁻¹⁵²⁻¹⁵³⁻¹⁵⁴⁻¹⁵⁵

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira pontua que a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, e as confederações sindicais ou entidades de âmbito nacional são legitimados especiais e precisam demonstrar a pertinência temática.¹⁵⁶

Com relação à capacidade postulatória, Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes afirmam que as autoridades que constam do art. 103, I a VII, além de legitimação ativa, possuem capacidade postulatória.¹⁵⁷

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, no entanto, observa que existe entendimento em sentido contrário na doutrina, indicando que os legitimados universais ou especiais devem

¹⁴⁷ A Mesa do Congresso Nacional não integra o rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

¹⁴⁸ Para o Supremo Tribunal Federal, a exigência de representação do partido político no Congresso Nacional é satisfeita com a existência de apenas um parlamentar, em qualquer das Casas Legislativas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.449-8/AL. Relator: Min. Ilmar Galvão, j. 14.05.1996).

¹⁴⁹ Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a representação do partido político em qualquer das Casas do Congresso Nacional, deverá ser verificada no momento da propositura da ação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.054/DF. Relator: Min. Ilmar Galvão, j. 02.04.2003).

¹⁵⁰ As confederações sindicais, deverão cumprir os requisitos da legislação trabalhista e se organizarem com, no mínimo, três Federações sindicais, sob pena do reconhecimento da sua ilegitimidade ativa (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.121/MC/RS. Relator: Min. Celso de Mello, j. 06.09.1995).

¹⁵¹ De acordo com o Supremo Tribunal Federal, os sindicatos e as federações, mesmo que possuam abrangência nacional, não possuem legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, diante das suas menores hierarquias. Da mesma maneira, o Supremo Tribunal Federal não reconhece a legitimação das centrais sindicais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.442. Relator: Min. Celso de Mello, j. 03.11.2004).

¹⁵² O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a União Nacional dos Estudantes – UNE, não se reveste da condição de “entidade de classe de âmbito nacional”, para os fins previstos no inciso IX, do art. 103, da Constituição Federal, por não representar categoria profissional, entendendo que a palavra “classe” não deve ser interpretada no sentido de simples segmento social, mas sim de “categoria profissional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 894 MC/DF. Relator: Min. Néri da Silveira, j. 18.11.1993).

¹⁵³ Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a heterogeneidade da composição da entidade de classe descaracteriza a condição de representatividade de classe de âmbito nacional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.381 DF. Relator: Min. Cármen Lúcia, j. 06.06.2007).

¹⁵⁴ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aplica, analogicamente, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, estabelecendo que a categoria de associados deve existir em pelo menos 1/3 dos entes federativos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.294 AgR/SP. Relator: Min. Luiz Fux, j. 01.07.2016). Na ADI 2866, o Supremo Tribunal Federal afastou o critério adotado para a definição do caráter nacional dos partidos políticos, considerando a relevância nacional da atividade dos associados da ABERSAL (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.866 MC/RN. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 25.09.2003).

¹⁵⁵ Por ocasião do julgamento da ADI 3.153 AgR/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimação das “associações de associações de classe”, de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.153 AgR/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 12.08.2004).

¹⁵⁶ FERREIRA, op. cit., p. 59-60.

¹⁵⁷ MEIRELLES; WALD; MENDES, op. cit., p. 381-382.

estar representados por advogados, com exceção do Procurador Geral da República, já que a Constituição Federal prevê apenas a legitimidade, não capacidade postulatória.¹⁵⁸

2.2.1.2 Objeto

O art. 102, I, "a", da Constituição Federal determina que somente as leis e os atos normativos federais e estaduais¹⁵⁹⁻¹⁶⁰ poderão ser discutidos no Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade.

Podem ser impugnados pela via da ação direta de inconstitucionalidade as emendas constitucionais, as leis complementares e ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos, os decretos autônomos (previstos no art. 84, VI, da Constituição Federal), os tratados e convenções internacionais (independentemente do processo pelo qual tenham sido aprovados), os regimentos internos dos Tribunais e das Casas Legislativas (desde que ocorra violação direta à Constituição)¹⁶¹⁻¹⁶², os atos normativos editados por pessoa jurídica de direito público, os demais atos com força normativa genérica e abstrata aprovados pelo chefe do Executivo (resoluções e pareceres, por exemplo) e as resoluções do TSE.¹⁶³

2.2.1.3 Parâmetro de controle

São as normas constitucionais utilizadas como referência para a análise de compatibilidade, aquelas que constam da Constituição, qualquer que seja o seu conteúdo, abrangendo, inclusive, os atos das disposições constitucionais transitórias, se ainda forem eficazes.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes se o parâmetro de controle for modificado após o ajuizamento da ação, não é possível a análise da constitucionalidade da lei.¹⁶⁴

¹⁵⁸ FERREIRA, op. cit., p. 60-61.

¹⁵⁹ Leis e atos normativos municipais não poderão ser apreciados no Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

¹⁶⁰ No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 2-DF, o Supremo Tribunal Federal consignou ser possível apenas o controle de atos normativos posteriores à promulgação da Constituição Federal (MEIRELLES; WALD; MENDES, op. cit., p. 400).

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.619/SP. Relator: Min. Eros Grau, j. 01.08.2006.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.566/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 15.02.2007.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.345/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 25.08.2005.

¹⁶⁴ MEIRELLES; WALD; MENDES, op. cit., p. 477.

Das normas que compõem a Constituição, somente o preâmbulo, por não possuir caráter normativo, constituindo mero vetor interpretativo, não poderá ser utilizado como parâmetro.¹⁶⁵

Podem ainda ser utilizadas como parâmetro as normas contidas em tratados e convenções internacionais de direitos humanos.¹⁶⁶

O Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que se a norma constitucional invocada como parâmetro for revogada no curso da ação direta de inconstitucionalidade, deverá ser reconhecida a prejudicialidade da ação, pela perda do parâmetro.¹⁶⁷⁻¹⁶⁸

2.2.1.4 Causa de pedir aberta

De acordo com o art. 319, III e IV, do Código de Processo Civil, deverá o autor, na petição inicial, indicar o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, além do pedido com as suas especificações.

Não há, no entanto, necessidade da indicação do dispositivo legal, mas apenas das regras gerais e abstratas com relação às quais se busca extrair a consequência jurídica requerida.¹⁶⁹⁻¹⁷⁰

A invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial configura uma prévia proposta sugerida ao juiz, que irá aplicar os dispositivos legais apropriados para a espécie.¹⁷¹

Deverá o autor da ação abordar os preceitos atacados de forma específica.¹⁷²⁻¹⁷³

De acordo com o artigo 3º, I, da Lei n. 9.868/1999, a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade deve apontar o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido.

Conforme assenta Carlos Roberto de Alckmin Dutra:

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.076/AC. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 15.08.2002.

¹⁶⁶ Não se admite como parâmetro as normas que constam de tratados ou convenções internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito ordinário, considerando que apesar de entendimentos de que são materialmente constitucionais, essas normas não são formalmente constitucionais.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 15/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.06.2007.

¹⁶⁸ Em sentido contrário, em que a alteração do parâmetro de controle não acarretou a prejudicialidade da ação: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.158/PR. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 15.09.2010.

¹⁶⁹ A indicação do direito eventualmente aplicável não vincula o juiz, que conhece o direito.

¹⁷⁰ Nosso sistema processual adotou a teoria da substanciação, que se opõe à teoria da individuação, que exige apenas a indicação dos fundamentos jurídicos para caracterizar a causa de pedir e tornar admissível a ação (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015, p. 886).

¹⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 128-129.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.708/MT. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 27.11.1997.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 259/DF. Relator: Min. Moreira Alves, j. 11.03.1991.

No controle abstrato, os fundamentos jurídicos do pedido, como visto, devem consubstanciar-se na interpretação conferida aos princípios e regras constitucionais, de forma a servir de parâmetro para a aferição da inconstitucionalidade por ação ou omissão ou, no caso da ação declaratória de constitucionalidade, as razões pelas quais as norma infraconstitucionais amoldam-se aos preceitos da Constituição.¹⁷⁴

Pela chamada causa de pedir aberta, o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo não somente pelos motivos indicados na ação direta de inconstitucionalidade, mas também por outros fundamentos jurídicos.

Como o Supremo Tribunal Federal, ao exercer o controle concentrado de constitucionalidade, confronta a lei ou ato normativo com a integralidade da Constituição Federal e não apenas com os dispositivos constitucionais indicados pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade na sua inicial, como fundamento jurídico do pedido, não há razão de a Corte apreciar posteriormente nova ação que visa declarar a inconstitucionalidade da mesma lei ou ato normativo desta vez em razão de outro dispositivo constitucional não mencionado anteriormente.¹⁷⁵⁻¹⁷⁶

A cláusula aberta permite que o Supremo Tribunal Federal invoque princípios e regras constitucionais não mencionados na petição inicial como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade, como suporte para desenvolver dos fundamentos jurídicos da decisão.¹⁷⁷

2.2.1.5 Petição inicial

A petição inicial deverá estar acompanhada de instrumento de procuração, quando houver a necessidade de subscrição por advogado, e entregue em duas vias, com cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para a comprovação da impugnação (art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999).

¹⁷⁴ DUTRA, Carlos Roberto de Alekmin. *O controle abstrato de constitucionalidade sob o enfoque dos princípios processuais*. 2010. 241 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-07022011-152707/>>. Acesso em: 22 abr. 2019, p. 134.

¹⁷⁵ LEAL, op. cit., p. 348-349.

¹⁷⁶ O Supremo Tribunal Federal não está adstrito aos fundamentos jurídicos apresentados pelo autor da ação direta (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.191 MC/AL. Relator: Min. Celso de Mello, j. 17.04.2000).

¹⁷⁷ DUTRA, op. cit., p. 137.

A petição inepta¹⁷⁸, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, sendo a decisão impugnável por agravo (art. 4º, caput e parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999).

Permite-se o aditamento da petição inicial, antes da requisição de informações pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁷⁹

Já se admitiu no Supremo Tribunal Federal a emenda da inicial antes do julgamento do pedido liminar, em caso em que houve a revogação da lei originalmente impugnada e sobreveio lei nova que, na pendência do processo, reproduziu normas inconstitucionais da lei revogada¹⁸⁰ e um pedido de aditamento após a inclusão da ação na pauta para julgamento final, tendo em vista a irrelevância das alterações promovidas no texto normativo impugnado.¹⁸¹

Em outra oportunidade, a referida Corte rejeitou aditamento oral formulado pelo autor da ação por ocasião da apreciação de pedido de liminar.¹⁸²

Por fim, a indicação errada de artigo impugnado na ação direta de inconstitucionalidade não obsta o seu prosseguimento, se a fundamentação estiver correta e houver sido transcrito o dispositivo atacado.¹⁸³

2.2.1.6 Imprescritibilidade

A ação direta de inconstitucionalidade é imprescritível. O decurso do tempo não aperfeiçoa o vício, não se sujeitando a ação em estudo a prazo decadencial ou prescricional.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que a situação de flagrante inconstitucionalidade não pode ser amparada em razão do decurso do tempo ou da existência de leis locais que, supostamente, agasalham a pretensão de perpetuação do ilícito, afastando alegação de decadência.¹⁸⁴

É assente no Pretório Excelso o entendimento de que a ação direta de inconstitucionalidade não se sujeita a prescrição ou decadência.¹⁸⁵

¹⁷⁸ A Ministra Ellen Gracie, em decisão monocrática, afirmando ser a peça jurídica extensa e ininteligível, com dizeres desconexos, desordenados e impertinentes, negou seguimento a petição que considerou inepta (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática PET 3.794. Relator: Min. Ellen Gracie, j. 03.08.2009).

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.103/PI. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 01.06.2006.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.298 MC/TO. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 07.10.2009.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.434 MC/PI. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 23.08.2006.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 654 MC/PR. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 11.12.1991.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.682/AP. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 12.02.2009.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 26.860/DF. Relator: Min. Luiz Fux, j. 02.04.2014.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.247/PA. Relator: Min. Celso de Mello, j. 17.08.1995.

2.2.1.7 Impossibilidade de desistência

O artigo 5º da Lei n. 9.868/1999 estabelece que, proposta a ação direta, não se admitirá a desistência.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira assevera que:

O legislador adotou o entendimento, já externado por vezes no Pretório Excelso, no sentido de que proposta a ação direta, não se admitirá desistência, tratando-se de direito indisponível. Com fulcro nos mesmos fundamentos o Supremo Tribunal Federal, confirmando entendimento anterior, decidiu pela inadmissibilidade da desistência total ou parcial da liminar. Concordamos como o entendimento do Supremo, trata-se de processo objetivo, onde a matéria é de ordem pública (questão constitucional), o que justifica a impossibilidade da desistência da ação e do pedido liminar.¹⁸⁶

O controle de constitucionalidade é realizado em tese, de forma abstrata, em defesa da Constituição Federal e não cuida de direitos subjetivos, por essa razão, o interesse no julgamento da ação passa a ser de toda a sociedade e, principalmente, do próprio Supremo Tribunal Federal¹⁸⁷, justificando a impossibilidade de desistência, facultada nos processos em individuais.

2.2.1.8 Pedido de informações

De acordo com o art. 6º, caput e parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades que editaram a lei ou ato normativo impugnado, devendo as mesmas ser prestadas no prazo de trinta dias a contar do recebimento do pedido.

No escólio de Saul Tourinho Leal:

Se a ADI visar à declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal, o Congresso Nacional e a Presidência da República deverão prestar informações. Todavia, suponhamos que, por qualquer razão, o Presidente da República ajuíze uma ADI contra lei federal. Nesse caso, como trouxe fundamento jurídico do seu pedido na inicial, não precisará prestar informações. Ou seja, quando o órgão que criou a lei ou a autoridade que criou o ato normativo forem autores da ADI não precisam prestar informações.¹⁸⁸

Se houver urgência, o Supremo Tribunal Federal poderá dispensar o pedido de informações, prosseguindo o feito normalmente.

Não cabe recurso contra a deliberação que solicita informações.

¹⁸⁶ FERREIRA, op. cit., p. 61.

¹⁸⁷ LEAL, op. cit., p. 351-352.

¹⁸⁸ Ibid., p. 352-353.

Sendo necessários esclarecimentos sobre a matéria ou circunstância de fato, o relator poderá determinar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre questão ou designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade em determinada área do conhecimento.¹⁸⁹

O relator poderá ainda, conforme prevê o art. 9º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.868/1999, solicitar informações de outros Tribunais sobre a aplicação da norma impugnada.

As audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário foram previstas, inicialmente, pelas Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99, que tratam do processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

No Supremo Tribunal Federal, o procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno.¹⁹⁰

A primeira audiência pública realizada pela Corte foi convocada pelo Min. Ayres Britto, Relator da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), e aconteceu no dia 20 de abril de 2007.

2.2.1.9 Suspeição e impedimento de Ministro

Tratando-se de um processo objetivo, que não possui partes e não analisa situações de caráter individual e interesses concretos, o controle abstrato de constitucionalidade não admite arguição de suspeição ou impedimento¹⁹¹⁻¹⁹²⁻¹⁹³⁻¹⁹⁴, ressalvada a possibilidade de os próprios Ministros se afastarem de determinado processos por razões de foro íntimo.¹⁹⁵

Existe crítica da doutrina com relação à restrição do Supremo Tribunal Federal à análise da parcialidade dos seus julgadores, considerando que apesar de não existir lide na

¹⁸⁹ LEAL, op. cit., p. 353.

¹⁹⁰ BRASÍLIA. SITE OFICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informações. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

¹⁹¹ O impedimento, como proibição absoluta, somente ocorrerá se o julgador tiver atuado no feito como requerente, requerido, Procurador-Geral da República ou Advogado Geral da União (BINENBOJM, op. cit., p. 146).

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 55 MC-QO/DF. Relator: Octavio Gallotti, j. 31.05.1989.

¹⁹³ No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 42.777 e da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132, que analisaram a união estável homoafetiva, o Ministro Dias Toffoli, por ter se manifestado nesses autos como Advogado-Geral da União, opinando pela procedência de ambos, declarou-se impedido.

¹⁹⁴ Pelo mesmo motivo, o Ministro Dias Toffoli se declarou impedido na ação direta de inconstitucionalidade n. 4167.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.345/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 25.08.2005.

concepção clássica nos processos objetivos, neles ocorre a análise de interesses políticos, sociais e econômicos do país, formando um quadro de fatores reais de poder.¹⁹⁶

2.2.1.10 Impossibilidade de intervenção de terceiros

O art. 7º, da Lei n. 9.868/99 estabelece que não é admitida a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.¹⁹⁷

No entanto, o parágrafo 2º, da mesma Lei, admite, diante da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes, a manifestação de outros órgãos ou entidades.¹⁹⁸⁻¹⁹⁹

Amicus curiae é uma palavra de origem latina que significa “amigo da cúria”. É traduzida para o inglês, geralmente, como *friend of the court*, que em português seria “amigo do tribunal”. Também é utilizada a expressão *amici curiae* para significar mais de um amigo atuando no processo, como “amigos da corte” ou “amigos do tribunal”.²⁰⁰

Rafael Menezes Trindade Barreto assenta que:

Oriundo do direito norte-americano, esse sujeito processual foi acolhido pela ordem jurídica brasileira e, gradativamente, tem assumido uma posição de destaque na jurisdição constitucional.

[...] o Supremo Tribunal Federal, numa perspectiva extremamente democrática e pluralista, tem sido extremamente receptivo ao *amicus*, ampliando o círculo de intérpretes constitucionais [...].²⁰¹

De acordo com Paolo Bianchi, no contexto do processo americano, o *amicus curiae*:

[...] è diventato un soggetto il quale, individualmente od in rappresentanza di un grupo, agisce come portatore di un próprio interesse che egli afferma coincidire (almeno parzialmente) com quello alla cui tutela è volto l'operato della corte.²⁰²

¹⁹⁶ Nesse sentido: BINENBOJM, op. cit., p. 146.

¹⁹⁷ Nem mesmo a figura do assistente litisconsorcial é admitida (FERREIRA, op. cit., p. 63).

¹⁹⁸ “Trata-se do *amicus curiae* (“amigo da corte”), de origem do *common law* inglês e evolução no direito norte-americano, segundo Paolo Bianchi (BIANCHI, Paolo. Un'a amicizia interessata: L'amicus curiae davanti alla corte suprema degli stati uniti. *Giurisprudenza Costituzionale*, [s.i.], p.4751-4787, 1995. Nov.-dez., p. 4756).

¹⁹⁹ Há quem defenda que o *amicus curiae* se originou do direito romano (CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo*, [s.i.], n. 234, p.111-141, 2003. Out. Dez., p. 114).

²⁰⁰ ALENCAR, Alexandre Auto de. *Amicus Curiae: Possibilidades e limites como mecanismo de democratização do controle de constitucionalidade das leis*. 2006. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4675/1/arquivo6078_1.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019, p. 124.

²⁰¹ BARRETTO, Rafael Menezes Trindade. *Amicus curiae e democratização do debate constitucional*. 2007. 242 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007. Disponível em:

<<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9161/1/RAFAEL%20MENEZES%20TRINDADE%20BARRETTO.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2019, p. 12-13.

²⁰² BIANCHI, op. cit., p. 4756. Tradução livre: “[...] é um sujeito que, individualmente ou representando um grupo, age como portador de um interesse próprio que ele afirma coincidir (ao menos parcialmente) com aquele cuja tutela está submetida à análise da corte”.

A origem do *amicus curiae* na Suprema Corte dos Estados Unidos é polêmica. Para a doutrina brasileira, remonta a 1908, no caso *Muller vs. Oregon*, através do chamado *Brandeis-brief*, um relatório ou memorial apresentado pelo advogado Louis D. Brandeis.²⁰³

Sua utilização vem crescendo nos Estados Unidos, estando presente em quase todo caso sujeito à jurisdição da Suprema Corte, com ampla utilização também nos tribunais dos Estados. Sua relevância é representada pela grande quantidade de pesquisas realizadas no curso da história, com relação à sua influência nas decisões da Suprema Corte.²⁰⁴

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.321 MC/DF, destacou que a intervenção do “amicus curiae” tem por escopo promover a pluralização do debate constitucional.²⁰⁵

A participação do *amicus curiae* pode ser por escrito ou por meio de sustentação oral, nos termos do art. 131, parágrafo 3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Alguns Ministros do Pretório Excelso têm exigido a presença da pertinência temática para a participação do *amicus curiae*.

