



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

MARCELO ALVES DE LIMA

AS TÉCNICAS DE DECISÃO NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE JURISDICIONAL REPRESSIVO NO BRASIL

Fortaleza - CE

2011

MARCELO ALVES DE LIMA

**AS TÉCNICAS DE DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
JURISDICIONAL REPRESSIVO NO BRASIL**

Monografia submetida à Coordenação da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dimas Macedo

FORTALEZA-CE

2011

MARCELO ALVES DE LIMA

**AS TÉCNICAS DE DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
JURISDICIONAL REPRESSIVO NO BRASIL**

Monografia submetida à Coordenação da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 17/11/2011

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dimas Macedo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando Tibério Carlos Soares Roberto Pinto
Universidade Federal do Ceará – UFC

Ao meu pai, José Nivaldo de Lima, que tanto me apoiou nessa trajetória.

A Deus, por ter me dado garra para superar desafios.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que é a razão de muitas maravilhas.

À minha mãe Maria Alves de Lima, que habita com o Criador e no coração de nossa família, e ao meu pai José Nivaldo de Lima, parceiro de todas as horas.

Ao meu amigo Rodolfo Mendonça Furtado, que foi muito importante nesses anos de faculdade e de quem torço por manter a amizade sempre.

À minha namorada Mônica, por seu amor e momentos divertidos, além da paciência em minhas eventuais ausências.

Ao Professor Dimas Macedo, a quem muito admiro não só como jurista, mas também pela veia poética, por participar desse momento de minha vida.

Ao mestrando Tibério Carlos Soares Roberto Pinto, por compor a banca examinadora.

RESUMO

A produção científica adiante apresentada almeja perscrutar as técnicas de decisão no controle de constitucionalidade jurisdicional repressivo no Brasil. O trabalho foi fragmentado em três partes: a primeira delas versou acerca da evolução histórica do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição outorgada de 1824, no intuito de detectar os avanços e retrocessos pelos quais o mesmo passou. Na segunda parte, pretendeu-se apreciar de forma relativamente aprofundada as ações do controle abstrato de constitucionalidade à luz da atual Lei Fundamental, nas quais terão aplicação as modalidades decisórias que são objeto do presente trabalho de conclusão de curso. Por fim, a última parte tenciona examinar, no sistema brasileiro e no Direito Comparado, as formas das quais dispõe o Supremo Tribunal Federal para decidir as grandes questões nacionais que lhe incumbe dirimir.

Palavras-chave: Direito Processual Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Técnicas de decisão.

ABSTRACT

The scientific production presented below aims to scrutinize the decision techniques in repressive judicial constitutional control in Brazil. The work was broken into three parts: the first comprised about the historical evolution of constitutional control in the Brazilian legal system, from the 1824 Constitution in order to detect the advances and retreats by which it passed. In the second part, we sought to assess fairly detailed the actions of the abstract control of constitutionality in light of the current Basic Law, which will have application in the decision-making arrangements that will be the subject of this work. Finally, the last part aims to examine, in the Brazilian and Comparative Law, which has the shape of the Supreme Court to decide on major national issues that it must resolve.

Keywords: Constitutional procedural Law. Judicial Review. Decision Techniques.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	p. 10
1 – EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	p. 12
1.1 Constituição Imperial (1824)	p. 12
1.2 Constituição de 1891	p. 13
1.3 Constituição de 1934	p. 15
1.4 Constituição de 1937	p. 16
1.5 Constituição de 1946	p. 17
1.6 Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969	p. 18
1.7 Constituição de 1988	p. 21
2 – AÇÕES CONSTITUCIONAIS DO CONTROLE CONCENTRADO	p. 22
2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica	p. 22
2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	p. 29
2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva	p. 32
2.4 Ação Declaratória de Constitucionalidade	p. 35
2.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	p. 40
3 – TÉCNICAS DE DECISÃO	p. 47
3.1 Declaração de Nulidade Total	p. 47
3.2 Declaração de Nulidade Parcial	p. 49
3.3 Interpretação Conforme a Constituição	p. 50
3.4 Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto	p. 52
3.5 Lei ainda Constitucional	p. 52
3.6 Declaração de Inconstitucionalidade de Caráter Limitativo	p. 53
3.7 Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade	p. 56
3.8 Técnicas perante a Corte Constitucional Alemã	p. 57
3.9 Modalidades de Decisão na Corte Italiana	p. 61
3.10 Classificação da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus.....	p. 67

3.11 Dissociação Temporal entre a Declaração de Inconstitucionalidade e sua Publicação	p. 70
CONCLUSÃO	p. 72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	p. 73