Os pedidos de intervenção devem ser formulados até a data em que o relator pede a inclusão do processo na pauta de julgamento e o *amicus curiae* não tem legitimidade recursal, ressalvada a possibilidade de interposição de recurso contra a decisão que indefere o seu pedido de ingresso no feito.²⁰⁶

2.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Conforme mencionado anteriormente no presente estudo, a violação à Constituição pode resultar de uma atuação do Poder Público (comportamento ativo), quando esse elabora normas em desacordo formal ou de conteúdo, com aquilo que estabelece a Constituição. Esse tipo de conduta produz a inconstitucionalidade por ação.

Quando ocorre a demora do Estado em adotar as medidas necessárias à efetivação das diretrizes constitucionais (comportamento negativo), surge a inconstitucionalidade por omissão.²⁰⁷ Essa pode ser total, quando não há o mínimo cumprimento da norma

²⁰³ ALENCAR, op. cit., p. 128.

²⁰⁴ Ibid., p. 129.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.321 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 25.10.2000.

²⁰⁶ FERREIRA, op. cit., p. 64.

²⁰⁷ “A afirmação de que o legislador pratica uma inconstitucionalidade pelo que **não** faz só foi possível a partir do momento em que se entendeu que da Constituição se extraem deveres ou obrigações que devam ser por ele cumpridos. E isso pressupõe, obviamente, o estabelecimento de uma relação de vinculatividade entre um e outro que vá além da tradicional subordinação “negativa”, compreendida como limite material e formal à atuação do

constitucional, ou parcial, decorrente de execução defeituosa ou insuficiente dos preceitos Constitucionais.²⁰⁸

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão surgiu, no Brasil, na Constituição Federal de 1988.²⁰⁹⁻²¹⁰

Apenas em outubro de 2009 a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi regulamentada pela Lei n. 12.063/2009.

2.2.2.1 Legitimação ativa

Os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão são os mesmos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, conforme estabelece o art. 12-A, da Lei n. 12.063/2009.

De acordo com o art. 12-D, da mencionada Lei, proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência.

Por ocasião do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 3.682/MT²¹¹, o Ministro Gilmar Mendes observou que o art. 102 da Constituição Federal não contempla a ação direta por omissão.

O Ministro Gilmar Mendes prossegue seu voto destacando que o constituinte português tratou de forma diversa os processos de controle abstrato da ação e da omissão.

Salientou ainda as dificuldades decorrentes da adoção da mesma legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Com relação ao requisito da pertinência temática, ocorre o mesmo que se verifica na ação direta de inconstitucionalidade, sendo dispensada com relação aos legitimados universais. Os demais legitimados necessitam comprovar a pertinência temática.

Poder Público.” (CAIXETA, Gabriel Ricardo Jardim. *Silêncio legislativo, liberdade para legislar e omissão inconstitucional*. 2015. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-24112015-110351/pt-br.php>>. Acesso em: 29 abr. 2019, p. 52).

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MI 542/SP. Relator: Min. Celso de Mello, j. 29.08.2001.

²⁰⁹ “As constituições estaduais podem instituir como competência dos Tribunais de Justiça ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos termos do § 2º do art. 125 da Constituição Federal, vedada a atribuição da iniciativa a um único órgão” (FERREIRA, op. cit., p. 84).

²¹⁰ O Supremo já admitia o seu cabimento, mesmo antes da regulamentação infraconstitucional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.276/CE. Relator: Min. Eros Grau, j. 02.06.2005).

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.682/MT. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007.

2.2.2.2 Legitimação passiva

A concretização da Constituição Federal depende dos Poderes do Estado. Dessa forma, a configuração da mora em regulamentar dispositivos constitucionais é do Poder Público, de órgão, entidade ou autoridade de que dependia a mencionada regulamentação.²¹²

É legitimado passivamente para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão o órgão ou autoridade omissos competentes para a elaboração da medida para dar efetividade à norma constitucional.

Constitui atribuição do Congresso Nacional, por exemplo, a elaboração de leis para a regulamentação de direitos previstos na Constituição Federal.

Para Saul Tourinho Leal:

[...] há, no nosso ordenamento constitucional, os projetos de lei de iniciativa reservada. É o caso do Presidente da República a quem cabe a iniciativa de lei que implique aumento de despesas públicas, ou do STF a quem incumbe o encaminhamento de projeto de lei complementar que regule a magistratura nacional. Quando aqueles constitucionalmente investidos da missão de encaminhar projetos de lei sobre uma dada matéria não o fazem, também incidem na prática da inconstitucionalidade por omissão.

Desse modo, e requerido sempre será o órgão ou autoridade que não cumpriu o dever que lhe foi constitucionalmente imposto de promover as medidas cabíveis à concretização da Constituição Federal.²¹³

No entanto, cumpre observar que os legitimados não são partes, por se tratar de um processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, no qual não há partes ou controvérsia.²¹⁴

2.2.2.3 Objeto

A Constituição Federal possui normas de diversos tipos. Uma dessas diferenciações diz respeito ao grau de eficácia. A efetividade das normas constitucionais é fundamental ao Estado Democrático de Direito e apresenta relação íntima com as omissões inconstitucionais.

Enquanto a inconstitucionalidade por ação opera no campo da validade das normas, a inconstitucionalidade por omissão opera na área da eficácia das normas constitucionais.²¹⁵

²¹² LEAL, op. cit., p. 390.

²¹³ Ibid., p. 390-391.

²¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 262.

²¹⁵ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 85.

O art. 34, 34º, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, estabelecia que competia privativamente ao Congresso Nacional “decretar as leis orgânicas para a execução completa da Constituição”.

Em comentário ao mencionado dispositivo legal, Rui Barbosa destacou que “nem todas as disposições constitucionais são auto-applicáveis. As mais dellas, pelo contrário, não o são. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a acção legislativa, para lhe tornar efectivos os preceitos”.²¹⁶

A omissão em estudo é mais abrangente do que a simples omissão legislativa, abrangendo atos gerais, abstratos²¹⁷ e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele competente para a criação do direito positivo.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, se ocorrer a revogação da norma constitucional que necessitava de regulamentação para a sua efetividade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão será extinta pela perda do objeto.²¹⁸

O Pretório Excelso já admitiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mesmo na hipótese de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei sobre a matéria, destacando que a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.²¹⁹

Por fim, o Supremo Tribunal Federal não admite a fungibilidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão com o mandado de injunção.²²⁰

2.2.2.4 Procedimento

Compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na forma do artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal.

O procedimento na ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade genérica, com exceções, a exemplo da desnecessidade de atuação do Advogado-Geral da União.²²¹

O Advogado-Geral da União não é obrigado a atuar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mas de acordo com o que prevê o art. 12-E, parágrafo 2º,

²¹⁶ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*: coligidos e ordenados pro Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933, v. II: arts. 16 a 40, p. 488.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 19/AL. Relator: Min. Aldir Passarinho, j. 23.02.1989.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.836/SP. Relator: Min. Moreira Alves, j. 18.06.1998.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.682/MT. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MI 395 QO/PR. Relator: Min. Moreira Alves, j. 27.05.1992.

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 23 QO/SP. Relator: Min. Sydney Sanches, j. 09.08.1989.

da Lei n. 12.603/2009, o relator poderá solicitar a sua manifestação, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 dias.

Ao contrário do que ocorre com relação ao Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da República sempre atuará na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 1º, da Constituição Federal).

Conforme dispõe o art. 12-E, parágrafo 2º, da Lei n. 12.603/2009, nas ações em que o Procurador-Geral da República não for autor, ele terá vista do processo, por 15 dias, após o decurso do prazo para informações.

A petição deve indicar a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento do dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa, o pedido com as suas especificações (art. 12-B, I e II, da Lei n. 12.603/2009), além de ser acompanhada de procuração, se for o caso, em duas vias, com cópias dos documentos necessários à comprovação da omissão alegada (art. 12-B, parágrafo único, da Lei n. 12.603/2009).

Caso a petição inicial seja inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, poderá ser liminarmente indeferida pelo relator (art. 12-C, *caput*, da Lei n. 12.603/2009), cabendo agravo contra a decisão que indeferir a petição inicial (art. 12-C, parágrafo único, da Lei n. 12.603/2009).

Os demais colegitimados para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão que não propuseram a ação poderão nela se manifestar, por escrito, sobre o objeto e pedir a juntada de documentos úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais (art. 12-E, parágrafo 1º, da Lei n. 12.603/2009).

Aplicam-se, subsidiariamente, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão as mesmas regras cabíveis à ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 12-E, *caput*, da Lei n. 12.603/2009).

O Supremo Tribunal Federal não permitia a conversão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão em ação direta de inconstitucionalidade genérica, nem o oposto.²²²

No entanto, há um precedente do Pretório Excelso que conheceu como petição de ação direta genérica uma inicial de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, diante da supressão da omissão do Poder Executivo, que teve a iniciativa de Projeto de Lei

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.439 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 22.05.1996.

complementar, e do Poder Legislativo, que o aprovou, suprimindo a omissão, fazendo desaparecer o vício que invalidaria os dispositivos impugnados.²²³

De acordo com Olavo Augusto Vianna Ferreira é aplicável na ação direta por omissão o mesmo quórum da ação direta genérica.²²⁴

Declarada a inconstitucionalidade por omissão, quando se tratar de providência administrativa, o órgão deverá tomá-la em 30 dias, sob pena de responsabilidade.

Diversa será a solução quando se tratar de providência legislativa, porque o órgão legislativo não pode ser obrigado a legislar, ainda que por determinação do Judiciário.²²⁵⁻²²⁶

2.2.2.5 Concessão de medida liminar

O Supremo Tribunal Federal posicionava-se no sentido do não cabimento da liminar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, haja vista ser incompatível com os efeitos decorrentes da decisão definitiva²²⁷, salvo em situações de omissão parcial.²²⁸

No entanto, segundo dispõe o art. 12-F, da Lei nº 12.063/2009, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria dos seus membros, poderá conceder a medida cautelar²²⁹⁻²³⁰⁻²³¹⁻²³², após audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que terão o prazo de cinco dias para se pronunciar.

A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou ato normativo questionado, quando se tratar de omissão parcial, na suspensão de processos judiciais ou de

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.600 MC/UF. Relator: Min. Sydney Sanches, j. 27.08.1997.

²²⁴ FERREIRA, op. cit., p. 88.

²²⁵ Há precedente no Supremo Tribunal Federal que fixou prazo para o órgão legislativo suprir a sua omissão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.682/MT. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 510.467/AgR. Relator: Min. Cármen Lúcia, j. 02.03.2007.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.439 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 22.05.1996.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 336 MC/DF. Relator: Min. Celio Borja, j. 24.09.1990; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 652 MC/MA. Relator: Min. Celso de Mello, j. 18.12.1991; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.040/PR. Relator: Min. Maurício Corrêa, j. 15.12.1999.

²²⁹ Registre-se entendimento superado do Supremo Tribunal Federal que não permitia a concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.439 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 22.05.1996).

²³⁰ No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 361 MC/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 05.10.1990.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática ADO 24 MC/DF. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 01.07.2013.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática ADO 23 MC/DF. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 24.01.2013.

procedimentos administrativos ou outra providência a ser fixada pelo Tribunal, na forma do art. 12-F, parágrafo 1º, da Lei nº 12.063/2009.

Se o relator considerar indispensável, determinará a oitiva do Procurador-Geral da República no prazo de três dias (art. 12-F, parágrafo 2º, da Lei nº 12.063/2009).

Por ocasião do julgamento do pedido de medida cautelar, é facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal (art. 12-F, parágrafo 3º, da Lei nº 12.063/2009).

Caso seja concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal publicará, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 (dez) dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando, no que couber, o disposto na Seção I do Capítulo II da Lei n. 9.868/99.

2.2.2.6 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão *versus* mandado de injunção

Assim como ocorre na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção é um remédio constitucional apto a sanar a síndrome da ineficácia das normas constitucionais.

Segundo Helen Barbosa Ortolani, uma primeira corrente doutrinária vincula o mandado de injunção brasileiro ao “writ of injunction” do Direito inglês e norte-americano.²³³

No direito norte-americano, existem vários “writs”, originários do direito inglês, destinados a controlar os atos ilegais e abusivos do Poder Público, com algumas diferenças em relação às destinações e aos procedimentos adotados na Inglaterra e nos Estados Unidos.²³⁴

No escólio de José Afonso da Silva, o mandado de injunção é originário da Inglaterra, no século XIV, como remédio da *equity*, nascido do juízo de equidade, quando da ausência de norma legal (*statutes*) e a *common law* não oferece proteção suficiente.²³⁵

²³³ ORTOLANI, Helen Barbosa. *Mandado de Injunção: o desenvolvimento do Instituto*. 2010. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-30042013-153526/pt-br.php>>. Acesso em: 15 maio 2019, p. 41.

²³⁴ REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança Individual e coletivo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29/30.

²³⁵ SILVA, José Afonso da. *Mandado de segurança e de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord) São Paulo, 1990, p. 397.

Para Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção diferem quanto à modalidade, objeto, cabimento e efeitos da decisão.²³⁶

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o controle é realizado em abstrato, enquanto no mandado de injunção, o controle é concreto, decorrente das omissões inconstitucionais.²³⁷

Com relação ao objeto, o mandado de injunção é mais restrito do que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, abarcando somente as situações de inércia na regulamentação de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ser utilizada diante da omissão de qualquer providência necessária para tornar efetiva norma constitucional.²³⁸

O Supremo Tribunal Federal considera incabível a impetração do mandado de injunção contra atos normativos já editados, considerando que a simples edição da norma suprime a inércia regulamentar, mesmo no caso de omissão parcial com relação aos direitos descritos no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal.²³⁹

No tocante aos efeitos da decisão proferida, tratando-se de *órgãos administrativos*, a Constituição fixa o prazo de trinta dias para adoção das medidas necessárias (art. 103, parágrafo 2º, CF).

De outro lado, tratando-se de mora do Poder Legislativo, a Carta Política não fixou o prazo para sanar a omissão. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade números 2.240²⁴⁰, 3.316²⁴¹, 3.489²⁴² e 3.689²⁴³, fixou o prazo de vinte e quatro meses para que as leis estaduais, que estabeleceram a criação de municípios ou alteração de seus limites territoriais, continuassem a ter vigência. Já no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.682²⁴⁴, a Suprema Corte definiu o prazo de dezoito meses

²³⁶ FERREIRA, op. cit., p. 92.

²³⁷ Dirley da Cunha Júnior ensina que: "o mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de garantia da Constituição." (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 553).

²³⁸ FERREIRA, op. cit., p. 94-97.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MI 58/DF. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 14.12.1990.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.240/BA. Relator: Min. Eros Grau, j. 09.05.2007.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.316/MT. Relator: Min. Eros Grau, j. 09.05.2007.

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.489/SC. Relator: Min. Eros Grau, j. 09.05.2007.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.689/PA. Relator: Min. Eros Grau, j. 10.05.2007.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.682/MT. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007.

para que o Congresso adotasse as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, parágrafo 4º, da Constituição.

No que se refere aos efeitos, a doutrina aponta a diferença de posicionamento a ser adotado pelo Poder Judiciário em se tratando de mandado de injunção e de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.²⁴⁵

Por fim, é possível que ocorra a sobreposição entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quando a omissão se referir à ausência de medida para tornar efetiva norma constitucional definidora de direito fundamental.²⁴⁶

2.2.3 Ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade foi criada pela emenda constitucional n. 3, de 17/03/1993²⁴⁷⁻²⁴⁸, que alterou a redação do art. 102, 1, "a", e acrescentou o parágrafo 2.º ao art. 102 e o parágrafo 4.º ao art. 103, sendo regulamentada pela Lei n. 9.868/99.

Surgiu num contexto em que sucessivos planos econômicos tentavam, sem sucesso, combater a alta nos gastos públicos, com a inflação fora do controle. A renda dos assalariados sofria sucessivas quedas e o governo recorria a empréstimos para cumprir suas obrigações e o Judiciário acumulava processos desde o início da década de 1990, com alternância entre a manutenção e a majoração do índice de congestionamento.²⁴⁹

Diante desse quadro de crise, o governo promoveu esforços buscando propiciar o ajuste fiscal da economia e evitar o agravamento do problema do Judiciário, considerando que reformas na área tributária normalmente causam disputas judiciais envolvendo significativo número de litigantes, atrasando ou mesmo inviabilizando os planos governamentais.²⁵⁰

²⁴⁵ FERREIRA, op. cit., p. 98-99.

²⁴⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 295.

²⁴⁷ “Com o surgimento desta nova modalidade de ação, de controle concentrado de constitucionalidade, nasceu à discussão doutrinária sobre a constitucionalidade ou não da Emenda Constitucional, considerando-se que a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos normativos prescinde a declaração de Constitucionalidade. Ademais, não há contraditório, já que o Advogado Geral da União não é citado para defender o ato. Outro vício apontado consiste na criação do efeito vinculante, da decisão de mérito, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.” (FERREIRA, op. cit., p. 67).

²⁴⁸ No entanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, em sede de controle incidental, a constitucionalidade da ação declaratória, com a seguinte ementa: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC 1/DF. Relator: Min. Moreira Alves, j. 27.10.1993.

²⁴⁹ BRANCO, Eduardo Lago Castello. *Controle concentrado de constitucionalidade e democracia: ação declaratória de constitucionalidade e construção jurisprudencial*. 2006. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pós-graduação, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2006. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/ObraBtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=75167>>. Acesso em: 16 maio 2019, p. 63-64.

²⁵⁰ BRANCO, op. cit., p. 65.

Buscou-se com a introdução da ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, a criação de um instrumento para prevenir eventuais disputas judiciais e conferir segurança jurídica à reforma que o governo desejava implantar.

Para Eduardo Lago Castello Branco:

A ação declaratória de constitucionalidade denota uma ação direta que visa solucionar controvérsia constitucional, com a finalidade de verificar a coerência da norma ou ato normativo, exclusivamente federal, com a Constituição. Trata-se de processo no qual inexistem partes ou lide. A decisão poderá declarar tanto a constitucionalidade como a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal, cujos efeitos incidirão contra todos e vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.²⁵¹

Apesar de toda lei ser presumida constitucional, essa presunção é apenas relativa, admitindo o controle da constitucionalidade de forma concentrada ou difuso.

2.2.3.1 Aspectos comuns à ação direta de inconstitucionalidade

Tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a ação declaratória de constitucionalidade são ações que fazem parte do controle concentrado de constitucionalidade.

Na redação original da Emenda Constitucional n. 3/93, que acrescentou ao texto constitucional o parágrafo 4º do art. 103, o rol dos legitimados ativos para a propositura de ação direta de constitucionalidade eram: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. Observa-se que o elenco era limitado, se comparado com aquele da Ação Direita de Inconstitucionalidade.

No entanto, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04, a ação declaratória de constitucionalidade passou a ter os mesmos legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade.

O procedimento da ação declaratória de constitucionalidade está previsto na Lei n. 9.868/99 e, do mesmo modo que ocorre na ação direta, não é permitida a desistência (art. 16, da Lei n. 9.868/99), a intervenção de terceiros (art. 18, da Lei n. 9.868/99), admitindo-se a atuação do *amicus curiae*²⁵², apesar da ausência de previsão expressa na Lei n. 9.868/99.

Para o julgamento, exige-se o mesmo *quorum* da ação direta de inconstitucionalidade.

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

²⁵¹ BRANCO, op. cit., p. 71-72.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática ADC 24/DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia, j. 17.03.2010.

embargos declaratórios, não podendo ser objeto de ação rescisória (art. 26, da Lei n. 9.868/99).

2.2.3.2 Objeto

Diferentemente do que acontece na ação direta de inconstitucionalidade, na qual é permitida a análise da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, na ação declaratória de constitucionalidade, apenas a lei ou ato normativo federal poderão ser apreciados.

É possível a instituição nos Estados-membros da ação declaratória de constitucionalidade: “[...] desde que a Constituição Estadual preveja. Confrontaria leis locais com a Constituição Estadual. Seria ajuizada perante o Tribunal de Justiça do Estado.”²⁵³

De resto, quanto ao objeto, vale tudo que foi dito no tópico referente à ação direta de inconstitucionalidade.²⁵⁴

2.2.3.3 Relevante controvérsia judicial

Constitui requisito de admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade a demonstração da existência de controvérsia²⁵⁵ judicial relevante²⁵⁶ que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo em exame (art. 14, III, da Lei n. 9.868/99).

A controvérsia judicial deve ser comprovada logo na petição inicial, com a demonstração de que ela ocorre “em proporções relevantes”, suficiente para gerar um estado de insegurança jurídica, instabilidade social e provocar grave incerteza quanto à validade

²⁵³ LEAL, op. cit., p. 383.

²⁵⁴ De acordo com Dirley da Cunha Júnior todas as leis e atos normativos federais podem ser objeto da ação declaratória (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 312).

²⁵⁵ Segundo Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira controvérsia significa tanto decisões favoráveis quanto desfavoráveis à constitucionalidade do ato (FERREIRA, op. cit., p. 69-70).

²⁵⁶ “A lei exige como requisito para a propositura da ADC a existência de um estado de incerteza sobre a constitucionalidade, gerado por “controvérsias judiciais relevantes” (art. 14, III, da Lei 9.868). Isso constitui uma das poucas diferenças processuais entre a ADIn e a ADC: a primeira pode ser proposta imediatamente após a edição do dispositivo, independentemente de sua repercussão concreta e do posicionamento do Judiciário. Já no caso da ADC, o requisito da relevante controvérsia judicial posterga no tempo sua interposição. Essa limitação justifica-se pelo fato de os atos normativos possuírem presunção de constitucionalidade. Por isso, não possui utilidade o pedido de confirmar, mediante ADC, a validade de norma antes que haja sérios questionamentos forenses.” (DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 147-148).

constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, não sendo o bastante meras conjecturas.²⁵⁷⁻²⁵⁸

De acordo com o que estabelece o art. 15, da Lei n. 9.868/99, a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente deverão ser liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo contra a decisão que indeferir a petição inicial (art. 15, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99).

2.2.3.4 Pedido de informações aos órgãos elaboradores da norma

Considerando que o que se persegue com a ação declaratória de constitucionalidade é a reafirmação da constitucionalidade da lei ou ato normativo, a doutrina sustenta que não existe a necessidade de informações dos órgãos ou autoridades prolores das leis ou ato normativo federal.²⁵⁹

2.2.3.5 Medida cautelar

Conforme estabelece o artigo 21, da Lei n. 9.868/99 é possível o deferimento de pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade.

Se for concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal publicará a parte dispositiva da decisão em seção especial do Diário Oficial da União, no prazo de dez dias, devendo julgar a ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda da eficácia da medida cautelar deferida (art. 21, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99).

2.2.3.6 Ausência de atuação do Advogado-Geral da União

Em razão do processo da ação declaratória de constitucionalidade visar a preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo que é seu objeto, o Supremo Tribunal Federal afirmou que não existe razão para que o Advogado-Geral da União atue como curador

²⁵⁷ LEAL, op. cit., p. 380.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC 8/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 13.10.1999.

²⁵⁹ Nesse sentido: LEAL, op. cit., p. 381; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 312.

do ato normativo, destacando que o silêncio da emenda constitucional n. 3 a esse respeito é um silêncio eloquente, a afastar a ideia de que houve omissão.²⁶⁰

2.2.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, no direito brasileiro, foi prevista no texto original da Constituição de 1988, tendo sido regulamentada, apenas, com a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

O procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental é disciplinado pela Lei n. 9.882/99.

Antes da entrada em vigor da mencionada Lei, o Supremo Tribunal Federal entendia que o art. 102. parágrafo 1º, da Constituição Federal era norma constitucional de eficácia limitada, o que impedia a sua apreciação antes da regulamentação infraconstitucional.²⁶¹⁻²⁶²

Trata-se de mais uma das formas de controle concentrado de constitucionalidade prevista pelo Constituinte Originário.²⁶³

2.2.4.1 A arguição autônoma e a arguição incidental

Estabelece o art. 1º, caput, da Lei n. 9.882/99 que a arguição de descumprimento de preceito fundamental será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (denominada ação de descumprimento de preceito fundamental autônoma).

Da redação do mencionado artigo de Lei, observa-se que a ação poderá ser ajuizada tanto em caráter preventivo (para “evitar” lesão a preceito fundamental), quanto repressivo (para “reparar” lesão a preceito fundamental).

O Supremo Tribunal Federal já admitiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental em face de omissão do Poder Público.²⁶⁴⁻²⁶⁵

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC 1 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves, j. 27.10.1993.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Pet 1.140 AgR/TO. Relator: Min. Sydney Sanches, j. 02.05.1996.

²⁶² André Ramos Tavares sustenta que a norma constitucional possui eficácia imediata, embora regulamentável (TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito constitucional fundamental*: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99). São Paulo: Atlas, 2001, p. 96).

²⁶³ Para Zeno Veloso, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação de inconstitucionalidade especial (VELOSO, op. cit., p. 35).

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 4 MC/DF. Relatora: Min. Ellen Gracie, j. 02.08.2006.

Permite-se, ainda, a propositura da arguição de descumprimento fundamental “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei n. 9.882/99), cuidando a presente hipótese da arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental.²⁶⁶

2.2.4.2 Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental e conteúdo do pedido

Na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, o objeto é “lei ou ato normativo”. O objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental é mais amplo, sendo possível a impugnação de qualquer ato do Poder Público (não necessariamente normativo).²⁶⁷⁻²⁶⁸

No entanto, em razão da amplitude da expressão “ato do Poder Público”, que inclui também atos de natureza administrativa e judicial, o Supremo Tribunal Federal vem afastando alguns objetos, os quais, no entendimento da Corte Maior, não poderiam ser impugnados em arguição de descumprimento de preceito fundamental.²⁶⁹

Quanto ao limite espacial, ao contrário do que ocorre na ação direta de inconstitucionalidade (que tem como objeto lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal) e na ação declaratória de constitucionalidade (que só viabiliza a análise de lei ou ato normativo federal em face da Constituição Federal), na arguição de descumprimento de preceito fundamental admite-se como objeto ato do Poder Público municipal em face de preceito fundamental da Constituição Federal.

²⁶⁵ “Mesmo que um tema esteja sendo tratado por uma ADI ou ADC perante o Supremo, é cabível o processamento da ADPF para cuidar do mesmo assunto se a Corte entender que o resultado proferido em sede de ADPF será mais eficaz.” (LEAL, op. cit., p. 454).

²⁶⁶ Na arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental: “[...] permite-se aferir, *in abstracto*, a validade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, anteriores ou posteriores à Constituição, e desde que, em razão desse controvérsia, ou da aplicação ou não aplicação do ato, esteja sendo violado preceito fundamental.” (Ibid., p. 454).

²⁶⁷ SARMENTO, op. cit., p. 425.

²⁶⁸ “A natureza do objeto na ADPF, então é qualquer ato do Poder Público, e não apenas atos do Poder Público de natureza legislativa (lei ou ato normativo). A consequência prática disso é que, se na ADI e ADC somente os atos legislativos do Poder Público (leis e atos normativos) poderiam ser objeto de controle, logo, os atos do Poder Público (leis e atos normativos) poderiam ser objeto de controle, logo, os atos do Poder Público de natureza administrativa e judicial nunca poderiam ser impugnados em sede de ADI ou ADC. Já na ADPF isso, em tese, é possível. Atos administrativos e decisões judiciais, como são atos do Poder Público, podem ser objeto de ADPF, embora sejam destituídos de natureza de ato legislativo. [...] Portanto, o objeto na ADPF (ato do Poder Público) é muito mais amplo que na ADI e na ADC (lei ou ato normativo).” (Ibid., p. 426).

²⁶⁹ SARMENTO, op. cit., p. 426-427.

No que se refere ao limite temporal, como não se combate uma inconstitucionalidade na arguição de descumprimento de preceito fundamental, permite-se a impugnação de um objeto precedente ao parâmetro de controle.²⁷⁰

Para o Supremo Tribunal Federal, nem mesmo a revogação da lei ou ato normativo impede o exame da matéria em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente.²⁷¹

A causa de pedir na arguição de descumprimento de preceito é aberta, não se limitando o Supremo Tribunal Federal aos fundamentos apresentados pelo autor na petição inicial.

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi afirmam que:

O STF adotou essa interpretação em vários processos, decidindo que a Corte pode se basear em fundamentos não apresentados pelo autor. Rigorosamente falando, não temos aqui abertura da causa de pedir, o que ocorre é que a causa de pedir abrange sempre qualquer violação da Constituição.²⁷²

Portanto, não se aplicam as regras do processo tradicional com relação à causa de pedir no mecanismo de controle de constitucionalidade em apreço.

2.2.4.3 Parâmetro

É cabível a ação de descumprimento de preceito fundamental quando houver violação de *preceito fundamental* (Lei 9.882/1999, art. 1º, *caput*).

A arguição de descumprimento de preceito fundamental possui parâmetro mais restrito que a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, na medida em que aquela visa a defesa dos preceitos fundamentais, e estas a defesa da ordem constitucional como um todo.

A Constituição Federal e a Lei n. 9.882/99 não definem o que é preceito²⁷³ fundamental²⁷⁴, cabendo à doutrina e à jurisprudência conceituá-lo.

²⁷⁰ SARMENTO, op. cit., p. 428.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 33/PA. Relatora: Min. Gilmar Mendes, j. 07.12.2005.

²⁷² DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 162.

²⁷³ O termo tem origem latina e significa regra ou diretriz de conduta (NÓBREGA, Sávio Salomão de Almeida. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Tributário*. 2018. 255 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21772/2/S%C3%A1vio%20Salom%C3%A3o%20de%20Almeida%20N%C3%B3brega.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2019, p. 176).

²⁷⁴ A característica da fundamentalidade apresenta ligação com a Constituição em sentido material (NÓBREGA, op. cit., p. 177).

Para Uadi Lammêgo Bulos "[...] qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária".²⁷⁵

O Ministro Gilmar Mendes, na arguição de descumprimento de preceito fundamental 33, reconheceu a qualidade de fundamentais dos direitos e garantias individuais, dos demais princípios protegidos por cláusula pétreia e dos denominados princípios constitucionais sensíveis.²⁷⁶

A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem o escopo de salvaguardar aquilo que é mais sagrado e que existe de mais valioso no sistema jurídico.²⁷⁷

2.2.4.4 Objeto

A Lei n. 9.882/99 consagrou duas hipóteses de cabimento da ADPF, quais sejam: a denominada arguição autônoma (art. 1º, *caput*), que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, e a *arguição incidental* (art. 1º, parágrafo único) cabível quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Segundo a doutrina, o termo descumprimento deve ser compreendido de forma mais ampla que o termo inconstitucionalidade, com o fito de abranger os atos do poder público que sejam incompatíveis os preceitos fundamentais.

Discute-se se o objeto da arguição autônoma (ato do Poder Público) é diverso da arguição incidental (lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição).

O Ministro Alexandre de Moraes posiciona-se pela inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da multicitada Lei, na medida em que houve a ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal, possível, apenas, por Emenda Constitucional.²⁷⁸

Para André Ramos Tavares, a arguição autônoma tem um amplo espectro de controle, uma vez que abrange todos os atos do Poder Público, enquanto a arguição incidental tem espectro mais restrito, haja vista que se restringe a atos normativos estatais.²⁷⁹

²⁷⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 901.

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 33/PA. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 07.12.2005.

²⁷⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; SOUZA, Alexis Galiás de. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, [s.i.], v. 8, n. 30, p.69-77, 2000. Jan - Mar.

²⁷⁸ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 713.

Outra corrente doutrinária inclina-se no sentido de terem o mesmo objeto, conquanto sejam de modalidades distintas.²⁸⁰

A Suprema Corte tem posicionamento remansoso da inadequação da via abstrata para o controle dos atos regulamentares²⁸¹, súmulas comuns²⁸², súmulas vinculantes²⁸³, projeto de lei ou proposta de Emenda Constitucional²⁸⁴, decisão com trânsito em julgado²⁸⁵, vetos do chefe do Poder Executivo²⁸⁶ ou para a tutela de interesse meramente privado.²⁸⁷

2.2.4.5 Subsidiariedade da ação de descumprimento de preceito fundamental

Conforme prevê o art. 4º, parágrafo 1º, da Lei n. 9.882/99, não se admite arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade.

No direito estrangeiro: “a Verfassungsbeshwerde alemã e o recurso de amparo espanhol, têm, igualmente, caráter de subsidiariedade; só podem ser interpostos após terem sido esgotadas, regularmente, as vias judiciais”.²⁸⁸

Dirley da Cunha Júnior observa que a regra pode ser excepcionada se a questão for de significado geral, transcendendo interesses concretos e individuais.²⁸⁹

No entanto, Supremo Tribunal Federal vem acolhendo indiscriminadamente a norma da subsidiariedade, deixando de conhecer várias arguições, sob o fundamento da existência de

²⁷⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 314.

²⁸⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Arguição de descumprimento de preceito: análises à luz da lei n.º. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 203-208.

²⁸¹ “A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é, via de regra, meio inidôneo para processar questões controvertidas derivadas de normas secundárias e de caráter tipicamente regulamentar” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 210 AgR/DF. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 06.06.2013).

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 80 AgR/DF. Relator: Min. Eros Grau, j. 12.06.2006.

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 147 AgR/DF. Relator: Min. Cármen Lúcia, j. 24.03.2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 80 AgR/DF. Relator: Min. Eros Grau, j. 12.06.2006.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 43 AgR/DF. Relator: Carlos Britto, j. 20.11.2003.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 288 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 21.10.2013.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 73/DF. Relator: Min. Eros Grau, j. 07.05.2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 1 QO/RJ. Relator: Min. Néri da Silveira, j. 03.02.2000.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 11 AgR/SP. Relator: Min. Sydney Sanches, j. 18.11.2004.

²⁸⁸ VELOSO, op. cit., p. 305.

²⁸⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 375-376.

outros meios eficazes, seja no âmbito do controle difuso, seja no terreno do controle concentrado.²⁹⁰

Presentes os requisitos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e ausente o caráter subsidiário, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a conversão da ADPF em ADI²⁹¹ ou em ADC ou, ainda, de ADI ou ADC em ADPF²⁹², haja vista o princípio da fungibilidade.

2.2.4.6 Legitimação e competência

Os legitimados para propor a arguição são os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I, da Lei n. 9.882/99).

Existe divergência na doutrina com relação à necessidade de pertinência temática para a admissibilidade da arguição.²⁹³⁻²⁹⁴⁻²⁹⁵

Não há legitimado passivo na arguição, mas o relator solicitará informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias (art. 6º, *caput*, da Lei n. 9.882/99).

Se entender necessário, o relator poderá ouvir as partes nos processos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda fixar data para declarações em audiência pública de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 6º, parágrafo 1º, da Lei n. 9.882/99).

Admite-se, ainda, a critério do relator, a sustentação oral e a juntada de memoriais de interessados no processo (art. 6º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.882/99).

Quanto à competência, nos termos do art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal, a arguição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 377.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.180 REF-MC/DF. Relatora: Min. Cezar Peluso, j. 10.03.2010.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 378 MC/DF. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 17.12.2015.

²⁹³ Considerando a pertinência temática requisito para a admissibilidade da arguição (VELOSO, op. cit., p. 302).

²⁹⁴ Em sentido contrário (TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito constitucional fundamental*: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99). São Paulo: Atlas, 2001, p. 328).

²⁹⁵ No escólio de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira: “[...] a pertinência temática criada pelo Pretório Excelso não encontra fundamento em norma expressa ou implícita, afigurando-se como verdadeira construção judicial, o que é vedado, já que o Supremo Tribunal Federal não pode substituir o Poder Constituinte Reformador, alterando formalmente a Constituição. Entretanto, deverá o legitimado especial demonstrá-la, observando a jurisprudência do Supremo” (FERREIRA, op. cit., p. 71).

2.2.4.7 Petição inicial e procedimento

Os requisitos da petição inicial estão previstos no art. 3º, da Lei 9.882/99.

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi lecionam que na arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental, é necessária a comprovação da relevante controvérsia judicial, não se admitindo alegações genéricas.²⁹⁶

Se a petição inicial não preencher os requisitos legais ou for inepta, será indeferida liminarmente pelo relator (art. 4º, *caput*, da Lei n. 9.882/99), cabendo agravo contra o indeferimento, no prazo de cinco dias (art. 4º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.882/99).

Não sendo a inicial indeferida, as autoridades responsáveis pela prática do ato questionado deverão prestar informações no prazo de dez dias.

Conforme mencionado no tópico anterior, o relator poderá adotar as providências previstas no art. 6º, parágrafos 1º e 2º, da Lei n. 9.882/99.

Após o decurso do prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópias para os demais ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 7º, *caput*, da Lei n. 9.882/99).

O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista dos autos por cinco dias, depois do decurso do prazo para informações (art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.882/99).²⁹⁷

O Advogado-Geral da União deve atuar como defensor do ato impugnado quando objeto de controle é lei ou ato normativo (art. 102, parágrafo 3º, da Constituição Federal).²⁹⁸

2.2.4.8 Medida liminar

Conforme estabelece o art. 5º, da Lei n. 9.882/99, pode o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta dos seus membros, deferir medida liminar na arguição.

Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno (art. 5º, parágrafo 1º, da Lei n. 9.882/99).

²⁹⁶ DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 162.

²⁹⁷ “[...] a lei da ADPF não regulamenta a participação do Procurador-Geral da República. No entanto, o art. 103, § 1º, da CF impõe sua oitiva “nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”. Como a ADPF é uma ação de inconstitucionalidade, o silêncio da lei não dispensa essa oitiva. A diferença é que para sua manifestação não há prazo, como o estabelecido na Lei 9.868 para a ADIn, a ADO e a ADC.” (DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 162).

²⁹⁸ Ibid., p. 164.

A Lei prevê a possibilidade de o relator determinar a oitiva dos órgãos e autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias (art. 5º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.882/99).

De acordo com o parágrafo 3º, do art. 5º, da Lei 9.882/99 poderá ser determinada a suspensão do andamento de processo ou dos efeitos de decisões judiciais.²⁹⁹

É possível a apresentação de pedido de reconsideração contra a decisão que indefere a liminar, desde que tenha ocorrido fato novo.³⁰⁰

2.2.4.9 Decisão

Para o julgamento da ação a lei exige a participação de pelo menos dois terços dos Ministros (art. 8º, da Lei n. 9.882/99).

No escólio de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi:

A lei não estabelece um *quorum* de decisão específico, sendo suficiente a maioria dos presentes. Isso significa que uma ADPF poder ser declarada procedente com votos de menos que a metade dos membros do Tribunal (sendo 8 dos 11 Ministros presentes podemos ter 5 votos a favor). A doutrina considera necessária – sem oferecer fundamentação jurídica – a maioria qualificada prevista para a ADIn e a ADC (seis ministros). No entanto, não nos parece possível questionar a validade de uma decisão tomada pela maioria dos presentes na falta de previsão contrária.³⁰¹

Julgada a ação, serão comunicadas as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (art. 10, da Lei n. 9.882/99).

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória (art. 12, da Lei n. 9.882/99). A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante, exceto com relação ao Poder Legislativo no exercício de sua função típica.³⁰²

Sobre o tema, a Corte Suprema já se posicionou no sentido de ser possível a reação legislativa com o objetivo de reversão jurisprudencial, a fim de evitar um engessamento legislativo.³⁰³

²⁹⁹ Esse dispositivo foi suspenso por decisão liminar proferida na ADI n. 2231/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, pendente de julgamento.

³⁰⁰ DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 173.

³⁰¹ Ibid., p. 174.

³⁰² LEAL, op. cit., p. 469.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 5105/DF. Relator: Min. Luiz Fux, j. 01.10.2015.

2.2.4.10 Reclamação

Determina o art. 13, da Lei n. 9.882/99 que caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu regimento interno.

Discorre Gilmar Mendes que a decisão proferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental é dotada de efeito vinculante, ainda que tenha sido proferida em sede de cautelar.³⁰⁴

O Supremo Tribunal Federal já consignou que a função precípua da reclamação constitucional reside na proteção da autoridade das decisões de efeito vinculante proferidas pela Corte Constitucional e no impedimento de usurpação da competência que lhe foi atribuída constitucionalmente, não se destinando a funcionar como sucedâneo recursal ou incidente dirigido à observância de entendimento jurisprudencial sem força vinculante.³⁰⁵

³⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007, p. 314-315.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática Rcl 23.535/DF. Relator: Min. Edson Fachin, j. 11.05.2016.

3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme mencionado anteriormente, o Brasil adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado).

No controle difuso ou incidental, a inconstitucionalidade é analisada como questão prejudicial. Lado outro, no controle concentrado, a análise acontece de modo principal, constituindo-se no objeto do julgamento.³⁰⁶

O controle incidental de constitucionalidade é exercido de forma difusa, porquanto cabe, indistintamente, a todos os órgãos judiciais.