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal, de forma pragmática, vem demonstrando uma forte propensão a desenvolver o controle de constitucionalidade repressivo em sede abstrata através de técnicas de decisão inovadoras em sua jurisprudência. Nesse sentido, o sistema dual concernente em se declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei vem, aos poucos, sendo superado, acrescentando-se novas técnicas, como a interpretação conforme a Constituição, a declaração parcial de nulidade sem redução de texto e a inconstitucionalidade progressiva. Isso é, em grande medida, fruto da necessidade de acórdãos que dêem uma melhor solução às ações diretas de inconstitucionalidade ou às ações declaratórias de constitucionalidade, por exemplo, que são interpostas perante o Pretório Excelso. Este, analisando o Direito Comparado, procede a uma perscrutação da viabilidade da adoção das técnicas mencionadas e de inúmeras outras, sendo imperioso que a Corte respeite os limites de sua atuação, os quais nem sempre são facilmente identificáveis, a fim de não criar decisões interpretativas modificativas da vontade do legislador.

A Suprema Corte, outrora, diante de uma ação direta de inconstitucionalidade, exemplarmente, julgava procedente o pedido formulado na ação, de modo que a lei seria declarada inconstitucional desde sua origem, haja vista os efeitos *ex tunc* da aludida declaração. Diante disso, diversos inconvenientes surgiam decorrente desse julgamento, como o vácuo legislativo que se originava e, quiçá, infortúnios sociais ou econômicos. Lamentavelmente, nem o poder originário nem o reformador delinearão essa questão tão delicada, deixando para o legislador infraconstitucional e, sobretudo, para o Supremo Tribunal Federal a missão melindrosa de fazê-lo, o que nem sempre ocorre de maneira apropriada.

Clèmerson Merlin Clève¹ afirma que, diante de uma declaração de inconstitucionalidade, algumas Constituições buscam superar problemas como o vazio legislativo e a inconstitucionalidade mais grave da norma reentrante prescrevendo que os Tribunais Constitucionais podem fixar os limites da eficácia temporal de suas decisões. Isso se dá, por exemplo, em Portugal e na Áustria. Este país, no artigo 140, inciso VII de sua Lei Maior, atribui à Corte Constitucional a possibilidade ampla de dispor acerca das conseqüências jurídicas de suas decisões. Explana, ademais, com a precisão que o notabilizou que as Constituições de países como

¹CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 258.

o Brasil, a Alemanha e a Itália ficaram silentes no que se refere aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Diante disso, os Tribunais Constitucionais tiveram de forjar criativas técnicas de decisão para dirimir as imperfeições resultantes da declaração de inconstitucionalidade.

No Brasil, o Congresso Nacional permaneceu inerte diante dessa questão por mais de uma década da promulgação da Constituição Federal de 1988. Somente com a lei nº 9.868/1999 a matéria foi regulamentada, ainda assim timidamente, pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados. Tal regramento normativo dispôs sobre a ação direta de inconstitucionalidade e sobre a ação declaratória de constitucionalidade perante a Suprema Corte, mas não tratou da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que só foi resolvido com a inserção do artigo 12-A na aludida legislação pela lei nº 12.063/2009. Além disso, o legislador infraconstitucional deixou de prever a técnica da interpretação conforme a Constituição, que já vinha sendo utilizada desde 1994 pelo Supremo Tribunal Federal.

No que concerne à atuação da Corte na evolução das referidas técnicas, observamos um conservadorismo que não atende às questões que se apresentam na atualidade. Obviamente que o mencionado Tribunal está diante de um caso que requer bastante cautela, devendo analisar decisões manipulativas de variadas matizes que se apresentam no Direito Comparado e que, muitas vezes, não possuem compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro. No entanto, não pode mais se nortear pelo entendimento de Hans Kelsen de que apenas deve funcionar como legislador negativo. Nesse sentido, posiciona-se o Ministro Gilmar Mendes na ADI 3510/DF, de relatoria do Ministro Ayres Britto e que versou sobre a Lei de Biossegurança:

“O debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar”.

Feitas essas considerações, passamos a entrever as modalidades de decisão objeto do presente Trabalho de Conclusão de Curso.

1 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No presente capítulo, faz-se um estudo acerca da formação histórica da fiscalização da constitucionalidade das normas no Brasil. A fim de não se dilargar por demais neste tópico, foram

desdenhados o período colonial e o imediatamente anterior à vigência da Constituição de 1824.

1.1 Constituição Imperial (1824)

Dom Pedro I, após dissolver a Assembléia Constituinte antes convocada, que elaboraria a chamada Constituição da Mandioca, outorgou a primeira Constituição do Brasil. Um dos aspectos mais relevantes dela era o estabelecimento de quatro poderes: o Legislativo, o Judiciário, o Executivo e o Moderador. Este era um superpoder nas mãos do Imperador, representando uma constitucionalização do absolutismo, conforme André Luiz Batista Neves².