Com relação aos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de forma incidental, a doutrina mais clássica sempre defendeu que a decisão apenas faz coisa julgada no caso e entre as partes.³⁰⁷⁻³⁰⁸

No entanto, nos últimos anos, a doutrina e a jurisprudência têm indicado uma tendência de expansão dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que no exercício do controle concreto de constitucionalidade.³⁰⁹

No julgamento da reclamação constitucional n. 4335/AC, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, sob a alegação de descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990 ("Lei dos Crimes Hediondos"), o Ministro Gilmar Mendes votou pela procedência da reclamação, para cassar as decisões proferidas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, que negou a possibilidade de progressão de regime relativamente a cada um dos interessados na reclamação, destacando que a recusa do Juiz em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeitou a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão deste Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990.³¹⁰

³⁰⁶ SARMENTO, op. cit., p. 313.

³⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 54.

³⁰⁸ FERREIRA, op. cit., p. 101.

³⁰⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 176.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 4.335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2014.

3.1 LEGITIMAÇÃO ATIVA

Aplicam-se ao controle incidental-concreto de constitucionalidade, as mesmas regras processuais do processo comum. Em razão disso, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi assentam que:

Todo autor de processo comum pode apresentar como base para a sua pretensão pedido de inconstitucionalidade a ser apreciado pelo juiz competente da demanda. Assim, o pedido de inconstitucionalidade pode se dar desde o primeiro grau de jurisdição.

[...]

O réu pode se defender alegando a inconstitucionalidade da norma que dá fundamento ao pedido do autor. O objetivo é se desobrigar de obrigação ou de evitar uma sanção. Mas, em vez de atacar diretamente a pretensão do autor, o réu pode alegar a inconstitucionalidade das normas que dão base ao pedido judicial do autor. Aqui também inexistente preclusão – com a exceção do prequestionamento.³¹¹

O Ministério Público, atuando como parte ou como *custos legis* e terceiros que estejam participando do processo podem, a qualquer tempo, alegar a inconstitucionalidade da norma, se a sua aplicação puder influenciar no resultado do processo.³¹²

3.2 COMPETÊNCIA

O controle incidental-concreto de constitucionalidade integra o exercício comum da função jurisdicional. Independentemente do seu grau de jurisdição ou área de atuação, qualquer juiz pode e deve realizar o controle de constitucionalidade do modelo concreto.³¹³⁻³¹⁴

Com relação à competência dos tribunais, Dirley da Cunha Júnior assenta que o Superior Tribunal de Justiça não pode rever questões constitucionais decididas pelos tribunais inferiores, sob pena de usurpação da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal.³¹⁵

Em sentido contrário, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi sustentam que essa solução não convence, sob o argumento de que em um sistema de controle difuso-universal não é possível proibir uma autoridade do Judiciário de analisar questão de relevante interesse público, alegando que a questão será analisada oportunamente pelo Supremo Tribunal

³¹¹ DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 268-269.

³¹² Ibid., p. 269.

³¹³ Mauro Cappelletti assenta que todos os órgãos do judiciário possuem o dever e o poder para “não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1922. Tradução de: Aroldo Plínio Gonçalves, p. 75).

³¹⁴ DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 268.

³¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 159-160.

Federal. Embora o Superior Tribunal de Justiça não deva conhecer recurso especial que invoca como fundamento a violação constitucional, pode examinar todas as matérias constitucionais pertinentes ao caso.³¹⁶

3.3 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS (RESERVA DE PLENÁRIO)

A cláusula de reserva de plenário³¹⁷, também denominada regra do *full bench*, remonta a Constituição Federal de 1934, sendo reproduzida nas Constituições subsequentes, aplicava-se, inicialmente, apenas ao controle incidental e difuso, tendo sido estendida a sua aplicação ao controle por via principal e concentrado.

Na vigente Carta Política, referida cláusula está prevista no artigo 97, estabelecendo que 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, espelhando o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

É imperioso destacar que a cláusula da reserva de plenário aplica-se tão somente aos tribunais, excluindo-se as decisões de juízes singulares.

O Supremo Tribunal Federal também já se pronunciou em ser dispensável a cláusula no julgamento realizado pelas câmaras da própria Corte quando do julgamento do Recurso Extraordinário.³¹⁸

Referido entendimento não se aplica aos demais órgãos fracionários dos Tribunais ao reconhecer a inconstitucionalidade da lei antes de esta ser declarada inconstitucional pela maioria absoluta do Tribunal ou do seu Órgão Especial.³¹⁹

Nesses casos, o órgão fracionário deverá sobrestar o julgamento do caso concreto e remetê-lo ao pleno ou órgão especial, para decisão específica sobre a existência ou não da

³¹⁶ DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 272.

³¹⁷ Aponta Dirley da Cunha Júnior que a regra está presente no direito constitucional brasileiro desde a Constituição de 1934 (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 160).

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 361.829 ED/DF. Relatora: Min. Ellen Gracie, j. 02.03.2010.

³¹⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988): Artigo 93, XI “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;”

inconstitucionalidade. Resolvida a questão, o órgão fracionário aplicará ao caso concreto a solução dada, julgando o mérito do recurso.³²⁰

Consoante ensina Carlos Alberto Lucio Bittencourt, a observância da cláusula de reserva de plenário constitui condição de eficácia jurídica da decisão declaratória de inconstitucionalidade.³²¹

Não se exige, contudo, a reserva de plenário para se declarar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público, podendo ser pronunciada pelo órgão fracionário.³²²

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a cláusula de reserva de plenário somente deverá ser observada quando a lei ou ato normativo ainda não tiver sido declarado inconstitucional pelo próprio Pretório Excelso³²³⁻³²⁴ ou pelo plenário ou órgão especial do respectivo tribunal³²⁵⁻³²⁶, em controle incidental ou concentrado de constitucionalidade.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi introduzido no Código de Processo Civil pela Lei 9.765/98, tendo a regra sido mantida no atual Código de Processo Civil, pelo parágrafo único, do art. 949.

A exigência da reserva do plenário não se esgota nas hipóteses de declaração final de inconstitucionalidade, alcançado as decisões colegiadas proferidas em sede de medida cautelar, nos termos do artigo 10 da Lei 9.868/99.

Mesmo nos casos de excepcional urgência, que apenas dispensa a exigência da audiência dos órgãos ou das autoridades responsáveis pela edição do ato impugnado, a decisão se encontra vinculada ao plenário do Tribunal, conforme prevê o parágrafo 3º do artigo 10 da Lei 9.868/99.³²⁷

Destaca-se que a reserva de plenário precisa ser observada ainda que o tribunal não declare expressamente a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, limitando-se a afastar

³²⁰ FERREIRA, op. cit., p. 45.

³²¹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 45-46.

³²² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 161.

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 168.149. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 26.06.1995.

³²⁴ No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 167.444. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 30.05.1995.

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 433.806. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 08.03.2005.

³²⁶ Da mesma forma: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 404.280. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.03.2004.

³²⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., p. 162.

a sua incidência total ou parcial, conforme dispõe a súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal.

Consoante precedentes que ensejaram a edição da referida súmula, considera-se “declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição”.³²⁸

Observa-se, no precedente representativo, RE 482.090, que o acórdão recorrido violou a reserva de plenário, na medida em que deixou de aplicar retroativamente dispositivos legais, declarando implícita e incidentalmente a inconstitucionalidade parcial.³²⁹

A edição do enunciado se fez necessária, haja vista a reiterada inobservância do “full bench” por parte dos órgãos fracionários para não submeterem a arguição de inconstitucionalidade ao pleno ou ao órgão especial.³³⁰

Quando houver incompatibilidade entre uma lei anterior e uma Constituição posterior, não incidirá a reserva de plenário, sendo o conflito resolvido pela revogação da norma hierarquicamente inferior.³³¹ Registre-se, por oportuno, que o tema será reapreciado pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que foi reconhecida a “repercussão geral recurso extraordinário que verse sobre a exigência de observância da regra constitucional da reserva de plenário quando, eventualmente, for o caso de negar-se aplicação de norma anterior à Constituição Federal de 1988”.³³²

Na hipótese de o tribunal, no exercício da jurisdição, em casos concretos (controle concreto/difuso), restringir a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, ainda que a pretexto de realizar uma interpretação conforme a Constituição, não há que se falar propriamente em declaração de inconstitucionalidade³³³, haja vista que referida decisão confere, à lei, uma interpretação conforme a constituição³³⁴, sendo a

³²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 472.897 AgR/PR. Relator: Min. Celso de Mello, j. 18.09.2007.

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 482.090. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 18.06.2008.

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 472.897 AgR/PR. Relator: Min. Celso de Mello, j. 18.09.2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 240.096/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.03.1999; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 544.246 ED/SE. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.08.2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 319.181/DF. Relatora: Min. Ellen Gracie, j. 21.05.2002.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ARE 705.316 AgR/DF. Relator: Min. Luiz Fux, j. 12.03.2013.

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 838.188 RG/RS. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 23.06.2011.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 184.093. Relator: Min. Moreira Alves, j. 29.04.1997.

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.719/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 18.06.2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.168/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 08.06.2006.

inconstitucionalidade na interpretação contrária à Constituição, como salientado pelo Ministro Moreira Alves no RE 184.093/SP.³³⁵

É esclarecedor o voto do Ministro Eros Grau no RE 572.497 AgR/RS no sentido de que a interpretação restringindo a aplicação da norma a alguns casos, mas mantendo-a em outros, não representa declaração de inconstitucionalidade.³³⁶

Outrossim, não se pode confundir a declaração de inconstitucionalidade com a decisão que deixa de aplicar a norma ao caso concreto, como bem asseverado pela Ministra Cármen Lúcia na Reclamação 6.944.³³⁷

Cuidando-se da declaração de inconstitucionalidade de atos ou negócios jurídicos (contratos, convênios, etc.), não é necessário se observar a cláusula de reserva de plenário, já que não se qualificam no conceito de “Lei” ou de “ato normativo” do Poder Público.³³⁸

Com relação aos Juizados Especiais, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que é dispensável a observância do art. 97 da Constituição Federal nas turmas recursais:³³⁹⁻³⁴⁰

3.4 PARÂMETRO DE CONTROLE

O parâmetro utilizado no controle incidental-concreto de constitucionalidade é a Constituição Federal, incluindo-se as normas contidas em tratados e convenções internacionais de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. Vale ressaltar que as normas do preâmbulo não podem servir de paradigma para o controle de constitucionalidade.³⁴¹

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 460.971/RS. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 572.497 AgR/RS. 2ª. T. Relator: Min. Eros Grau, j. 11.11.2008.

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 6.944/DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia, j. 23.06.2010.

³³⁸ FERREIRA, op. cit., p. 46.

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ARE 792.562 AgR/SP. 2ª. T. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 18.03.2014.

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 453.744. Relator: Min. Cesar Peluso, j. 25.08.2006.

³⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 215.107/PR. 2ª. T. Relator: Min. Celso de Mello, j. 21.11.2006.

3.5 RECURSO EXTRAORDINÁRIO

As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário³⁴²⁻³⁴³ estão previstas no artigo 102, III, da Constituição Federal.

O recurso extraordinário e o recurso especial são formas de impugnação recursal previstas na Constituição Federal. O recurso extraordinário permite que o Supremo Tribunal Federal analise questões constitucionais. As infraconstitucionais podem ser objeto de recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça.

O controle difuso pode ser exercido de ofício, considerando que o Supremo Tribunal Federal é o guardião maior da Constituição.³⁴⁴

De acordo com Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira:

[...] para o Pretório Excelso o controle difuso poderá ser exercido de ofício, no recurso extraordinário, sem observância do prequestionamento, já que ele é o guardião da supremacia. Nessa situação é aplicável o artigo 10 do novo Código de Processo Civil que prevê, em homenagem ao contraditório, verdadeira obrigação ao magistrado, sob pena de nulidade.³⁴⁵

Não se pode olvidar que a questão objeto de julgamento em sede de Recurso Extraordinário deve ter sido discutida e apreciada na origem, é dizer, a matéria deve ter sido objeto de prequestionamento.³⁴⁶ Não se exige, contudo, menção expressa aos dispositivos constitucionais pertinentes.³⁴⁷ Frise-se que não é admitido o prequestionamento implícito, consoante Súmulas 282 e 356 do STF.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão afastando a necessidade de prequestionamento³⁴⁸ e reconhecendo que a causa de pedir é aberta no recurso extraordinário.³⁴⁹⁻³⁵⁰⁻³⁵¹

³⁴² Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi destacam que o recurso extraordinário: “[...] é, apesar da sua denominação, uma forma muito comum de questionar a inconstitucionalidade no processo concreto-incidental. No início dos anos 2000, o STF recebia, anualmente, entre 30.000 e 55.000 Recursos Extraordinários. Após a introdução do filtro da repercussão geral, houve significativa queda, sendo distribuídos anualmente em torno de 10.000 recursos entre 2010 e 2018.” (DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 319).

³⁴³ Os mesmos autores salientam, ainda, que o Recurso Extraordinário apresenta particular interesse porque é: “[...] um ponto de encontro entre o modelo concreto e o modelo abstrato, já que é julgado pelo STF, que cuida também das ações de controle abstrato.” (Ibid., p. 319).

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 219.934 ED/SP. Relator: Min. Ellen Gracie, j. 13.10.2004.

³⁴⁵ FERREIRA, op. cit., p. 43.

³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 145.680. 1ª. T. Relator: Min. Celso de Mello, j. 13.04.1993.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 361.341. 1ª. T. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 01.03.2005.

³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 298.694/SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 06.08.2003.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 420.816 ED/PR. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.03.2007.

O art. 1.029, do Código de Processo Civil estabelece que o recurso extraordinário e o especial serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas.

Havendo ofensa, ao mesmo tempo, à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional, deverá o interessado interpor, simultaneamente, os dois recursos (extraordinário e especial).

Na hipótese de interposição conjunta de recurso extraordinário e especial, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, para a apreciação do recurso especial (art. 1031, *caput*, do Código de Processo Civil).

Julgado o recurso especial, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado (art. 1031, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil).

Se o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecorrível, sobrestará o julgamento do recurso especial e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário (art. 1031, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil).

Nesse caso, se o relator do recurso extraordinário, em decisão irrecorrível, não o considerar prejudicial, devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial (art. 1031, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil).

Se a pretensão recursal for atendida no recurso especial, o recurso extraordinário perderá o seu objeto.³⁵²

Negando o Superior Tribunal de Justiça provimento ao recurso especial, não haverá prejuízo à análise do recurso extraordinário.³⁵³

As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário não comportam interpretação extensiva e a contrariedade à Constituição deve ser direta, não sendo admitida a violação indireta³⁵⁴⁻³⁵⁵⁻³⁵⁶⁻³⁵⁷

³⁵⁰ Em outro recurso extraordinário (conhecido como caso Roriz), por maioria, o Supremo não acatou a tese da causa de pedir aberta (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 630.147/DF. Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010).

³⁵¹ Nesse sentido dispõe o artigo 1.034 do Código de Processo Civil: “Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.

Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 552.218. Relator: Min. Cármen Lúcia, j. 05.05.2009.

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 245.214 AgR/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 23.11.1999.

³⁵⁴ LEAL, op. cit., p. 200.

A Emenda Constitucional n. 45/04 criou mais um requisito para o recurso extraordinário, a repercussão geral (art. 102, parágrafo 3º, da Constituição Federal).

Trata-se de requisito que visa à redução do número de causas que serão decididas pelas cortes constitucionais.

No Código de Processo Civil a repercussão geral está regulamentada nos artigos 1.035 a 1.041.

O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (art. 1.035, parágrafo 9º, do Código de Processo Civil).

3.6 JULGAMENTO E EFEITOS DA DECISÃO

Consoante estatui o art. 9º, III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o julgamento de recurso extraordinário compete às Turmas. Por sua vez, o art. 11, I, do RISTF, prevê exceções à regra de julgamento pelas Turmas do Pretório Excelso, devendo o feito ser remetido ao julgamento do Plenário.

Destarte, aprioristicamente, a cláusula de reserva de plenário não se aplica às Turmas do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário.³⁵⁸

Sobre o tema, o Ministro Luís Roberto Barroso inclinou-se em sentido intermediário, propondo a não observância da cláusula de reserva de plenário “quando o Supremo Tribunal Federal, na sua competência recursal, mantém acórdão recorrido que declarou a inconstitucionalidade de norma local em processo de controle por ação direta estadual”.³⁵⁹

Em se tratando de julgamento pelo Plenário do STF, exige-se o quórum de oito ministros, sendo possível a declaração de inconstitucionalidade se houver manifestação de pelo menos seis ministros neste sentido (art. 173, *caput*, c/c o art. 143, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Não será declarada a inconstitucionalidade se não for obtida a maioria de seis votos (art. 173 c/c o art. 174, RISTF).

³⁵⁵ Nesse sentido é a Súmula 636 do Supremo Tribunal Federal.

³⁵⁶ De acordo com a Súmula 280 do Supremo, não cabe recurso extraordinário por ofensa a direito local.

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 141.290 AgRg/SP, no RE 119.236 /SP. 2ª. T. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 08.02.1996.

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 361.829 ED/RJ. 2ª. T. Relatora: Min. Ellen Gracie, j. 02.03.2010.

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ARE 661.288/SP. 1ª. T. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 06.05.2014.

Se for declarada a inconstitucionalidade, total ou parcial, serão comunicados os órgãos interessados. Em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei, será remetida cópia da decisão ao Presidente do Senado, em atendimento ao disposto no art. 52, X, da Constituição Federal.

O julgamento da matéria firmada nos termos do art. 178 do Regimento Interno, aplica-se a todos os casos submetidos às Turmas ou ao Plenário (RISTF, art. 103 c/c o art. 11, I e II).³⁶⁰

O Supremo Tribunal Federal só examina o pedido do recurso extraordinário, não estendendo o exame a outras inconstitucionalidades que eventualmente estejam presentes na decisão recorrida³⁶¹, mas pode decidir invocando parâmetro constitucional distinto do indicado no recurso.³⁶²

Confirmada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, será mantida a decisão recorrida. Após o julgamento, os demais tribunais irão apreciar os processos suspensos, decidindo-os de acordo com o que foi determinado pelo Pretório Excelso. Caso as instâncias inferiores não sigam a decisão do Pretório Excelso, esse pode reformar as decisões, na forma do art. 1.041 do Código de Processo Civil.

A decisão proferida pelo Plenário deve ser seguida pelas turmas e nas decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal.

Julgado procedente o recurso, o Pretório Excelso encaminhará os autos ao órgão julgador para realização do juízo de retratação. Isso indica que a decisão, ainda que tenha efeito *intra partes*, será estendida a todos os processos com demandas semelhantes, atingidos pela repercussão geral, produzindo um efeito *erga omnes* indireto.³⁶³

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente, sendo necessária a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, observado o respectivo prazo decadencial.³⁶⁴

³⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 168.149AgR/RS. 2ª. T. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 26.06.1995; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 167.444/PR. 2ª. T. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 30.05.1995.

³⁶¹ DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 278.

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 209.366/SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.03.1999.

³⁶³ DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 278.

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 730.462 /SP. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 28.05.2015.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, enquanto não ultimado o julgamento do recurso, é possível a desistência pela parte. Havendo embargos de declaração ainda pendentes de apreciação, a desistência somente alcançará os embargos de declaração.³⁶⁵

Registre-se ainda que o art. 927, III, do Código de Processo Civil ampliou o rol de decisões dotadas de eficácia vinculante de acordo com a Constituição Federal, estabelecendo que produzirão efeitos vinculantes “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Tal vinculação é criticada por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que apontam a falta de legitimidade constitucional, diante da ausência de texto expresso na Constituição Federal.³⁶⁶

3.7 SÚMULA VINCULANTE

As Súmulas vinculantes foram criadas com a finalidade de contribuir para a duração razoável dos processos e garantir segurança jurídica, com a aplicação e interpretação uniforme das leis.

Nos Estados Unidos, as decisões da Suprema Corte proferidas com uma votação de ao menos 2/3 dos seus integrantes são tratadas como *stare decisis*, revestidas de efeitos vinculantes para os tribunais e juízes inferiores (federais e estaduais).³⁶⁷

A súmula vinculante é resultado da adequação do modelo do controle difuso de constitucionalidade à sua essência norte-americana, sendo a figura do *stare decisis* o meio pelo qual a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei de forma incidental passando a gerar efeitos não somente para as partes que litigam no processo, mas *erga omnes*.³⁶⁸

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 773.754 AgR-ED-AgR/RJ. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 10.04.2012.

³⁶⁶ NERY JUNIOR; NERY. op. cit., p. 1841.

³⁶⁷ LEAL, op. cit., p. 251.

³⁶⁸ Ibid., p. 252.

3.7.1 Iniciativa

De acordo com o art. 103-A, parágrafo 2º, da Constituição Federal, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante poderá ser provocada por aqueles legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade.

O rol de legitimados foi ampliado pelo art. 3º, da Lei n. 11.417/06.³⁶⁹

A proposição pode ainda ser formulada por qualquer ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 2º, *caput*, da Lei n. 11.417/06).

3.7.2 Atuação do Procurador-Geral da República

Conforme mencionado no tópico anterior, o Procurador-Geral da República é um dos legitimados para a proposição da edição, revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

Nas propostas que não houver formulado, deverá ser ouvido previamente (art. 2º, parágrafo 2º, da Lei n. 11.417/06).

3.7.3 Manifestação de terceiros

O art. 3º, parágrafo 2º, da Lei n. 11.417/06 permite que o relator admita, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O *amicus curiae* poderá opinar sobre a matéria objeto da questão constitucional e apresentar razões, manifestações por escrito, documentos, memoriais, entre outras.³⁷⁰

3.7.4 Requisitos

Os requisitos para a edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante podem ser extraídos do art. 103-A, da Constituição Federal e da Lei n. 11.417/06.

³⁶⁹ Com relação ao rol de legitimados, Rosa Benites Pelicani observa que, a exemplo do que ocorre nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, o cidadão não foi lembrado (PELICANI, Rosa Benites. *Súmula Vinculante: um novo controle de constitucionalidade*. 2007. 229 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 164. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7756>>. Acesso em: 30 maio 2019).

³⁷⁰ PELICANI, op. cit., p. 173.

Na lição de Rosa Benites Pelicani³⁷¹ eles podem ser resumidos da seguinte forma:

- a) instauração do procedimento no Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação;
- b) *quórum* qualificado de no mínimo dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal (oito ministros);
- c) reiteradas decisões sobre matéria constitucional;³⁷²
- d) controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a administração pública sobre a validade, interpretação ou eficácia da matéria constitucional questionada;³⁷³
- e) grave insegurança jurídica;³⁷⁴
- f) relevante multiplicação de processos;³⁷⁵
- g) publicação do enunciado na imprensa oficial (art. 2º, parágrafo 4º, da Lei n. 11.417/06).

3.7.5 Início da eficácia

De acordo com o art. 4º, da Lei n. 11.417/06, a súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata.³⁷⁶ No entanto, o Supremo Tribunal Federal pode, por decisão de 2/3 dos seus membros, restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de

³⁷¹ PELICANI, op. cit., p. 153-156.

³⁷² “O requisito da matéria constitucional limita, de maneira significativa, o campo de decisão de súmulas vinculantes, mesmo se a amplitude dos assuntos regulamentados pela Constituição Federal de 1988 ameniza essa limitação. Pergunta-se se as “reiteradas decisões” devem ser tomadas pelo próprio STF ou por outras autoridades do Judiciário e do Executivo. Pelo conceito tradicional de súmula, as decisões que dão ensejo à sua elaboração devem ser do próprio Tribunal que a edita, garantindo a sedimentação da questão. Observe-se que a parte da doutrina considerou inconstitucional a Súmula Vinculante 11 sobre o uso de algemas pela falta de decisões reiteradas do STF no mesmo sentido.” (DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 292).

³⁷³ “Esse termo parece sugerir que a divergência motivadora de edição de um enunciado sumular deva promovendo uma relevante multiplicação de processos ocasionando grave insegurança jurídica, ou seja, as divergências estão ocorrendo.” (CARVALHO, Rony Cachola de. A Súmula Vinculante no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2008. 88 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 39-40. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8342/1/Rony%20Cachola%20de%20Carvalho.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019).

³⁷⁴ “A desarmonia atual entre os tribunais ou entre estes e a administração pública, para que torne justificável a edição de uma súmula com efeitos vinculantes, deve estar ocasionando uma grave insegurança jurídica.” (Ibid., p. 40).

³⁷⁵ “A multiplicação de processos é comum nas questões repetitivas, quando se discute direito de ampla titularidade, como em causas previdenciárias, tributárias ou consumeristas. Deve ser comprovado que, além da controvérsia (elemento qualitativo), houve multiplicação dos processos (elemento quantitativo) que demonstra a necessidade da súmula.” (DIMOULIS; LUNARDI. op. cit., p. 292).

³⁷⁶ Rosa Benites Pelicani observa que: “A eficácia da súmula vinculante é imediata, condicionada apenas à publicação na imprensa oficial, segundo a Constituição Federal, art. 103-A.” (PELICANI, op. cit., p. 176).

outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.³⁷⁷

3.7.6 Descumprimento

Conforme estabelecem o art. 103-A, da Constituição Federal e o art. 7º, da Lei n. 11.417/06, uma súmula vinculante será descumprida quando o ato administrativo ou a decisão judicial contrariar a súmula aplicável, negar a ela vigência ou aplicá-la indevidamente.

Se a súmula vinculante não for observada, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, em caso de procedência, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (art. 103-A, parágrafo 3º, da Constituição Federal e art. 7º, da Lei n. 11.417/06).

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, quando o objeto da reclamação for uma omissão da administração pública, há a necessidade de esgotamento das vias administrativas.³⁷⁸

O descumprimento de súmula vinculante viola o princípio da eficiência estatal, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Havendo prejuízo, cabe indenização com possibilidade de ação de regresso contra o administrador. Pode caracterizar ainda crime contra a Administração Pública (prevaricação ou desobediência).³⁷⁹

3.7.7 Súmulas anteriores à Emenda Constitucional 45/2004

As súmulas de jurisprudência persuasivas integram os mecanismos de controle da divergência jurisprudencial. Elas apenas indicam o entendimento pacificado do tribunal sobre determinada matéria.

Salvo se referendadas, não são vinculantes.

³⁷⁷ PELICANI, op. cit., p. 176-177.

³⁷⁸ “CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. AJUIZAMENTO CONTRA OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À SÚMULA VINCULANTE 16. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS. LEI 11.417/2006. 1. Não se admite reclamação contra omissão da Administração Pública, sob fundamento de ofensa a súmula vinculante, quando não demonstrado o esgotamento das vias administrativas, conforme disposto no art. 7º, § 1º, da Lei 11.417/2006. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 143.343 AgR/CE. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 27.02.2014).

³⁷⁹ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 294.

Maurício Traldi assenta que a inclusão da súmula persuasiva no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu em 1963, a partir de trabalho desenvolvido pelo Ministro Victor Nunes Leal, que integrava a comissão de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.³⁸⁰

Esse tipo de súmula, editada em incidente de uniformização de jurisprudência, é meramente persuasiva, apenas influenciando no julgamento de casos futuros, sem obrigar os juízes a seguir o seu conteúdo (nem os juízes que integram o Tribunal que editou a súmula).³⁸¹

3.8 ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL

A participação do Senado Federal em sede de controle repressivo de Constitucionalidade foi inaugurada pela Constituição de 1934, em seu art. 91, IV.

Na lição de Paulo Napoleão Nogueira da Silva:

Duas observações se impõem desde logo. A primeira diz respeito à natureza atribuída ao Senado, nessa Constituição: órgão coordenador dos Poderes entre si (art. 88), e órgão auxiliar da Câmara dos Deputados (arts. 22, e 91, I); em razão dessa natureza, relevam os incs. II e III, assim como especificamente o supramencionado inc. IV. [...] Essa situação do Senado na Carta de 1934 não encontra paralelo nos textos constitucionais anteriores,; por tal razão, igualmente, a competência que lhe era atribuída no art. 91, II, III, e IV, e sobretudo a que ora importa, do inc. IV. Tal como posta, não encontrou identificação, e nem mesmo semelhança em qualquer outra das nossas Constituições, quer anteriores, quer posteriores.³⁸²

Para Leonardo Sarmento, o Constituinte de 1934 adotou a “suspensão da execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade”.³⁸³

Com relação às normas constitucionais posteriores à Constituição de 1934, que vigoraram até 1977, Paulo Napoleão Nogueira da Silva acrescenta que:

A Carta de 1937 voltou a silenciar a respeito. A de 1946 (art. 64) falava em suspender a execução de lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Na redação original da Carta de 1967 (art. 45, IV), assim como nas resultantes das Emendas Constitucionais 1/69 e 7/77 (art. 42, VII), reafirmou-se a fórmula do texto constitucional de 1946. Inclusive repetindo nos artigos 114, I, “1” (1967) e 119, I, “1” (1969), a figura da representação do Procurador-Geral da República, introduzida no texto de 1946 pela EC 16/65. Demais disso, a EC 7/77 inovou, com a figura da representação para interpretação.³⁸⁴

³⁸⁰ TRALDI, Maurício. *Súmula Vinculante*. 2008. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 34. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8278/1/Mauricio%20Traldi.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 35.

³⁸² SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 91-92.

³⁸³ SARMENTO, op. cit., p. 323.

³⁸⁴ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado Federal*, op. cit., p. 93.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 52, X, que compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Declarada inconstitucional a lei pelo Supremo Tribunal Federal, incidentalmente, far-se-á a comunicação à autoridade ou órgão interessado e, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para atendimento do art. 52, X, da Constituição Federal (art. 178, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

A comunicação, a representação e o projeto deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento (art. 387, do Regimento Interno do Senado Federal).

A comunicação ou representação será lida em plenário e encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte (art. 388, do Regimento Interno do Senado Federal).

3.8.1 Finalidade

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira assenta que os efeitos da decisão judicial proferida no controle difuso têm suscitado divergência, predominando o entendimento de que a decisão faz coisa julgada entre as partes e com relação restrita ao caso concreto apresentado, não vinculando outras decisões, sendo a retroatividade da decisão a sua nota característica.³⁸⁵⁻³⁸⁶

Nesse contexto, caberia ao Senado Federal atribuir eficácia *erga omnes* a uma decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no controle incidental de constitucionalidade, que valeria apenas para as partes do processo.

Para José Adrice Paz de Amorim Júnior: “[...] o papel do Senado ganha relevância na medida em que confere reconhecimento à decisão do Supremo, conformando-o ao princípio democrático para, então, ampliar-lhe os efeitos”.³⁸⁷

³⁸⁵ FERREIRA, op. cit., p. 101.

³⁸⁶ Nesse sentido: “A peculiaridade da intervenção do Senado Federal na via incidental: para o caso concreto a sentença do Supremo Tribunal que declara a inconstitucionalidade da lei, *incidenter*, faz coisa julgada entre as partes e seus efeitos retroagem.” (PALU, op. cit., p. 237-238).

³⁸⁷ AMORIM JÚNIOR, José Adrice Paz de. *A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A DINÂMICA CONSTITUCIONAL*: A permanência da atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade. 2013. 146 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito,

No escólio de Paulo Napoleão Nogueira da Silva:

A declaração de inconstitucionalidade em ação direta, assim como a declaração de constitucionalidade, têm ambas eficácia *erga omnes* e, como regra, efeitos retroativos. A declaração incidental tem eficácia só para os litigantes, no caso concreto; a coisa julgada ali formada sujeita-se à regra processual que caracteriza o instituto (arts. 468, 470 e 472, Código de Processo Civil), mas também produz, como regra, efeitos *ex tunc*. A suspensão, pelo Senado, do que foi declarado inconstitucional incidentalmente, produz efeitos *erga omnes* e *ex nunc*. Trata-se, portanto, de três decisões cujas naturezas e efeitos são inteiramente diversos, de uma para outra. Não teria sentido, e nem o permitiria a lógica do sistema, que qualquer dessas decisões fosse integrante, *uma espécie de adendo* de qualquer das demais; ou, ainda, que qualquer das duas primeiras determinasse automaticamente a existência ou prolação da terceira, sem que qualquer outro elemento ou requisito de natureza cognitiva e decisória se fizesse presente para autorizá-la. Porque, em caso contrário, significaria que *de per se* uma declaração restrita às partes em um processo devesse, sem mais aquela, ser estendida a todos; ou, que os efeitos retroativos da declaração incidental devessem, *sempre* e automaticamente, ser reduzidos a efeitos *ex nunc*.

Em consequência, soa óbvio que o ato do Senado só pode ser decisório, e praticado à vista da presença ou verificação de outros elementos ou requisitos alheios à declaração. É precisamente, o campo em que incide a sua discricionariedade, a aplicação dos seus critérios de conveniência e oportunidade política; além de outro critério também de oportunidade, mas ligado à cautela de aguardar no tempo, objetivando constatar até que ponto serão reiterados os julgados no mesmo sentido, fazendo presumir como definitivo o entendimento da Alta Corte. Evidentemente, a falta de disposição específica só pode significar que, também nesta hipótese, operará a discricionariedade do órgão político, isto é, *quando* considerará ele como presumivelmente definitivo o entendimento do Tribunal quanto à matéria.³⁸⁸

No entanto, nos últimos anos, diante de recentes inovações legislativas e de entendimentos doutrinários, tem-se verificado uma tendência de expansão dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em sede de controle incidental de constitucionalidade.

Gilmar Mendes defende essa nova corrente doutrinária, sustentando que ocorreu uma mutação constitucional, demandando uma releitura da atribuição do Senado Federal prevista no art. 52, X, da Constituição Federal, argumentando que a função da resolução senatorial é apenas a de conferir publicidade à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal no controle incidental.

No Supremo Tribunal Federal, referido posicionamento surgiu na Reclamação n. 4.335³⁸⁹ (tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes e acolhida pelos Ministros Eros Grau e Teori Zavascki), que foi ajuizada em virtude da inobservância, pelo juízo de primeiro grau, da decisão adotada pela Suprema Corte no HC 82.959-SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado em sessão plenária de 23.2.2006, DJ de 1º.9.2006, em que foi declarada a

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2013, p. 122. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UCAP_ebb01744937ee0fa23db4b8e3f00df30>. Acesso em: 05 jun. 2019.

³⁸⁸ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 138-139.

³⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 4.335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2014.

inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90 ("Lei dos Crimes Hediondos"), que vedava a progressão de regime em casos de crimes hediondos. Por se tratar de decisão prolatada em controle difuso de constitucionalidade, o juiz se negou a aplicar o entendimento, sob o fundamento de que, nesta espécie de controle, a decisão tem efeitos *inter partes*.

O julgamento se estendeu de 2006 a 2014, tendo o Ministro Gilmar Mendes defendido a tese da mutação constitucional, no sentido de que mesmo no controle incidental, a declaração de inconstitucionalidade tem efeito vinculante e *erga omnes*, sendo despicienda a edição da Resolução pelo Senado Federal, que serviria de mero instrumento de publicidade.

Referido posicionamento foi defendido e acolhido pelos Ministros Eros Grau e Teori Zavascki e será objeto de tratamento em tópico próprio.

3.8.2 Efeitos da resolução do Senado Federal

A resolução é espécie normativa descrita no art. 59, VII, da Constituição Federal e é utilizada para disciplinar matérias de competência privativa do Senado ou da Câmara, de acordo com a competência de cada uma dessas casas legislativas.

A resolução senatorial é o ato legislativo empregado para eventualmente “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal.

Por ser a resolução espécie normativa, é dotada de eficácia *erga omnes*. O Senado, por meio de resolução, somente suspende a execução da Lei (não declara a inconstitucionalidade da norma).

No tocante à possibilidade de lei estadual ou municipal declarada inconstitucional pelo correspondente Tribunal de Justiça ser objeto suspensão pela Assembleia Legislativa, Michel Temer assevera que “pode e deve o Tribunal de Justiça ou Tribunal de Alçada, após declarar a inconstitucionalidade, remeter essa declaração à Assembleia Legislativa para que esta suspenda a execução da lei (evidentemente, nos Estados em que as Constituições confirmam essa competência à Assembleia)”.³⁹⁰

Quanto aos efeitos, a doutrina majoritária defende que a resolução do Senado tem eficácia *ex nunc* (irretroativa), sob o fundamento de que “suspender a vigência ou a execução

³⁹⁰ TEMER, op. cit., p. 44.

da lei é como revogar a lei” e que “quando se revoga uma lei, seus efeitos permanecem; quando se a nulifica, é esta írrita, nenhuma”.³⁹¹

Em sentido oposto, é o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes.³⁹²

A Posição do Supremo Tribunal Federal é a de que a resolução do Senado Federal torna sem efeito todos os atos praticados sob a vigência da lei inconstitucional, produzindo efeitos *ex tunc*.³⁹³

No mesmo sentido, o art. 1º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto n. 2.346/97, e a Resolução 10/2005 do Senado Federal, que estabeleceram, expressamente, efeitos retroativos.

Com a edição da resolução, não poderá o Senado, posteriormente, revogá-la, já que exauriu a sua competência constitucional.³⁹⁴

Por fim, não é possível a edição de resolução pelo Senado Federal para suspender a execução de atos normativos pré-constitucionais, visto que se trata de hipótese de não recepção e não de declaração de inconstitucionalidade.³⁹⁵

3.9 SÚMULA VINCULANTE COMO INSTRUMENTO DE ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTROLE INCIDENTAL

A súmula vinculante foi introduzida no ordenamento pátrio por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 (incluindo o art. 103-A na Constituição Federal), tendo sido regulamentada pela Lei nº 11.417/2006.

Consoante narra referido dispositivo, o enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Diferencia-se da súmula convencional, que não se aproximava do efeito vinculante constatado no *stare decisis*.³⁹⁶

Saul Tourinho Leal assevera que o instituto da súmula vinculante fragiliza ainda mais a suspensão da execução pelo Senado:

³⁹¹ FERREIRA, op. cit., p. 108-109.

³⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 211.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RMS 17.976/AC. Relator: Min. Amaral Santos, j. 13.09.1968.

³⁹⁴ FERREIRA, op. cit., p. 110.

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 387.271/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 08.08.2007.

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 179.560 AgR/RJ. 1ª. T. Relator: Min. Celso de Mello, j. 23.04.1996.

Por meio dele, fica evidente que o ordenamento constitucional brasileiro entregou ao Supremo Tribunal Federal a competência de converter a eficácia *inter partes* do controle difuso de constitucionalidade, em *erga omnes*. Isso sem que nenhum tipo de pronunciamento do Senado Federal fosse necessário.³⁹⁷

Para Léo Brust, cada vez mais se abstrativiza a forma de se entender o controle concreto de constitucionalidade.³⁹⁸

André Vasconcelos Roque vai além, sustentando que um enunciado de súmula vinculante pode garantir a transcendência dos motivos determinantes (o que não é pacífico nas ações de controle abstrato de constitucionalidade). Considerando que a *ratio decidendi* pode ser aplicada a outros casos formalmente distintos, mas que envolvam questão idêntica constitucional. Essa possibilidade ultrapassaria a eficácia vinculante e *erga omnes* prevista para as ações de controle abstrato de constitucionalidade, que está restrita a apenas ao ato normativo objeto de questionamento.³⁹⁹

3.10 O ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme mencionado em tópico anterior, o art. 927, III, do Código de Processo Civil ampliou o rol de decisões dotadas de eficácia vinculante de acordo com a Constituição Federal, estabelecendo que produzirão efeitos vinculantes “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Tal vinculação é criticada por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que apontam a falta de legitimidade constitucional, diante da ausência de texto expreso na Constituição Federal.⁴⁰⁰

Os artigos 525, parágrafo 12, e 535, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil, preveem a inexigibilidade da obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

³⁹⁷ LEAL, op. cit., p. 215.

³⁹⁸ BRUST, Léo. *Jurisdição Controle de Constitucionalidade: A tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 133.

³⁹⁹ ROQUE, André Vasconcelos. *Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência*. In: *Processo Constitucional*. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 439.

⁴⁰⁰ NERY JUNIOR; NERY. op. cit., p. 1841.

Tratando-se de decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a norma inconstitucional proferida após o trânsito em julgado, a matéria deverá ser objeto de ação rescisória, nos termos do art. 525, parágrafo 15, e 535, parágrafo 8º, ambos do Código de Processo Civil.

A novel previsão, notadamente em sede processual, ensejou acirrada discussão doutrinária, havendo corrente no sentido de serem os dispositivos inconstitucionais, sob o fundamento da segurança jurídica da coisa julgada, e outra corrente que advoga no sentido da constitucionalidade dos dispositivos.⁴⁰¹

No tocante à declaração de inconstitucionalidade em julgamento de ação declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, é inegável a aplicação dos dispositivos legais, na medida em que a decisão foi proferida em sede de controle concentrado, cujos efeitos são vinculantes e *erga omnes*.