Uma fria avaliação da Constituição de 1824 indicaria que a mesma aderiu ao hegemônico discurso francês no sentido de que a lei gozava de primazia. Nesse sentido, o Poder Legislativo, por intermédio da Assembléia Geral, foi incumbido de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, consoante a inteligência do artigo 15, VIII da Constituição de então, além de velar pela guarda da Lei Fundamental e promover o bem geral da Nação, conforme seu artigo 15, IX. Nessa toada, Kildare Gonçalves Carvalho³ observa que a Constituição Política do Império do Brasil, sob a influência do jacobinismo francês e dos doutrinadores políticos da Inglaterra, não previu o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Isso a despeito de existir o Supremo Tribunal de Justiça. Vale ressaltar que a origem dessa influência da França remonta à própria Revolução Francesa de 1789, em que os revolucionários, apesar de entenderem ser absolutamente imprescindível a promulgação de uma Constituição a fim de que se garantissem os direitos dos cidadãos em face das arbitrariedades dos monarcas, não lograram criar um mecanismo para o controle de constitucionalidade das leis. Isso por razões pragmáticas consistentes no fato de que os revolucionários tinham verdadeira ojeriza à criação de um controle jurisdicional de constitucionalidade, pois enxergavam com muita suspeita a magistratura, a qual fora por muito tempo uma instituição de defesa do antigo regime. Ademais, refere Alexandre de Moraes⁴ que os revolucionários adotaram as idéias de Rousseau no que pertine à supremacia da lei e, conseqüentemente, do Parlamento, enquanto representantes da vontade soberana da sociedade.

Na prática brasileira, porém, o que se observava era que o Imperador era quem realmente decidia acerca da constitucionalidade da leis. Nesse sentido, são elucidativas as palavras de Nagib Slaibi Filho⁵:

²NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. 1. ed. Salvador: PODIVM, 2007, p. 81.

³CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 171.

⁴MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 137.

⁵SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 203.

Importante também constar que o papel institucional do Imperador, exercendo o Poder Moderador, dito a chave da abóbada do sistema jurídico, com poder de veto suspensivo sobre os atos da Assembléia Geral e de até mesmo dissolvê-la, também servia de contraponto e freio às incursões do parlamento nas áreas política e jurídica.

1.2 A Constituição de 1891

Na República Velha, abandonou-se o padrão francês da organização política do Império e nela se introduziu a fiscalização jurisdicional difusa da constitucionalidade das normas. Isso representou uma grande novidade, pois o ambiente jurídico de inspiração sobretudo francesa e inglesa apresentava pouca permeabilidade para os institutos jurídicos norte-americanos.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 foi muito influenciada por Rui Barbosa, chegando Nagib Slaibi Filho⁶ a observar que sua inspiração levou à denominação similar para o país (Estados Unidos do Brasil), à adoção das instituições da república, da federação, do presidencialismo e até mesmo o modelo, típico do Common Law, da jurisdição universal (judicial review).

Mesmo com sua notória respeitabilidade, Rui Barbosa se viu sem muito êxito em algumas circunstâncias nesse período de transição. Em um *habeas corpus* impetrado por ele contra ato do Presidente da República, obteve decisão denegatória oriunda do Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de que a Corte não poderia exercer tal controle em virtude da proteção de que gozavam os atos do Chefe do Estado e do Governo. Isso revela que, em seu nascedouro no Brasil, esse controle jurisdicional tinha várias limitações, até mesmo em virtude da formação dos juízes da época.

O Supremo Tribunal Federal era incumbido de processar e julgar em nível recursal as questões decididas pelos juízes e tribunais federais (Constituição de 1891, artigo 59,2) e, no que diz respeito às justiças estaduais, tal dispositivo prescrevia, em seus parágrafos 1º e 2º que:

Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

quando se contestar a validade das leis ou atos dos governos dos Estados em face da

⁶ Idem, op. cit., p. 203.

Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§2º Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União.

Nessa mesma toada, traz a seguinte previsão o artigo 61 da Constituição Federal de 1891:

As decisões dos juízes ou tribunais dos Estados, nas matérias de sua competência, porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a:

1º *habeas corpus*;

2º espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção ou tratado.

Em tais casos, haverá recurso voluntário para o Supremo tribunal Federal.

Diante dos dispositivos aludidos, percebe-se a grande margem decisória concedida á justiça estadual, em detrimento da própria fiscalização da Constituição e dos tratados e leis federais.