A divergência se refere à previsão expressa do novel códex à possibilidade do desfazimento da coisa julgada quando a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, for realizada de forma incidental.

A corroborar o exposto, o Projeto de Lei aprovado pela Câmara dos Deputados previa que o controle de constitucionalidade poderia ser difuso ou concentrado. No Senado, porém, inicialmente, limitou-se a alegação de coisa julgada inconstitucional à declaração concentrada do Supremo Tribunal Federal.

A redação final do código, entretanto, previu, expressamente, a possibilidade do desfazimento da coisa julgada quando a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, for realizada de forma incidental.

Questão que vem sendo discutida pela doutrina refere-se à necessidade, no controle incidental, de edição da Resolução suspensiva pelo Senado Federal, a fim de que os efeitos sejam reconhecidos *erga omnes* e, conseqüentemente, seja possível a alegação, por meio da impugnação ou dos embargos à execução, da coisa julgada inconstitucional.

Nelson e Rosa Nery entendem que o reconhecimento de inconstitucionalidade no controle concreto só tem eficácia entre as partes e que o art. 525, parágrafo 12º, do Código de Processo Civil, apenas faz sentido se interpretado conforme o art. 52, X, da Constituição Federal.⁴⁰²

⁴⁰¹ O Ministro Teori Zavascki teceu comentários sobre a divergência doutrinária na ADI 2.418/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.418/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 04.05.2016).

⁴⁰² NERY JUNIOR; NERY. op. cit., p. 1306.

O Ministro Teori Zavasck critica esse posicionamento no julgamento da ADI 2.418/DF.⁴⁰³

Lado outro, tem-se defendido que referida previsão recrudescer a tese de que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que de forma incidental, tem efeitos *erga omnes* e vinculante, sendo despicienda a edição, pelo Senado Federal, da Resolução suspensiva, eis que equalizou a decisão que se toma em sede de controle abstrato e a decisão que se toma em sede de controle incidental, não mais distinguindo a declaração de inconstitucionalidade em uma ou outra situação.⁴⁰⁴

Referido posicionamento reforça a prevalência do princípio da supremacia da Constituição independentemente do modo como tal inconstitucionalidade se apresenta ou da existência de pronunciamento do STF a respeito, seja em controle difuso, seja em controle concentrado.⁴⁰⁵

3.11 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

A transcendência dos motivos determinantes não diz respeito à coisa julgada, mas aos fundamentos determinantes do julgamento que produzirão o efeito vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário.

Pela transcendência, não apenas o dispositivo, mas também a *ratio decidendi*⁴⁰⁶, presente na fundamentação, produzirão o efeito vinculante.

O art. 927, I, do Código de Processo Civil, estabelece que os juízes deverão observar as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no controle concentrado de constitucionalidade.

Antes da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal não reconhecia a transcendência dos motivos determinantes.⁴⁰⁷

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.418/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 04.05.2016.

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.470/RJ. Relatora: Min. Rosa Weber, j. 29.11.2017.

⁴⁰⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 89, p.63-100, 2004. Jan/jun., p. 94-95.

⁴⁰⁶ Considera-se *ratio decidendi* a tese jurídica ou a interpretação da norma contida na decisão, não se confundindo com a fundamentação, mas dela se extraindo (MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Revista dos Tribunais, [s.i.], v. 101, p. 351-414, abr. 2012. Mensal. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/79290>>. Acesso em: 19 jun. 2019).

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 8.168/SC. Relatora: Min. Ellen Gracie, j. 19.11.2015.

Em 2016, o Ministro Luis Barroso, nas ações diretas de inconstitucionalidade n. 4.697 e 4.762, afirmou que o atual Código de Processo Civil recoloca a discussão sobre a eficácia transcendente, ao prever no seu art. 988 o cabimento de reclamação com relação a acórdãos proferidos em ação direta de inconstitucionalidade:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, aqui me alinhando a Vossa Excelência, e Vossa Excelência foi um dos que defendeu a ideia da eficácia transcendente. O Supremo chegou a aderir a essa posição, depois retrocedeu em relação a essa posição. Mas agora o novo Código recoloca a discussão, porque o artigo 988 diz que uma das hipóteses de cabimento da reclamação é a observância de acórdãos proferidos em ação direta de inconstitucionalidade. Aí vem, Ministro Gilmar, o § 4º e diz que as hipóteses dos incisos tal e tal, quer dizer, de cabimento de reclamação pela não observância da decisão em ADI, "compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam." Portanto, o que produz a vinculação é a tese jurídica. Então, eu acho que nós temos que proclamá-la.⁴⁰⁸

Na Reclamação 11.473 Agr/CE, julgada em março de 2017, o Pretório Excelso reiterou o entendimento de que não se aplica a teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões às reclamações ajuizadas na vigência do Código de Processo Civil de 1973:

DIREITO ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. REGIME DA LEI 8.038/1990 E CPC/1973. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E OS PARADIGMAS INVOCADOS. 1 De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se aplica a teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões às reclamações ajuizadas na vigência do CPC/1973. Precedentes da Primeira Turma e do Plenário em casos análogos. 2. Ainda que superado este óbice, inexistente relação de aderência estrita entre acórdão de Tribunal de Contas que julgou contas de gestão de Prefeito municipal e os precedentes firmados nas ADIs 849, 1.779 e 3.715. Tampouco seria o caso de invocar como paradigma a decisão proferida no RE 848.826, Rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em repercussão geral (Tema 835), por força do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015, que exige o esgotamento das instâncias ordinárias. 3. A reclamação não se presta à mera análise de suposta desconformidade de ato com o direito objetivo, sob pena de desnaturar-se em substitutivo de recurso. 4. Agravo interno desprovido.⁴⁰⁹

No julgamento da Reclamação 2.201/RS⁴¹⁰, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que não cabe o uso de reclamação com base na transcendência dos motivos determinantes.

Já na Reclamação Constitucional 22.328/RJ⁴¹¹, o Ministro Luís Roberto Barroso assentou em seu voto que o Pretório Excelso tem admitido reclamações e deferido pedidos liminares com o propósito de assegurar o conteúdo conferido pela Corte quando estejam em

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.697/DF. Relator: Min. Edson Fachin, j. 06.10.2016.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 11.473 AgR/CE. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 17.03.2017.

⁴¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 2.201 AgR/DF. Relator: Min. Carlos Britto, j. 20.08.2009.

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 22.328/RJ. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 06.03.2018.

questão temas afetos à liberdade de expressão ou à liberdade de imprensa, ainda que a decisão reclamada não se baseie no mesmo ato declarado inconstitucional em sede concentrada, com aplicação excepcional da teoria dos motivos determinantes.

De qualquer forma, registra-se que prevalece no Supremo Tribunal Federal a não adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

3.12 JURISPRUDÊNCIA

A tese de que o Supremo Tribunal Federal adota a abstrativização dos efeitos do controle incidental de constitucionalidade encontra fundamento em diversas decisões proferidas pela Corte.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4.071 AgR/DF, de Relatoria do Ministro Menezes de Direito, negou-se seguimento à ação, sob o argumento de que é manifestamente improcedente ação direta de inconstitucionalidade sobre norma que teve analisada sua constitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em sede de recurso extraordinário.⁴¹²

Nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem atribuído efeito vinculante não apenas ao dispositivo da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos fundamentos determinantes.

É o que se verifica, exemplificativamente, no Recurso Extraordinário 228.844/SP⁴¹³, que abordou a ilegitimidade do imposto predial e territorial urbano progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, tendo o Pretório Excelso se utilizado de fundamento oriundo de precedente que discutiu lei do Município de Belo Horizonte sobre a mesma matéria.

O Ministro Carlos Velloso se valeu uma decisão extraída de recurso oriundo do Estado de São Paulo para fundamentar sua decisão no Agravo de Instrumento 423.252/RJ⁴¹⁴, julgado em 20/03/2003.

No Recurso Extraordinário 345.048/MG⁴¹⁵, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence lançou mão de precedentes do Estado de São Paulo para dar provimento ao recurso.

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.071 AgR/DF. Relator: Min. Menezes de Direito, j. 22.04.2009.

⁴¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 228.844/SP. Relator: Min. Maurício Correa, j. 20.05.1999.

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 423.252/RJ. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 20.03.2003.

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 345.048/MG. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.03.2003.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral e confirmou a sua jurisprudência sobre a inconstitucionalidade da cobrança do imposto predial e territorial urbano com alíquota progressiva, no Agravo de Instrumento 712.743 QO-RG/SP.⁴¹⁶ Apesar de o processo-paradigma ser de Santos/SP, os ministros do Pretório Excelso têm determinado a devolução de processos provenientes de diversos outros entes da federação, a fim de possibilitar a aplicação do art. 543-B, do revogado Código de Processo Civil.

Existem várias outras decisões do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, a exemplo do Agravo de Instrumento 789.900⁴¹⁷ e dos Recursos Extraordinários 535.096⁴¹⁸, 414.965⁴¹⁹ e 591.033⁴²⁰.

As decisões do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 197.917⁴²¹ e no *Habeas Corpus* 82.959⁴²², são casos que demonstram a atribuição e efeito *erga omnes*.

Nesses dois casos, o Supremo Tribunal Federal afastou o princípio da nulidade da lei, limitando os efeitos da declaração de constitucionalidade, aproximando o controle incidental do controle abstrato de constitucionalidade.

Na ação direta de inconstitucionalidade 4.029⁴²³, proposta pela associação nacional dos servidores do IBAMA (ASIBAMA nacional) em face da Lei Federal nº 11.516/07, que dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1, de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo, conferindo efeito vinculante e *erga omnes* e eficácia *ex nunc* em relação à declaração de nulidade dos dispositivos da resolução do Congresso Nacional.

O Ministro Teori Zavascki proferiu voto no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 2.418⁴²⁴, seguido pela maioria do Supremo Tribunal Federal, com

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 712.743 QO-RG/SP. Relator: Min. Ellen Gracie, j. 12.03.2009.

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 789.900 ED/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 30.08.2010.

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 535.096/RJ. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 04.02.2010.

⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 414.965/RS. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 31.03.2009.

⁴²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 591.033/SP. Relator: Min. Ellen Gracie, j. 17.11.2010.

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 197.917/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002.

⁴²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão HC 82.959/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006.

⁴²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.029/AM. Relator: Min. Luiz Fux, j. 08.03.2012.

⁴²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.418/DF. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 04.05.2016.

exceção do Ministro Marco Aurélio (no ponto aqui analisado), afirmando que a distinção entre o controle difuso ou concentrado é irrelevante.⁴²⁵

Recentemente, em 16/03/2017, no julgamento do Recurso Extraordinário 522.897⁴²⁶, interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, que entendeu aplicável ao caso o disposto no Enunciado de Súmula 95/TST, segundo o qual seria de trinta anos o prazo para se exigir judicialmente o depósito, pelo empregador, dos valores relativos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), o Plenário do Supremo Tribunal Federal determinou a modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle incidental de constitucionalidade, com a declaração de constitucionalidade com efeitos *ex nunc*.

3.12.1 Reclamação 4.335

No julgamento da reclamação constitucional n. 4.335/AC⁴²⁷, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, sob a alegação de descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no HC 82.959, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990 ("Lei dos Crimes Hediondos"), o Ministro Gilmar Mendes votou pela procedência, para cassar as decisões proferidas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, que negaram a possibilidade de progressão de regime relativamente a cada um dos interessados na reclamação, destacando que a recusa do Juiz em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeitou a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão deste Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990.

A tese da mutação constitucional encabeçada por Gilmar Mendes foi expressamente aderida pelos Ministros Eros Grau e Teori Zavascki.

Gilmar Mendes afirmou em seu voto que se é permitido ao Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei ou até mesmo de uma Emenda Constitucional, não faria sentido algum a decisão proferida no controle incidental de constitucionalidade valer somente para as partes, afirmando que o

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.418/DF. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 04.05.2016.

⁴²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 522.897/RN. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 16.03.2017.

⁴²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 4.335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2014.

instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado não é adequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões da Corte que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar orientação constitucionalmente adequada ou correta, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

Segundo o Ministro, o sistema de controle de constitucionalidade foi amplamente modificado pela Constituição Federal de 1988 e que não faz sentido a exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, ressaltando que as decisões proferidas pelo Pretório Excelso, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII).

Teria ocorrido uma autêntica mutação constitucional, reforma da Constituição sem expressa modificação do texto, com uma nova compreensão da regra do art. 52, X, da Constituição de 1988 e que, atualmente, a fórmula da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal deve ter simples efeito de publicidade, concluindo que essa solução evita incongruências entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, tendo a adoção da súmula vinculante reforçado a ideia de superação do art. 52, X, da Constituição Federal, permitindo a aferição da inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal.

Ainda, a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos teria sinalizado que o Supremo Tribunal Federal entende estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão somente a ele definir os efeitos da decisão.

O Ministro Eros Grau, em seu voto, sublinhou que “o crescimento do número de litígios e a multiplicação de processos idênticos no âmbito do sistema de controle difuso são expressivos da precariedade da paz construída no interior da sociedade civil.”⁴²⁸

A tese proposta pelo Ministro Gilmar Mendes não se limitou a interpretar um texto para, a partir dele, produzir a norma correspondente, mas avançou a ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro, produzindo a chamada mutação da Constituição.

⁴²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 4.335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2014.

Para Teori Zavascki, a tese da mutação constitucional apresenta, como pano de fundo, a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados pelos tribunais superiores com eficácia *ultra partes*.

Duas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 45/04 contribuíram significativamente para acentuar a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda quando tomadas em casos concretos, a edição das Súmulas Vinculantes e a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

A força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas nos casos concretos não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, mas por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional destinado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores, especialmente ao Pretório Excelso.

Os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski votaram contra a tese da mutação constitucional.

Sepúlveda Pertence declarou em seu voto que não se animava com a tese da mutação constitucional, que provocaria uma ampliação de poder, que numa visão mais radical poderia “ter cheiro de golpe de Estado”. Segundo o Ministro, o instituto da Súmula Vinculante dotou o Supremo Tribunal de um poder que, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade, dispensou a intervenção senatorial.

Joaquim Barbosa observou que o sistema de controle de constitucionalidade concebido no texto original da Constituição Federal de 1988 vem sendo aperfeiçoado com um vigoroso esforço jurisprudencial e legislativo, a exemplo da dimensão que a reclamação assumiu após o precedente da Rcl-AgRg 1880⁴²⁹, da edição das leis sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, da Súmula Vinculante e das alterações das normas constitucionais referentes à ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade e que o interesse da reclamante não se referiu à omissão do Senado Federal em dar ampla eficácia à decisão do Supremo Tribunal Federal, mas sim à recalcitrância de um juiz em relação à orientação do Pretório Excelso.

Ricardo Lewandowski considerou em seu voto que o reconhecimento da tese da mutação constitucional implicaria num significativo aviltamento da tradicional competência do Senado Federal, com a redução do seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal. Afirmou que o Senado não tem descuidado do cumprimento da atribuição prevista no art. 52, X, da Constituição Federal desde o advento da Carta de 1934.

⁴²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 1.880 AgR/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, j. 07.11.2002.

Assinalou que entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pautou para deliberação 53 ofícios encaminhado pelo Pretório Excelso, solicitando a promulgação de projeto de resolução para a suspensão da execução de normas declaradas inconstitucionais em sede de controle difuso.

Ao final, o processo foi decidido por fundamento diverso (procedência da reclamação diante do descumprimento de Súmula Vinculante, nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes), vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio que não conheceram da reclamação, mas concederam *habeas corpus* de ofício.

3.12.2 Ações diretas de inconstitucionalidade 3.406/RJ e 3.470/RJ

Em novembro de 2017, nas ações diretas de inconstitucionalidade 3.406/RJ e 3.470/RJ, de relatoria da Ministra Rosa Weber, ajuizadas em face da Lei estadual n. 3.579/01, do Estado do Rio de Janeiro, nas quais o objeto era apenas a declaração de inconstitucionalidade da mencionada lei, que proíbe a extração do amianto em todo território do Estado do Rio de Janeiro, prevendo a substituição progressiva da produção e comercialização de produtos que o contenham, o Supremo Tribunal Federal considerou a lei constitucional e em sua fundamentação, na *ratio decidendi*, entendeu que o art. 2º, da Lei federal n. 9.055/95 era inconstitucional, destacando que a sua inconstitucionalidade já havia sido reconhecida em outra ação direta de inconstitucionalidade, vencidos o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que divergiu parcialmente para julgar parcialmente procedente o pedido de dar interpretação conforme aos artigos 2º e 3º da Lei 3.579 do Estado do Rio de Janeiro.⁴³⁰

Durante a discussão em plenário, o Ministro Alexandre de Moraes observou que a possibilidade de utilização do amianto já havia sido objeto de julgamentos passados e que na ação direta de inconstitucionalidade 4.066/DF⁴³¹, apesar de o resultado ter tido maioria para a declaração de inconstitucionalidade no exame concentrado da Lei federal, não foi atingido o quórum do artigo 97 da Constituição Federal.

O Ministro alertou para a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, ao término da sessão, não ter deixado muito claro se o amianto poderia ou não ser utilizado.

⁴³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.470/RJ. Relatora: Min. Rosa Weber, j. 29.11.2017.

⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.066/DF. Relatora: Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017.

Alexandre de Moraes observou que se na ação direta de inconstitucionalidade 4.066/DF, no controle concentrado, tivesse sido obtida a maioria, com a retirada do ordenamento jurídico do artigo 2º, da Lei federal n. 9.055/95, todas as ações discutindo o uso do amianto estariam prejudicadas.

Em seguida, o Ministro Gilmar Mendes pontuou que a angústia do Ministro Alexandre de Moraes poderia ser superada com a equalização da decisão em sede de controle abstrato e a decisão que se toma em sede de controle incidental e que o Código de Processo Civil teria vindo em reforço à sua tese, ao não distinguir mais a declaração de inconstitucionalidade em uma ou outra situação.

Ressaltou que, na prática, o Supremo Tribunal Federal já vem fazendo isso e até indo além no controle de lei municipal, com decisões de todos os Ministros sobre IPTU progressivo e taxa de iluminação pública em relação a um determinado município, com projeção para outro, apesar de se tratarem de leis diferentes.

O Ministro Luiz Fux afirmou que não há mais diferença entre o controle incidental e o controle principal de constitucionalidade e que qualquer um dos controles é suficiente para que a parte possa se escusar de cumprir uma sentença inconstitucional.

Para o Ministro Edson Fachin, a declaração de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.937, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria e a equalização das decisões tomadas em sede de controle de constitucionalidade é uma solução razoável para evitar que a Corte caia numa “dimensão semicircular progressiva e sem fim.”⁴³²

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux reconheceu, expressamente, a equivalência do controle difuso e do controle concentrado, entendendo que o art. 52, X, da Constituição Federal, permite apenas uma chancela formal do Senado.

O Ministro Dias Toffoli destacou que não existe justificativa para se atribuir ao que se decide no controle abstrato uma consequência e no controle concreto outra e que o sentido do art. 52, X, da Constituição Federal é para uma época em que o Diário Oficial levava três meses para chegar aos rincões do país, num período em que as decisões do Supremo Tribunal Federal ou do Judiciário não eram publicadas em diários oficiais.

Também em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes consignou que há muito o Pretório Excelso não vem prestando atenção ao art. 52, X, da Constituição Federal, realizando, por

⁴³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.470/RJ. Relatora: Min. Rosa Weber, j. 29.11.2017.

exemplo, com naturalidade, a modulação dos efeitos de decisões tomadas em sede de controle incidental.

Segundo a Ministra Cármen Lúcia, a Corte está caminhando para o entendimento de tratar o controle concreto e o abstrato como se fossem sinônimos e que, na verdade, concentrada é apenas a competência para o julgamento. Assentou que, cada vez mais, tem ocorrido uma aproximação do sistema *civil law* com o *common law* e que o precedente tem ampliado o seu espaço.

O Ministro Alexandre de Moraes não acompanhou a maioria que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei 9.055/95, com efeito vinculante e *erga omnes*, ressaltando no plenário que até aquele momento o Supremo Tribunal Federal entendia que, no controle difuso, o Senado Federal não estava obrigado a estender os efeitos *inter partes* para *erga omnes* das declarações incidentais e que posicionamento da Corte em relação ao artigo 52, X, era que ao Pretório Excelso cabe declarar para o caso concreto e ao Senado cabe, se entender necessário, suspender a execução da lei declarada inconstitucional, deixando claro que não votou com relação ao tema, porque não era isso que estava em discussão. Na sua opinião, entendimento diverso estaria aniquilando totalmente o artigo 52, X, da Constituição Federal.

Merece registro, ainda, o voto vencido do Ministro Marco Aurélio Mello, que se recusou a reconhecer a tese da mutação constitucional, entendendo que o inciso X, do artigo 52, da Constituição Federal atende a independência e harmonia entre os Poderes, sinalizando que o sistema nacional é equilibrado, ao prever competir ao Senado não simplesmente a publicação da decisão tomada pelo Pretório Excelso, mas a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

O controle de inconstitucionalidade, de forma incidental, ocorreu, outrossim, nas ações diretas de inconstitucionalidade nºs 3.406/RJ e 3.470/RJ, na medida em que a lei federal não era objeto da ação.

Ao apreciar o pedido principal, o Supremo Tribunal Federal considerou a lei estadual (impugnada) constitucional (objeto da demanda), mas julgou parte da lei federal (não impugnada) inconstitucional – questão incidental observada na fundamentação.

Houve a atribuição de eficácia vinculante sobre a fundamentação de decisão proferida, de forma incidental em sede de controle concentrado.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Quando ocorrer a declaração de inconstitucionalidade de uma lei de forma incidental, a decisão já tem efeito vinculante e *erga omnes* e a Corte apenas comunicará

ao Senado com a finalidade de que a Casa Legislativa dê publicidade à decisão, seguindo antigo entendimento do Ministro Gilmar Mendes, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio (o Ministro Alexandre de Moraes não votou com relação ao tema).

Deve ser destacado que o Pretório Excelso, no referido julgamento, não deixou claro se a mutação constitucional também se aplicaria ao controle difuso, apesar de o Ministro Gilmar Mendes ter indicado isso de forma indireta ao citar o art. 535, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil e de o Ministro Luiz Fux ter adotado expressamente no julgamento a equivalência do controle difuso e do controle concentrado, devendo ser lembrado que o controle difuso pode ser realizado pelas turmas do Supremo Tribunal Federal.

3.13 AVALIAÇÃO CRÍTICA DA POSIÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sempre predominou o entendimento de que a decisão proferida em sede de controle incidental de constitucionalidade não anula nem revoga o ato ou o texto impugnado, que continua em vigor, até que o Senado Federal suspenda a sua executóriedade, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal. Verificando-se a coisa julgada somente no caso concreto e entre as partes.⁴³³⁻⁴³⁴

Segundo Lenio Luiz Streck, o pronunciamento do Senado Federal é condição de validade final da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em face do princípio federativo e da divisão de Poderes. O controle difuso no caso de remessa ao Senado retira do órgão de cúpula do Poder Judiciário o monopólio do controle de constitucionalidade, servindo de mecanismo de acesso à justiça, permitindo que juízes de primeiro grau e tribunais em sua composições plenárias realizem a filtragem constitucional e possam sanar eventuais defeitos, constituindo a fórmula da suspensão da lei pelo Senado um modelo de participação democrática, de forma indireta.⁴³⁵

Na lição de Geoges Abboud, a possibilidade da suspensão da execução de uma lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso desempenha papel importante no modelo de jurisdição constitucional brasileiro, promovendo o diálogo

⁴³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 53-54.

⁴³⁴ PALU, op. cit., p. 159.

⁴³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso: A reclamação 4.335*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. Cap. 29. p. 760.

entre o Legislativo e o Judiciário, evitando que o Poder Judiciário tenha a última palavra sobre a compatibilidade das leis à Constituição.⁴³⁶

Assentam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concreto de constitucionalidade, por meio de recurso extraordinário, só tem eficácia *inter partes*, não prejudicando e nem beneficiando terceiros. Segundo os autores, a regra prevista no art. 525, parágrafo 12, do Código de Processo Civil, com relação ao controle difuso de constitucionalidade, somente faz sentido se interpretada considerando a incidência do art. 52, X, da Constituição Federal.⁴³⁷

O instituto da mutação constitucional foi formulado pela primeira vez no final do século XIX e início do século XX por autores como Laband e Jellinek (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlim, 1906) e desenvolvido mais tarde por Hsu Dau-lin (*Die Verfassungswandlung*, Leipzig, 1932), sendo a mutação constitucional considerada um fenômeno empírico que não é resolvido normativamente. O conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática, sem qualquer similaridade com o Brasil.⁴³⁸

O reconhecimento da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o voto do Ministro Eros Grau proferido na Reclamação n. 4.335 atendeu à “necessidade de adequação da Constituição ao devir social”, diante do crescimento do número de litígios e a multiplicação de processos idênticos em prejuízo da “paz construída no interior da sociedade civil”⁴³⁹, revelando a inclinação da Corte para a adoção de uma jurisprudência defensiva, por pragmatismo.

Os doutrinadores que se posicionam em favor da tese da mutação constitucional utilizam argumentos consequencialistas, que homenageiam a celeridade.⁴⁴⁰

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi alertam que costumam ser feitas críticas ao caráter político do controle de constitucionalidade e, em particular, à natureza política da Suprema Corte, considerando que o caráter político da sua jurisprudência é uma forma de questionar

⁴³⁶ ABOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 998.

⁴³⁷ NERY JUNIOR; NERY. op. cit., p. 1306.

⁴³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso: A reclamação 4.335*, op. cit., p. 761.

⁴³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 4.335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2014.

⁴⁴⁰ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 308.

sua solidez jurídica, indicando que decisões são tomadas por considerações de conveniência ou preferência política.⁴⁴¹

A função das Cortes Constitucionais é a de preservar o sistema jurídico e garantir a supremacia do texto constitucional, devendo os julgadores decidir com base em critérios jurídicos e não com considerações políticas.⁴⁴²

Leciona Lenio Luiz Streck que, não raras vezes, acabamos por buscar respostas para os problemas da prática jurídica fora do Direito, inclusive com respostas contrárias aos próprios alicerces institucionais do nosso sistema jurídico e político, ameaçando a vitória jurisdicional da tese da mutação constitucional o conteúdo dogmático e legal que acompanha a nossa tradição jurídica.⁴⁴³

Após a entrada em vigor da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal, sustentando razões de economia processual e racionalidade do sistema, passou a debater a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade com a relativização do papel do Senado Federal reservado pelo art. 52, X da Constituição Federal, como medida de contenção do seu acervo de demandas repetidas.⁴⁴⁴

No entanto, a mutação constitucional com fundamento na “realidade da vida” não isenta o risco do cometimento de abusos:

Se, no contexto de uma polarização mais acentuada entre maioria governamental e oposição, não se alcança a maioria governamental e oposição, não se alcança uma maioria qualificada para reformas constitucionais polêmicas, o recurso à afirmação de uma mutação constitucional não ficará distante.⁴⁴⁵

Konrad Hesse chama a atenção para a necessidade de limitação do poder do tribunal constitucional quando lança mão de uma mutação constitucional, destacando que o tribunal está submetido à Constituição e carece de parâmetros mais claros possíveis que permitam responder se houve uma mudança da Constituição. Na ausência de parâmetros, não caberia distinção entre atos constitucionais e inconstitucionais, não sendo possível provar e nem refutar a existência de uma mutação constitucional.⁴⁴⁶

⁴⁴¹ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 308.

⁴⁴² Ibid., p. 255.

⁴⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso: A reclamação 4.335*, op. cit., p. 765-766.

⁴⁴⁴ NOVAIS, Fabrício Muraro. *Abstrativização do Judicial Review no Brasil: Alcance eficaz do art. 525, § 12, do Código de Processo Civil e Mutação Constitucional*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. Cap. 18. p. 473-492.

⁴⁴⁵ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. Tradução de: Inocêncio Mártires Coelho, p. 150.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 151.

Para Hesse, o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto:

A fixação desse marco é uma questão de interpretação, valendo também para ela o que se aplica a toda interpretação constitucional: onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional.⁴⁴⁷

Concluindo que tudo que se situa além dessas possibilidades não será mutação constitucional e sim quebra constitucional ou anulação da Constituição.⁴⁴⁸

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi ressaltam que a principal crítica da mutação constitucional é a sua inadmissibilidade jurídica, afirmando que a realidade deve se pautar pelos mandamentos constitucionais, independentemente da nossa opinião sobre esses mandamentos. Para que se possa admitir que uma mudança na realidade social modifique o significado de um comando normativo, deve-se inverter a relação entre norma e realidade, entre o Dever-ser e o Ser.⁴⁴⁹

Segundo Georges Abboud, a mutação é um fenômeno hermenêutico que se opera no plano da norma e não do texto, sendo permitido ao Supremo Tribunal Federal apenas extrair norma diversa do dispositivo, mas sem alterar a sua redação, que somente poderia ser alterada por Emenda Constitucional.⁴⁵⁰

Lenio Luiz Streck relembra que a mutação constitucional tem origem alemã e que um dos seus pressupostos somente permite que se considere uma mutação constitucional quando, por exemplo, determinada competência não é exercida por muito tempo pelo órgão competente, destacando que o Senado Federal um ano antes da Reclamação n. 4.335/AC, editou 44 resoluções suspendendo a eficácia de normas por inconstitucionalidade.⁴⁵¹

Em seu voto proferido na reclamação 4.335/AC, o Ministro Joaquim Barbosa destacou que desde 1988 o Senado Federal havia suspenso a execução de quase 100 normas declaradas inconstitucionais (sendo sete em 2006 e uma em 2007).⁴⁵²

No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski assinalou que entre 07 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal havia pautado para deliberação 53 ofícios encaminhados pelo Supremo Tribunal

⁴⁴⁷ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*, op. cit., p. 151.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 168-171.

⁴⁴⁹ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 309.

⁴⁵⁰ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, op. cit., p. 1000.

⁴⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso: A reclamação 4.335*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. Cap. 29. p. 755-766.

⁴⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 4.335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2014.

Federal, solicitando a promulgação de projeto de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso.⁴⁵³

Não houve, portanto, qualquer modificação no comportamento do Senado Federal com relação à suspensão de leis inconstitucionais, devendo ser destacado que a competência do Senado não desperta interesse público ou críticas da imprensa, de partidos políticos ou de grupos sociais no que se refere ao seu exercício.⁴⁵⁴

A única alteração que ocorreu nas três décadas de vigência da atual Constituição com relação ao controle objetivo de constitucionalidade é o aumento do número de processo no Supremo Tribunal Federal. A Corte recebia entre 10 e 20 mil processos por ano no final da década de 1980 e passou a receber 100 mil processos por ano entre 2000 e 2010.⁴⁵⁵

Conforme bem observam Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, o aumento da procura ao Supremo Tribunal Federal não indica qualquer mudança de valores sociais ou de situações reais que poderiam influenciar a nossa maneira de interpretar a Constituição, pois caso contrário, deveria ser impedida a edição de novas leis, sob a alegação de que os cidadãos não podem tomar conhecimento satisfatório das leis rotineiramente promulgadas.⁴⁵⁶

A tese da mutação constitucional foi desenvolvida como solução para a suposta lacuna entre o texto da Constituição e a realidade social, mas não cabe a qualquer tribunal mudar a Constituição, inventando o direito. Admitir que o Supremo Tribunal Federal está acima da Constituição significa aceitar que a Suprema Corte não tem limites e dar razão à máxima de que “a Constituição é aquilo que o Supremo diz que é”.⁴⁵⁷

Tendo em vista que o Brasil adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade, o texto do art. 52, X, da Constituição, soaria incoerente igualar os efeitos dos distintos modelos.⁴⁵⁸

Georges Abboud observa que, ao contrário do que se tem apregoadado, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não são tribunais destinados apenas a fixar teses jurídicas, possuindo também a tarefa constitucional de decidir lides no julgamento de recurso extraordinário e recurso especial. Somente após os julgamentos desses recursos é que serão estabelecidas a jurisprudência e orientações pelas Cortes.⁴⁵⁹

⁴⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 4.335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2014.

⁴⁵⁴ DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 310.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 310.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 310.

⁴⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso: A reclamação 4.335*, op. cit., p. 762.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 762.

⁴⁵⁹ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, op. cit., p. 989.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça integram o Poder Judiciário e exercem atividade jurisdicional plena, resolvendo casos concretos e protegendo direitos subjetivos dos particulares e em razão disso, não se pode afirmar que a natureza do processo desenvolvido nesses tribunais tenha natureza objetiva, considerando que o processo somente é objetivo quanto inexistir proteção ou discussão direta e imediata de direitos subjetivos e quando não há réu na demanda.⁴⁶⁰

A objetivação das atividades desses Tribunais pode causar graves prejuízos simbólicos, na medida em que transmite a mensagem de que as Cortes Superiores teriam a função unicamente de fixar teses jurídicas e não de assegurar a proteção dos direitos fundamentais dos particulares.⁴⁶¹

A supressão do juízo de revisão pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça somente seria possível com a mudança do texto da Constituição, com a retirada da competência para o julgamento de recursos excepcionais.⁴⁶²

Esclarece Lenio Luis Streck que a tese da mutação constitucional é esvaziada de sentido técnico e uma falácia para encobrir o decisionismo do Supremo Tribunal Federal, que manterá a última palavra sobre a existência ou não da suposta mutação constitucional, escondendo uma decisão discricionária sob o véu da mutação constitucional.⁴⁶³

Georges Abboud acrescenta que o juiz que decide de forma desvinculada ao direito, entendendo que a sua atuação também é política, será um juiz “discricionário-ativista-decisionista”, que não pode exercer a função judicante, considerando que “*um juiz político-discricionário não pode exercer a função contramajoritária*”, inerente à atividade jurisdicional. A aplicação da lei e da Constituição pelo juiz não é uma alternativa ou ato de vontade, sendo vedado ao magistrado passar por cima do texto constitucional para satisfação da sua noção de justiça.⁴⁶⁴

A doutrina ainda alerta que a modulação dos efeitos no âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro não pode representar uma abertura para a discricionariedade, considerando que foi criada com o objetivo de promover o Estado Democrático de Direito e tornar possível a garantia dos direitos fundamentais.⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, op. cit., p. 990.

⁴⁶¹ Ibid., p. 990.

⁴⁶² Ibid., 991.

⁴⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso: A reclamação 4.335*, op. cit., p. 762.

⁴⁶⁴ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, op. cit., p. 997-998.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 763 e ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 280-283.

Lenio Luiz Streck afirma que não existe sentido em restringir a modulação dos efeitos apenas ao controle concentrado de constitucionalidade, desde que esteja fundada na proteção e na promoção dos direitos fundamentais, concluindo que na reclamação 4.335 as fundamentações dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau violaram o direito fundamental de participação do povo nos processos legislativos, ao impedirem o Senado de cumprir o seu papel descrito na Constituição, não podendo a modulação temporal ser utilizada como forma de violação de direito fundamental.⁴⁶⁶

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi fazem duras críticas à tese de mutação constitucional aventada na Reclamação n. 4.335, afirmando que o STF introduziu uma nova modificação na Constituição, substituindo as palavras “suspender a execução” do art. 52, X, da Constituição Federal pela locução: “ser informado da suspensão da execução”, em atuação autocríativa⁴⁶⁷ do processo constitucional, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido como poder constituinte reformador, mudando o texto da Constituição para aumentar suas próprias competências e limitar os poderes dos demais tribunais e do Senado Federal, concentrando o controle de constitucionalidade nas mãos da Corte.⁴⁶⁸

No escólio de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira a mutação constitucional não pode prevalecer contra norma constitucional expressa, constituindo o texto o limite da interpretação, além da previsão das súmulas vinculantes, que perderiam sua razão diante de uma única decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle concreto. Conclui o autor que para a adoção da tese da abstrativização/objetivação dos efeitos do controle concreto seria imprescindível uma reforma constitucional.⁴⁶⁹

Lênio Streck assenta que a atribuição constitucional deixada ao Senado Federal constitui o modelo de participação democrática no controle difuso e que o acolhimento da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição significaria reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal, retirando do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo. Haveria uma consequência grave para o sistema de direitos e garantias fundamentais, considerando que a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do Pretório Excelso, em sede de controle difuso de constitucionalidade

⁴⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso: A reclamação 4.335*, op. cit., p. 764.

⁴⁶⁷ A autocraciação é decidida conforme a pressão de fatores externos a influenciam. Por meio dela, o Tribunal elabora regras inspirando-se na doutrina constitucional e processualista que discute modelos e soluções ou na experiência estrangeira (DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 262).

⁴⁶⁸ Ibid., p. 384.

⁴⁶⁹ FERREIRA, op. cit., p. 103.

violaria os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, atingindo aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará.⁴⁷⁰

Conclui Georges Abboud que o art. 52, X, da Constituição Federal sofreu realmente uma mutação, não da forma aventada pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na reclamação 4.335/AC, mas no sentido de conferir maior legitimidade popular ao controle difuso de constitucionalidade, ao integrar à discussão o Senado Federal, composto por membros eleitos, concretizando a independência harmoniosa prevista no art. 2º, da Constituição Federal, promovendo o diálogo entre os Poderes da República, com a participação do Senado na estruturação das decisões judiciais.⁴⁷¹

Conforme se observa, a tese da mutação constitucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal não resiste às bem fundamentadas críticas da doutrina, revelando a inclinação da Corte para a adoção de uma jurisprudência defensiva, que busca responder ao aumento do número de processos, em prejuízo de norma constitucional expressa que, de forma alguma, comporta a interpretação pretendida.

⁴⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**, [s.i.], p.45-68, 15 jan. 2008. Disponível em: <file:///E:/Artigos/Disserta%C3%A7%C3%A3o/Artigos/Lenio%20Streck.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.

⁴⁷¹ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, op. cit., p. 1002-1003.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com relação ao controle difuso de constitucionalidade, nos últimos anos, diante de recentes inovações legislativas e de entendimentos doutrinários, tem-se verificado uma tendência de expansão dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em sede de controle incidental de constitucionalidade, ao argumento de que ocorreu uma mutação constitucional, demandando uma releitura da atribuição do Senado Federal prevista no art. 52, X, da Constituição Federal, argumentando que a função da resolução senatorial é apenas a de conferir publicidade à decisão definitiva do Pretório Excelso no controle incidental.

No Supremo Tribunal Federal, referido posicionamento surgiu na Reclamação n. 4.335, que foi ajuizada em virtude da inobservância, pelo juízo de primeiro grau, da decisão adotada pela Suprema Corte no HC 82.959-SP.

A tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal foi robustecida por importantes julgamentos do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do julgamento do RE 197.917/SP e até mesmo do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 828.106/SP.

Várias foram as alterações legislativas que reforçaram a adoção do efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade proferida em sede incidental, a exemplo das Súmulas Vinculantes e do art. 927, III, do Código de Processo Civil.

Tem-se defendido que os artigos 525, parágrafo 12, e 535, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil, recrudescem a tese de que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que de forma incidental, tem efeitos *erga omnes* e vinculante, sendo despicienda a edição, pelo Senado Federal, da Resolução suspensiva, eis que teria equalizado a decisão que se toma em sede de controle abstrato e a decisão que se toma em sede de controle incidental, não mais distinguindo a declaração de inconstitucionalidade em uma ou outra situação.

No julgamento da reclamação constitucional n. 4.335/AC, o Pretório Excelso destacou que a recusa do Juiz em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeitou a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990, de forma incidental.

O Ministro Teori Zavascki proferiu voto no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 2.418, seguido pela maioria do Supremo Tribunal Federal, com exceção do Ministro Marco Aurélio (nesse ponto em especial), afirmando que a distinção entre o controle difuso ou concentrado é irrelevante.

Em novembro de 2017, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade 3.406/RJ e 3.470/RJ, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, considerou a lei constitucional e em sua fundamentação, na *ratio decidendi*, entendeu que o art. 2º, da Lei federal n. 9.055/95 era inconstitucional, de forma incidental, considerando que a lei federal não era objeto da ação.

Nessas ações diretas de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal e que quando ocorrer a declaração de inconstitucionalidade de uma lei de forma incidental, a decisão já tem efeito vinculante e *erga omnes* e a Corte apenas comunicará ao Senado com a finalidade de que a Casa Legislativa dê publicidade à decisão.