Tal estado de coisas, num sistema marcado pela política do café-com-leite, engendrada por Prudente de Moraes, veio a ensejar crises federativas e o maior fortalecimento das oligarquias estaduais – sobretudo São Paulo e Minas Gerais – sobre o Governo Central.

A despeito de todas essas intempéries, o fato é que houve uma guinada na história constitucional brasileira com a adoção do modelo norte-americano. Isso ficou ainda mais evidente com a edição da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, a qual versou sobre a organização da Justiça Federal, dispondo em seu artigo 13, §10 que a validade das leis e regulamentos seria apreciada pelos juízes e tribunais, os quais deixariam de aplicar aos casos concretos as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

Por fim, impende frisar que diferentemente do que se deu nos Estados Unidos, em que o controle jurisdicional adveio de atividade jurisprudencial, no célebre caso *Marbury v. Madison*, no Brasil, a Constituição de 1891 não tratou da questão, mas a Lei nº 221/84 previu de forma expressa o controle incidental. Isso porque estabeleceu que qualquer juiz ou tribunal poderia desaplicar leis inconstitucionais.

1.3 A Constituição de 1934

Promulgada em 16 de julho de 1934, essa Lei Maior trouxe várias alterações ao sistema

jurídico brasileiro, refletindo, em certa medida, a reformulação porque passava a sociedade e o Estado.

O cenário internacional, sem dúvida, também trouxe influências para a Carta Magna brasileira. Dessarte, diante de novas soluções políticas e jurídicas observadas na Constituição do México de 1917, na Constituição da então União Soviética de 1918 e na Constituição alemã promulgada em Weimar em 1919, o legislador constituinte originário de 1934 reduziu a veemência com a qual se seguia o paradigma dos Estados Unidos, passando a adotar alguns institutos insculpidos nas constituições parlamentaristas européias.

Uma das alterações foi a atenuação do modelo federativo, que passou de um viés centrífugo para um centrípeto, ou seja, com maior concentração de poder no governo central.

Vale, ainda, ressaltar que no controle difuso passou a se empregar a cláusula de reserva de plenário. Isso se deu com a previsão no artigo 179 da Lei Fundamental de maioria absoluta dos membros do tribunal *ad quem* para as decisões sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. Disposição semelhante a essa pode ser verificada no artigo 96 da Constituição Federal de 1988.

Urge salientar, outrossim, que foi instituída a representação interventiva. Esta foi a precursora da atual ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido, o artigo 12, V, da Carta de 1934 trouxe a possibilidade de intervenção da União em negócios peculiares do Estado em caso de vulneração dos princípios constitucionais sensíveis. Tais princípios tinham previsão no artigo 7º, nº 1, alíneas “a” a “h” da aludida Lei Maior. Essa representação tinha de ser deflagrada pelo Procurador-Geral da República, que consoante André Luiz Batista Neves, tinha função aproximada a de defensor da constitucionalidade, e tinha por objeto formal a lei federal de intervenção, não o ato estadual inconstitucional em si mesmo. Diante disso, caso a Corte Suprema declarasse que a lei federal era constitucional, processar-se-ia a intervenção.

Uma outra questão que atormentava o Judiciário brasileiro desde que se optou pela adoção do modelo norte-americano dizia respeito à ausência de um mecanismo que concedesse eficácia *erga omnes* às decisões em sede de controle incidental de constitucionalidade de normas. Isso porque, nos Estados Unidos, a Suprema Corte dispunha do sistema de precedentes vinculantes, ligados ao “*stare decisis*”, para conferir efeitos contra todos. Então, o constituinte originário de 1934 adotou a chamada fórmula do Senado. Esta tinha previsão no artigo 91, IV, da Constituição de 1934, nos seguintes termos:

Art. 91. Compete ao Senado Federal:
(...)

IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou

regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

O referido inciso IV prescreveu o que está insculpido no artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988.

1.4 A Constituição de 1937

A Carta Política de 10 de novembro de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, foi elaborada pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, tendo por molde a Lei Fundamental da Polônia de 1935, sendo por isso conhecida como “Polaca”.

Instaurada a ditadura do Estado Novo, suprimiu-se a representação interventiva, assim como a possibilidade de o Senado Federal, o qual fora substituído pelo Conselho Federal, conceder eficácia *erga omnes* às decisões do Judiciário que declarassem a inconstitucionalidade com efeitos *inter partes*.

O controle difuso não foi expurgado do sistema jurídico, mas alguns dispositivos da Lei Maior ofereciam amplos poderes à Getúlio Vargas para obstar qualquer decisão que fosse de encontro aos seus interesses. O artigo 96 desta Carta é exemplificativa disso:

Art. 96. Só por maioria absoluta dos votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Presidente da República.