Observa-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou de forma clara se a mutação constitucional também se aplicaria ao controle difuso (apesar de algumas das suas decisões indicarem a adoção dessa tese), em que pese o Ministro Gilmar Mendes ter apontado isso de forma indireta ao citar o art. 535, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil e o Ministro Luiz Fux ter adotado expressamente no julgamento a equivalência do controle difuso e do controle concentrado, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade 3.406/RJ e 3.470/RJ, devendo ser ressaltado que o controle difuso pode ser realizado pelas turmas do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, a doutrina faz duras críticas à tese de mutação constitucional, asseverando que o Supremo Tribunal Federal introduziu uma nova modificação, tácita, na Constituição Federal, na medida em que há expressa previsão acerca do papel do Senado Federal no que toca à suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

Não se verifica a ocorrência da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, considerando que não houve qualquer mudança dos valores sociais e que o Senado Federal nunca se descuidou do exercício da sua competência constitucional.

Ainda que se admitisse a tese da mutação constitucional, o conteúdo da norma somente poderia ser modificado no interior do marco traçado pelo texto e não da forma como propõe o Supremo Tribunal Federal.

Revelou-se cristalina a intenção do legislador constituinte ao estabelecer um modelo de participação democrática no controle incidental de constitucionalidade, preservando o diálogo entre o Legislativo e o Judiciário e reservando a última palavra ao Senado Federal para, eventualmente, suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

O aumento de procura do Poder Judiciário não indica qualquer alteração dos valores sociais e não serve de fundamento para permitir que o Supremo Tribunal Federal adote uma jurisprudência defensiva e atue de forma discricionária, com concentração desmedida de poder, em grave prejuízo ao sistema de freio e contrapesos.

Ainda que o controle de constitucionalidade constitua procedimento especial de tutela coletiva, com a possibilidade de afirmação ou não de direitos subjetivos, a tese da mutação constitucional não se sustenta em face da expressa norma constitucional (art. 52, X, da Constituição Federal).

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direito fundamentais**. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge: The Bleknap University Press, 1991, v. 1.

AFLATIÓN, Enrique A.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. 7. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008.

AGUIAR, Simone Coêlho. **O controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas**. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas - CCJ, Universidade de Fortaleza – Unifor, Fortaleza, 2012. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F1286129992/Dissertacao%20%20.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

ALENCAR, Alexandre Auto de. **Amicus Curiae: Possibilidades e limites como mecanismo de democratização do controle de constitucionalidade das leis**. 2006. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4675/1/arquivo6078_1.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019.

ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de. **Controle de Constitucionalidade nos Sistemas Norte-Americano, Austríaco e Alemão: Análise Comparada e a Tendência de Convergência**. **Direito Público**: publicação oficial vinculada ao Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, v. 7, n. 32, p. 182.

ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Curso de Direito Constitucional**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

AMORIM JÚNIOR, José Adrice Paz de. **A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A DINÂMICA CONSTITUCIONAL: A**

permanência da atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade. 2013. 146 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UCAP_ebb01744937ee0fa23db4b8e3f00df30>. Acesso em: 05 jun. 2019.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Atlântida, 1977. Tradução de: José Manuel M. Cardoso da Costa.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**: coligidos e ordenados pro Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933, v. II: arts. 16 a 40.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARRETTO, Rafael Menezes Trindade. **Amicus curiae e democratização do debate constitucional**. 2007. 242 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9161/1/RAFAEL%20MENEZES%20TRINDADE%20BARRETTO.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; SOUZA, Alexis Galiás de. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, [s.i.], v. 8, n. 30, p.69-77, 2000. Jan - Mar.

BEBER, Augusto Carlos de Menezes; BUFFON, Marciano. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA: DA TEORIA DA NULIDADE DA NORMA AO PARADIGMA ORIENTADOR NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 27, n. 3, p.108-126, 2018. Set/dez. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1129/pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BERNARDES, Juliano Taveira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto**, Brasília, nº. 8, jan. 2000.

BIANCHI, Paolo. Un'a amicizia interessata: L'amicus curiae davanti alla corte suprema degli stati uniti. **Giurisprudenza Costitucionale**, [s.i.], p.4751-4787, 1995. Nov.-dez.

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

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. **O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BRANCO, Eduardo Lago Castello. **Controle concentrado de constitucionalidade e democracia**: ação declaratória de constitucionalidade e construção jurisprudencial. 2006. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pós-graduação, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2006. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=75167>>. Acesso em: 16 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp 23.121/GO. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, j. 06.10.1993.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp 828.106/SP. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 1.^a Turma, j. 02.05.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão RMS 11.824/SP. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, j. 16.04.2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC 1/DF. Relator: Min. Moreira Alves, j. 27.10.1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC 1 QO/DF. Relator: Min. Moreira Alves, j. 27.10.1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC 8/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 13.10.1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 15/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.06.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 19/AL. Relator: Min. Aldir Passarinho, j. 23.02.1989.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 23 QO/SP. Relator: Min. Sydney Sanches, j. 09.08.1989.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 55 MC-QO/DF. Relator: Octavio Gallotti, j. 31.05.1989.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 221 MC/DF. Relator: Min. Moreira Alves, j. 29.03.1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 259/DF. Relator: Min. Moreira Alves, j. 11.03.1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 336 MC/DF. Relator: Min. Celio Borja, j. 24.09.1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 361 MC/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 05.10.1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 466 MC. Relator: Min. Celso de Mello, j. 03.04.1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 652 MC/MA. Relator: Min. Celso de Mello, j. 18.12.1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 654 MC/PR. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 11.12.1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 894 MC/DF. Relator: Min. Néri da Silveira, j. 18.11.1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 996 MC. Relator: Min. Celso de Mello, j. 11.03.1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.121/MC/RS. Relator: Min. Celso de Mello, j. 06.09.1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.127. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 17.05.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.247/PA. Relator: Min. Celso de Mello, j. 17.08.1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.417/DF. Relator: Min. Octávio Gallotti, j. 02.08.1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.439 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 22.05.1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.442. Relator: Min. Celso de Mello, j. 03.11.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.449-8/AL. Relator: Min. Ilmar Galvão, j. 14.05.1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.600 MC/UF. Relator: Min. Sydney Sanches, j. 27.08.1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.708/MT. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 27.11.1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.719/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 18.06.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.836/SP. Relator: Min. Moreira Alves, j. 18.06.1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 1.919/SP. Relatora: Min. Ellen Gracie, j. 07.04.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.040/PR. Relator: Min. Maurício Corrêa, j. 15.12.1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.054/DF. Relator: Min. Ilmar Galvão, j. 02.04.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.076/AC. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 15.08.2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.158/PR. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 15.09.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.191 MC/AL. Relator: Min. Celso de Mello, j. 17.04.2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.240/BA. Relator: Min. Eros Grau, j. 09.05.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.321 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 25.10.2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.418/DF. Relator: Min. Teori Zavaski, j. 04.05.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.527 MC/DF. Relator: Min. Ellen Gracie, j. 16.08.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.682/AP. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 12.02.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.866 MC/RN. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 25.09.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 2.950-AgR. Relator: Min. Eros Grau, j. 09.02.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.103/PI. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 01.06.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.153 AgR/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 12.08.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.168/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 08.06.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.232/TO. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 14.08.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.276/CE. Relator: Min. Eros Grau, j. 02.06.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.316/MT. Relator: Min. Eros Grau, j. 09.05.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.345/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 25.08.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.381 DF. Relator: Min. Cármen Lúcia, j. 06.06.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.434 MC/PI. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 23.08.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.470/RJ. Relatora: Min. Rosa Weber, j. 29.11.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.489/SC. Relator: Min. Eros Grau, j. 09.05.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.566/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 15.02.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.619/SP. Relator: Min. Eros Grau, j. 01.08.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.682/MT. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.689/PA. Relator: Min. Eros Grau, j. 10.05.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 3.715/TO. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 21.08.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.029/AM. Relator: Min. Luiz Fux, j. 08.03.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.066/DF. Relatora: Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.071 AgR/DF. Relator: Min. Menezes de Direito, j. 22.04.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.180 REF-MC/DF. Relatora: Min. Cezar Peluso, j. 10.03.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.294 AgR/SP. Relator: Min. Luiz Fux, j. 01.07.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.298 MC/TO. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 07.10.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 4.697/DF. Relator: Min. Edson Fachin, j. 06.10.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 5.105/DF. Relator: Min. Luiz Fux, j. 01.10.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADIn 3.269. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 04.10.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADIn 3.566. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 15.02.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 1 QO/RJ. Relator: Min. Néri da Silveira, j. 03.02.2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 3 QO/CE. Relator: Min. Sydney Sanches, j. 18.05.2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 4 MC/DF. Relatora: Min. Ellen Gracie, j. 02.08.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 11 AgR/SP. Relator: Min. Sydney Sanches, j. 18.11.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 33/PA. Relatora: Min. Gilmar Mendes, j. 07.12.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 43 AgR/DF. Relator: Carlos Britto, j. 20.11.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 45 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 73/DF. Relator: Min. Eros Grau, j. 07.05.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 80 AgR/DF. Relator: Min. Eros Grau, j. 12.06.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 147 AgR/DF. Relator: Min. Cármen Lúcia, j. 24.03.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 210 AgR/DF. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 06.06.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 288 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 21.10.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 347 MC/DF. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, j. 09.09.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 378 MC/DF. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 17.12.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 141.290 AgRg/SP, no RE 119.236 /SP. 2ª. T. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 08.02.1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 145.680. 1ª. T. Relator: Min. Celso de Mello, j. 13.04.1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 167.444. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 30.05.1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 168.149. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 26.06.1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 179.560 AgR/RJ. 1ª. T. Relator: Min. Celso de Mello, j. 23.04.1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 423.252/RJ. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 20.03.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 472.897 AgR/PR. Relator: Min. Celso de Mello, j. 18.09.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 712.743 QO-RG/SP. Relator: Min. Ellen Gracie, j. 12.03.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 773.754 AgR-ED-AgR/RJ. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 10.04.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 789.900 ED/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 30.08.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão AI 838.188 RG/RS. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 23.06.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ARE 661.288/SP. 1ª. T. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 06.05.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ARE 705.316 AgR/DF. Relator: Min. Luiz Fux, j. 12.03.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ARE 792.562 AgR/SP. 2ª. T. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 18.03.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ARE 868.457. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 16.04.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão HC 82.959/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MI 58/DF. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 14.12.1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MI 395 QO/PR. Relator: Min. Moreira Alves, j. 27.05.1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MI 542/SP. Relator: Min. Celso de Mello, j. 29.08.2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MI 708/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 22.503. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 08.05.1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 23.087 MC. Relator: Min. Celso de Mello, j. 30.06.1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 26.860/DF. Relator: Min. Luiz Fux, j. 02.04.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 27.971 MC. Relator: Min. Celso de Mello, j. 01.07.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 32.033/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20.06.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 35.581. Relator: Min. Luiz Fux, j. 15.06.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Pet 1.140 AgR/TO. Relator: Min. Sydney Sanches, j. 02.05.1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 1.880 AgR/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, j. 07.11.2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 2.201 AgR/DF. Relator: Min. Carlos Britto, j. 20.08.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 4.335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 4.563 AgR/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 22.11.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 6.944/DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia, j. 23.06.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 8.168/SC. Relatora: Min. Ellen Gracie, j. 19.11.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 11.473 AgR/CE. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 17.03.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 12.692 AgR/DF. Relator: Min. Luiz Fux, j. 27.02.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 22.328/RJ. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 06.03.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl 143.343 AgR/CE. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 27.02.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 184.093. Relator: Min. Moreira Alves, j. 29.04.1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 197.917/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 209.366/SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.03.1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 215.107/PR. 2ª. T. Relator: Min. Celso de Mello, j. 21.11.2006

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 219.934 ED/SP. Relator: Min. Ellen Gracie, j. 13.10.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 228.844/SP. Relator: Min. Maurício Correa, j. 20.05.1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 240.096/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.03.1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 245.214 AgR/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 23.11.1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 298.694/SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 06.08.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 319.181/DF. Relatora: Min. Ellen Gracie, j. 21.05.2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 345.048/MG. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.03.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 361.341. 1ª. T. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 01.03.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 361.829 ED/RJ. 2ª. T. Relatora: Min. Ellen Gracie, j. 02.03.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 387.271/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 08.08.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 404.280. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.03.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 414.965/RS. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 31.03.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 420.816 ED/PR. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.03.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 433.806. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 08.03.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 453.744. Relator: Min. Cesar Peluso, j. 25.08.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 460.971/RS. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 482.090. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 18.06.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 510.467/AgR. Relator: Min. Cármen Lúcia, j. 02.03.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 518.711 AgR. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 23.09.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 522.897/RN. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 16.03.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 535.096/RJ. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 04.02.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 544.246 ED/SE. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.08.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 552.218. Relator: Min. Cármen Lúcia, j. 05.05.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 572.497 AgR/RS. 2ª. T. Relator: Min. Eros Grau, j. 11.11.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 591.033/SP. Relator: Min. Ellen Gracie, j. 17.11.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 602.584/DF. Relator do Acórdão: Min. Luiz Fux, j. 17.10.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 630.147/DF. Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 730.462 /SP. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 28.05.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RMS 14.136/ES. Relator: Min. Antonio Villas Boas, j. 14.06.1966.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RMS 17.976/AC. Relator: Min. Amaral Santos, j. 13.09.1968.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rp 93. Relator: Min. Annibal Freire, j. 16.07.1947.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rp 980/SP. Relator: Min. Moreira Alves, j. 21.11.1979.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática ADC 24/DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia, j. 17.03.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática ADI 1.484/DF. Relator: Min. Celso de Mello, j. 21.08.2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática ADO 23 MC/DF. Relator. Min. Dias Toffoli, j. 24.01.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática ADO 24 MC/DF. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 01.07.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática PET 3.794. Relator: Min. Ellen Gracie, j. 03.08.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática MS 26.915 MC/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 08.10.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática Rcl 23.535/DF. Relator: Min. Edson Fachin, j. 11.05.2016.

BRASÍLIA. SITE OFICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informações.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. SITE OFICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **OAB questiona data para PGFN assumir toda a dívida ativa da União.** 2008. Disponível em: <<http://noticias.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87141>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. SITE OFICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Vocabulário Jurídico (Tesauro).** 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=INCONSTITUCIONALIDADE%20CHAPADA>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRUST, Léo. **Jurisdição Controle de Constitucionalidade:** A tipologia das decisões do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada.** São Paulo: Saraiva, 2000.

CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. **Revista de Direito Administrativo**, [s.i.], n. 234, p.111-141, 2003. Out. Dez..

CAIXETA, Gabriel Ricardo Jardim. **Silêncio legislativo, liberdade para legislar e omissão inconstitucional**. 2015. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-24112015-110351/pt-br.php>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

CALMON, Pedro. **Intervenção federal: o art. 12 da Constituição de 1934**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional**. 2015. 248 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8742>. Acesso em: 28 fev. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

_____, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1922. Tradução de: Aroldo Plínio Gonçalves.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito constitucional**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO, Rony Cachola de. **A Súmula Vinculante no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2008. 88 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8342/1/Rony%20Cachola%20de%20Carvalho.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019).

CASTANHATO, Camila. **O processo histórico do controle de constitucionalidade e as constituições do Brasil**. 2006. 205 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7404/1/Camila%20Castanhato.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)**. São Paulo: Almedina, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle das omissões do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIMOULIS, Dimitri et al. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. II. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle abstrato de constitucionalidade sob o enfoque dos princípios processuais**. 2010. 241 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-07022011-152707/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madri, Civitas, 2001.

ESCOURA, Juliano Fernandes. **Controle de constitucionalidade e a tendência da abstrativização**. São Paulo: Fiuza, 2011.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Das Problem der Verfassungskontrolle**. [s. l.]: Jör, 1976. (n. 25).

HALLER, Herbert. **Die Prüfung von Gesetzen**. Wien: Springer, 1979.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 13. erg. Aufl., Heidelberg: C. F. Muller, 1995.

_____, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. Tradução de: Inocência Mártires Coelho.

IPSEN, Jörn. **Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt**. Baden-baden: [s.n], 1980.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____, Hans. **Teoría general del Derecho y del Estado**. 2. ed. México, D. F: Imprensa Universitária, 1958. Tradução de: Eduardo Garcia Máynez.

_____, Hans. **Teoria pura do Direito**. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado-editor Sucessor, 1962. Tradução de: João Batista Machado.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. Niterói: Impetus, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1970. Tradução de: Alfredo Gallego Anabitarte.

MACIEL, Silvio Luiz. **Interpretação conforme a Constituição**. 2008. 175 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8269/1/Silvio%20Luiz%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão.** Revista dos Tribunais, [s.i.], v. 101, p. 351-414, abr. 2012. Mensal. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/79290>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.

_____, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos.** São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Comentários à Constituição de 1946.** Rio de Janeiro: Henrique Cahen, Editor. v. II.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis. Trad. Cristina Murachco.** 2. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____, Alexandre. **Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição.** São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Guilherme Penã de. **Direito constitucional: teoria da constituição.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MORAES FILHO, Odilon Carpes. **Os Mecanismos de Controle Preventivo de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 2007. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/76771>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

NERI, Bianca Garcia. **ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E LITÍGIO ESTRUTURAL: A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB UMA**

PERSPECTIVA DIALÓGICA. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 27, n. 1, p.92-114, 2018. Jan/abr.. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/856/pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

NÓBREGA, Sávio Salomão de Almeida. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Tributário**. 2018. 255 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21772/2/S%C3%A1vio%20Salom%C3%A3o%20de%20Almeida%20N%C3%B3brega.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2019.

NOVAIS, Fabrício Muraro. Abstrativização do Judicial Review no Brasil: Alcance eficaz do art. 525, § 12, do Código de Processo Civil e Mutação Constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Processo Constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. Cap. 18. p. 473-492.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Principles of constitutional law**. St. Paul: Thomson West, 2008.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. (IDP).

OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ORTOLANI, Helen Barbosa. **Mandado de Injunção: o desenvolvimento do Instituto**. 2010. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-30042013-153526/pt-br.php>>. Acesso em: 15 maio 2019.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PASSOS, Ingrid Barreira de Carvalho. **Democracia e o controle concentrado de constitucionalidade**. 2008. 84 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas - CCJ, Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2008. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F1066349903/Dissertacao.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. **A interpretação conforme a constituição e o controle difuso de constitucionalidade. Temas de Direito Público – Estudos em Homenagem ao Ministro José Augusto Delgado**. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 582-583.

PELICANI, Rosa Benites. **Súmula Vinculante: um novo controle de constitucionalidade**. 2007. 229 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7756>>. Acesso em: 30 maio 2019.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

POLLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

POPP, Carlyle. A retroatividade das normas constitucionais e os efeitos da Constituição Federal sobre os direitos adquiridos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 29, n. 113, p. 87-88, jan./mar. 1992.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de segurança Individual e coletivo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROBERT, Jacques. **La Garde de la République**. Le Conseil Constitutionnel raconté par l'un de ses membres. Paris: Plon, 2000.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A corte suprema e o direito constitucional americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

ROQUE, André Vasconcelos. **Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência**. In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito**: análises à luz da lei nº. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito Constitucional**: (Instituições de Direito Público). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Tradução de Maria Helena Diniz; revisão de Ricardo Olivo.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTINI, Mateus Pieroni. **O controle de constitucionalidade à luz do fenômeno do ('Neo') constitucionalismo e a sua evolução no direito brasileiro rumo à minimização do modelo difuso**. 2012. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5962/1/Mateus%20Pieroni%20Santini.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Leonardo. **Controle de constitucionalidade e temáticas afins**: Com inferências e cognições articuladas do novo CPC em capítulos exclusivos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SCHLAICH, Klaus. **Das Bundesverfassungsgericht**: Stellung Verfahren, Entscheidungen. München: C. H. Beck, 1985.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____, José Afonso da. **Mandado de segurança e de injunção**: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord) São Paulo, 1990.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **O controle da constitucionalidade e o Senado Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da. **Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade das leis na França: perspectivas comparadas com o sistema**

brasileiro. 2017. 195 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/187397>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso: A reclamação 4.335. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Processo Constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. Cap. 29. p. 755-766.

_____, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**, [s.i.], p.45-68, 15 jan. 2008. Disponível em: <<file:///E:/Artigos/Disserta%C3%A7%C3%A3o/Artigos/Lenio%20Streck.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito constitucional fundamental**: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99). São Paulo: Atlas, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 43.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p.63-100, 2004. Jan/jun.

TRALDI, Maurício. **Súmula Vinculante**. 2008. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8278/1/Mauricio%20Traldi.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

VELHO, Renata Pinto Coelho. **Jurisdição constitucional e democracia**: uma análise da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. 2010. 105 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2010. Disponível em:

<<http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/189/1/Renata%20Pinto%20Coelho%20Vello.pdf>>
. Acesso em: 15 abr. 2019.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. Bolonha: Mulino, 1979.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.