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

A fim de obstaculizar de vez a já complicada concretização do controle de constitucionalidade jurisdicional, Getúlio Vargas nunca convocou eleições para o Poder Legislativo. Isso porque o próprio Presidente da República poderia tratar de matéria legislativa referente à União mediante Decretos-Leis, na ausência do Parlamento, conforme previsão contida no artigo 13 da citada Constituição. Por fim, interpretava-se que o Presidente tinha o poder de expulsar a eficácia das decisões declaratórias de inconstitucionalidade através de Decreto-Lei, consoante Dirley da

Cunha Júnior⁷.

1.5 A Constituição de 1946

Com a Constituição de 18 de setembro de 1946, em um ambiente de redemocratização relacionado à vitória dos Aliados sobre o fascismo e o nazismo, o controle de constitucionalidade brasileiro voltou a ter vários institutos previstos na Lei Fundamental de 1934.

O controle difuso de constitucionalidade permaneceu, assim como a cláusula de reserva de plenário, constante no artigo 200 da referida Carta Magna. Ademais, retornou a fórmula do Senado com o fito de se conceder eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle incidental. Foi eliminada, contudo, a necessidade de que o Procurador-Geral da República comunicasse ao Senado a decisão do Pretório Excelso que se almejava conferir o aludido teor eficaz.

Consoante o escólio de Kildare Gonçalves Carvalho⁸, o controle concentrado de constitucionalidade foi introduzido no sistema jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Esta deu nova redação à alínea “k” do artigo 101, inciso I da Constituição de 1946, determinando a incumbência do Supremo Tribunal Federal de processar e julgar, originariamente, a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

1.6 A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969

A vida brasileira mudou bastante com o golpe de estado ocorrido entre 31 de março e 1º de abril de 1964. Editou-se o Ato Institucional nº 1, redigido por Francisco Campos. Seu artigo 7º, §4º retirava do Judiciário o controle incidental no que pertine ao mérito dos atos de demissão e de aposentadoria compulsória dos que desagradavam à Ditadura Militar.

Já em 1965, editou-se o Ato Institucional nº 2, que retirava dos magistrados as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade. Ademais, de onze o número de ministros do Supremo Tribunal Federal passou para dezessete, com o objetivo de assegurar um maior número de

⁷CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 441.

⁸CARVALHO, Kildare Gonçalves. op. cit., p.175.

magistrados da Corte que votassem a favor dos interesses do Regime Militar.

No tocante ao controle de constitucionalidade, não se pode deixar de referir a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Esta espécie do procedimento legislativo trouxe ao sistema jurídico brasileiro a representação genérica de inconstitucionalidade, ação que visa à fiscalização abstrata das leis. Tal representação genérica deve ser vislumbrada por olhos críticos. Isso porque o Supremo Tribunal Federal julgava em consonância com os ditames prescritos pelos Militares. Desse modo, como a representação genérica possibilitava ao Pretório Excelso a avaliação da constitucionalidade de todas as leis federais e estaduais, sem a limitação da parametricidade aos princípios constitucionais sensíveis, além de que só poderia ser proposta pelo Procurador-Geral da República, percebe-se que consistiu essa ação do processo objetivo em um instrumento à serviço dos militares.

Apesar de todas essas modificações, a Ditadura percebia que a Constituição de 1946 trazia dispositivos um sentimento jurídico que era discrepante em relação aos novos tempos. Nesse sentido, emergiu em 24 de janeiro de 1967 uma nova Constituição.

Essencialmente, no que concerne ao controle de constitucionalidade, não foi muito alterado o que estava vigendo em relação à Emenda Constitucional nº 16/1965. Assim, à decisão no controle por via de exceção, que tinha eficácia *inter partes* persistia a possibilidade de atribuir-se eficácia *erga omnes* através da intervenção do Senado Federal.

Um outro fato inolvidável que se deu nessa época foi a promulgação da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que fez profundas alterações na Constituição de 1967, a ponto de haver uma polêmica acerca de se representaria tal emenda uma nova Constituição ou não. Poucas mudanças se deram acerca do controle de constitucionalidade, prevendo o novo artigo 181 a impossibilidade de o Poder Judiciário perscrutar os atos do Governo Federal tomados com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares.

Um fato sempre lembrado dessa época foi a forma como se cristalizou a representação genérica como uma ação. Isso porque a discussão foi tão calorosa que levou ao pedido de aposentadoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal Aduacto Cardoso. Ocorreu que o partido Movimento Democrático Brasileiro (MDB) elaborou uma representação a fim de que o Procurador-Geral da República, o senhor Xavier de Albuquerque, sustentasse um pedido de inconstitucionalidade acerca de censura prévia prevista em Decreto-Lei. Tal pedido foi arquivado sumariamente pelo Procurador. Isso acarretou a reclamação do referido partido perante o Supremo Tribunal, sob a alegação de que Xavier de Albuquerque estaria usurpando a função da Corte de decidir se conhecia ou não da representação. A decisão do Supremo, vencido o Ministro Aduacto Cardoso, foi de que o Órgão Ministerial procedeu adequadamente. Os argumentos para isso indignaram o Ministro Aduacto Cardoso e o levaram a não mais aceitar integrar o Tribunal.

Não se pode tratar desse tópico sem mencionar as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº 7, outorgada por Ernesto Geisel em 13 de abril de 1977. Basicamente, três foram tais alterações: a possibilidade de concessão de liminar nos processos objetivos (art. 119, I, “o”), a representação para interpretação de lei ou ato normativo estadual ou federal (art. 119, I, “l”, *in fine*) e a advocatária (art. 119, I, “o”), consoante se depreende da inteligência dos dispositivos referidos, ao tratarem da competência do Supremo tribunal Federal:

Art. 119. (Omissis)

(...)

a) representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou de ato normativo federal ou estadual;

(...)

o) as causas processadas perante quaisquer juízes ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido; e

p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República.

No que concerne às cautelares, o legislador seguiu o que vinha sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal, como se deu no julgamento da Representação nº 933. Uma análise crítica disso revela que sua intenção era criar empecilhos aos opositoristas do Regime Militar, que nas últimas eleições vinham ampliando sua força. Nessa toada, esse instituto permitiria que as insubordinações dos legislativos estaduais e federais fossem obstaculizadas *ab initio*, consoante o escólio de André Luiz Batista Neves⁹. No que concerne à representação interpretativa, verifica-se que foi esporadicamente empregada pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista a marca de trazer uma fossilização da jurisprudência. Seu requisito de admissibilidade era que houvesse um conflito interpretativo, ainda que potencial. Por fim, a advocatária, que tinha como legitimado o Procurador-Geral da República, também foi utilizada raras vezes no Supremo Tribunal e que poderia ser empregada para as causas perante quaisquer juízes e tribunais e nas hipóteses de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, que são conceitos indeterminados, os quais davam larga margem para atitudes despóticas.

1.7 A Constituição de 1988

⁹NEVES, André Luiz Batista. op. cit., p. 104.

Dimas Macedo¹⁰ explicita que a Constituição de 1988 traz uma matiz principiológica avançado em relação às Cartas Magnas anteriores do país. Dessarte, oferece uma diretriz segura para a compreensão da vontade do legislador e de seus avanços. Ademais, refere que essa Lei Fundamental é fruto das discrepâncias que marcavam a sociedade no período de sua elaboração. Na mesma toada, colhe-se lição esposada por Paulo Bonavides e Paes de Andrade¹¹ no sentido de que diversos perfis ideológicos se apresentavam na discussão que antecedeu a promulgação. Assim, falava-se nos “lobbies” da Igreja Católica, das ramificações protestantes, dos prefeitos, dos governadores, das multinacionais, das mulheres, dos cartorários e dos servidores públicos, entre outros. Os ministros e governadores atuavam com veemência sobre os constituintes, havendo 16 destes em Brasília atuando com esse propósito. Nessa ambiência, as cores partidárias haviam se desbotado, passando-se a adotar um pragmatismo forte e que trazia preocupações ao povo brasileiro. Diante disso, verificou-se uma expressiva mobilização popular, concretizada no envio ao Congresso Nacional de sugestões e emendas alicerçadas em milhões de assinaturas. O resultado de tudo isso, consoante Dimas Macedo¹², foi uma Constituição que peca por seu tamanho, mas que tem o condão de dirimir grandes questões que se apresentem à Nação.

Não se pode deixar de lançar um olhar crítico sobre essas atuações de “lobbistas”. Por certo, grandes grupos empresariais investiram vultosas quantias para influenciar a atuação de constituintes.

2. AÇÕES CONSTITUCIONAIS DO CONTROLE CONCENTRADO

No que concerne à atuação do Poder Judiciário, houve uma perda do Supremo Tribunal Federal de sua função de zelar pela legislação federal, a qual passou a ser exercida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Apesar disso, o Supremo recebeu a incumbência de paladino da Constituição, consoante se depreende do *caput* do artigo 102:

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

Acerca de sua atuação no controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos, verifica-se que a Corte se debruça sobre a ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI

¹⁰MACEDO, Dimas. **Política e Constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 7.

¹¹BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB, 2002, p. 476.

¹²MACEDO, Dimas. op. cit., p. 7.

genérica), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva) e, por fim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica

Consoante Gilmar Mendes¹³, o sistema de 1967/1969 trazia um modelo misto com a utilização tanto do controle abstrato ou concentrado quanto do difuso ou incidental, mas com a preponderância deste. Isso se devia ao fato de que o único a gozar de legitimação para a propositura da ação que visava a questionar a constitucionalidade era o Procurador-Geral da República.

Com as luzes da Carta de 1988 essa situação se modificou, sobretudo com a forma como foi formatada a ação direta de inconstitucionalidade genérica, prevista no artigo 102, I, “a” da Constituição Federal de 1988:

Art. 102 (*Omissis*)

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Na primeira parte do dispositivo supramencionado, vislumbra-se a referida ação do controle por via direta que passa-se a destrinchar.

O aspecto determinante para que o controle abstrato auferisse maior relevância em relação ao realizado por via de exceção se refere à ampliação do rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Isso porque o artigo 103 da Constituição Federal passou prever que:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do distrito Federal;

¹³MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1178.

- VI – o Procurador-Geral da República;
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Diante disso, permitiu-se que inúmeras discussões acerca da constitucionalidade de leis e atos normativos pudessem ser apreciadas em sede de controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, tal ação passou a ser particularmente interessante porque a Lei nº 9.868/1999 tratou de oportunizar a concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, nos termos dos artigos 10 *usque* 12 da aludida lei, possibilitando a suspensão incontinenti do ato normativo inquinado de inconstitucionalidade.

A medida cautelar pode ser deferida por entendimento de maioria absoluta dos membros do Pretório Excelso, se presentes à sessão no mínimo oito ministros. Isso deve ser precedido da oitiva em cinco dias dos órgãos ou autoridades que exararam o vergastado ato normativo, a qual só será dispensada em caso de excepcional urgência. Ademais, deve-se frisar que a lei em tablado prevê ainda a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, no prazo de três dias, a critério do relator do processo. Outro aspecto que não se pode deixar de aludir pertine ao fato de que, em regra, tal cautelar é dotada de eficácia *erga omnes* e efeitos *ex nunc*, o que pode ser alterado fundamentadamente pelo Tribunal. Por fim, tem-se que por expressa previsão legal insculpida no parágrafo segundo do artigo 11 da lei em comento se determina o efeito repristinatório em sede de cautelar, exceto se entender de forma diversa a Corte.

Ao se analisar a capacidade postulatória dos legitimados elencados no artigo 103 da Lei Fundamental, percebe-se que nem todos a possuem, necessitando de auxílio de advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Assim, com exceção dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e das Confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (incisos VIII e IX do artigo 103 da Carta Política), todos os demais legitimados possuem uma capacidade especial para ajuizar ADI.

Urge, ainda, que se examine a questão da pertinência temática na propositura da ação direta de inconstitucionalidade genérica. Acerca disso, o Supremo Tribunal Federal entende que se presume o interesse, de modo que é despicienda tal demonstração, nos casos do Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional, os quais são legitimados universais. Por seu turno, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional precisam demonstrar a pertinência temática, sendo legitimados especiais. Por exemplo, no último caso, seria

imprescindível um vínculo entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical. Ao perscrutar esse tema, Gilmar Mendes¹⁴ critica essa posição do Supremo Tribunal Federal, defendendo que a mesma não decorre dos expressos termos da Lei Fundamental, dando a impressão de ser avessa à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.

De grande saliência é a perscrutação do objeto da ação em tela. O artigo 102, I, “a” trata de forma assaz abrangente o tópico ao mencionar “lei ou ato normativo federal ou estadual”. Uma primeira consideração a ser expendida se refere ao direito pré-constitucional. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2/DF, fixou entendimento acerca da questão, consoante se depreende da Ementa:

EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE.

A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurada em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.

Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária.

Ação direta de que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido.

Percebe-se, então, que o Brasil não adota a inconstitucionalidade superveniente, apenas a originária. Se a norma for posterior à Constituição Federal, ter-se-á uma hipótese de inconstitucionalidade; se, porém, o ato normativo for anterior à Lei Maior, não poderá ser objeto do controle em ação direta de inconstitucionalidade, verificando-se apenas se foi recepcionado ou não pelo ordenamento jurídico. Caso não seja compatível, será revogada pela nova ordem. Isso comporta os temperamentos trazidos pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), os quais serão analisados no momento oportuno. Por fim, frise-se que o parâmetro deve ser anterior ao objeto da ação.

Além de ser posterior à Constituição, precisa ser uma lei ou ato normativo federal ou estadual. Isso traz logo a observação de que não pode ser municipal o objeto da ADI perante o Supremo Tribunal Federal, por expressa previsão constitucional. Vale, ainda, verificar-se quais

¹⁴Idem, op. cit., p. 1185.

seriam os referidos atos normativos e leis federais. Gilmar Ferreira Mendes¹⁵ colaciona os casos em que isso se verifica, apontando entre eles as disposições da Constituição propriamente ditas, circunscritas ao direito constitucional secundário, não se podendo falar de controle de constitucionalidade em relação às normas editadas pelo poder constituinte originário. Neste caso, os aparentes conflitos devem ser dirimidos por meio de atividade interpretativa, de forma sistêmica. No objeto do controle também se enquadra as espécies normativas primárias, previstas no artigo 59 da Constituição Federal, abrangendo as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções. No que concerne às medidas provisórias, não subsiste dúvida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do cabimento de ADI, como no caso das de nº 293, de relatoria do Min. Celso de Mello, e 427, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence. Uma peculiaridade nesse caso é que na hipótese de a medida provisória ser convertida em lei, imprescindível se faz que se adite a ação direta de inconstitucionalidade.

Podem, outrossim, ser objeto de ADI o decreto legislativo dotados de aprovação do Congresso Nacional em relação aos tratados e possibilita ao Presidente da república que os ratifique em nome do Brasil, o decreto presidencial que promulgue os tratados e convenções, o decreto legislativo do Congresso Nacional que suspende a execução de ato do Executivo, por motivo de discrepância com a lei regulamentadora (artigo 49, V, da Carta Maior), os atos normativos oriundos de pessoas jurídicas de direito público criadas pela União, assim como os regimentos dos Tribunais Superiores dotados de aspecto autônomo, o decreto legislativo que tem o aprobo do Congresso Nacional com o escopo de obstar os atos normativos do Executivo que ultrapassem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa, os atos do Poder Executivo com força normativa, como pareceres da Consultoria-Geral da República aprovados pelo Chefe do Executivo, as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, as resoluções dos tribunais que deferem reajuste de vencimentos e, na opinião de Gilmar Ferreira Mendes, as súmulas vinculantes. Estas, porém, não são objeto de ação direta de inconstitucionalidade, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal, exemplificada pela ADI nº 594-DF, de relatoria do Ministro Carlos Velloso.

Observa-se que não podem ser objetos de ADI normas constitucionais originárias, leis e atos normativos anteriores à Constituição de 1988, decretos regulamentares, súmulas vinculantes (estas dispõem do procedimento de revisão ou cancelamento, não de ADI), atos *interna corporis* do Poder Legislativo e leis declaradas inconstitucionais em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que tenham tido sua eficácia suspensa com a participação do Senado Federal, o qual editou resolução nos termos do artigo 52, X da Constituição Federal. Isso porque como o processo de ação

¹⁵Idem, op. cit., pp. 1189-1192.

direta de inconstitucionalidade é objetivo e não se presta a analisar direitos subjetivos, não faria sentido acionar a jurisdição constitucional abstrata para analisar normas cuja aplicabilidade já se encontra exaurida.

Um aspecto interessante a se mencionar se refere ao emprego dos tratados internacionais como parâmetro de controle no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, tem-se que analisar a questão sob dois prismas: se o tratado não versa sobre direitos humanos e termina por ser incorporado ao sistema brasileiro, aufero o *status* de lei ordinária, não havendo que se falar em parametricidade na espécie; se, no entanto, abordar os direitos humanos, urge que se diferencie duas situações. Na primeira delas, tem-se a supralegalidade das normas que versam sobre direitos humanos resultante de atualização jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, de relatoria do Ministro Cezar Peluso e que tratava da aplicação ou não do Pacto de San José da Costa Rica no caso de prisão por dívidas do depositário infiel. *In casu*, venceu o voto-vista exarado pelo Ministro Gilmar Mendes de que os tratados internacionais que versem sobre os direitos humanos e que não foram aprovados pela forma prevista no artigo 5º, §3º da Constituição Federal gozam de um caráter de supralegalidade, estando acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição Federal. Na segunda situação, por sua vez, tem-se a equiparação às Emendas Constitucionais dos tratados e convenções internacionais que versem acerca de direitos humanos e que sejam aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, pelo *quorum* diferenciado de três quintos votos dos respectivos membros, consoante dispõe a Lei fundamental, em seu artigo 5º, §3º. Dessarte, como nessa última modalidade tem-se uma equivalência com as Emendas Constitucionais, percebe-se que os tratados aprovados sob essas circunstâncias são, sim, utilizadas como parâmetro de controle para o controle de constitucionalidade das leis.

Por fim, cumpre que se teça considerações acerca do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade. Para tanto, deve-se perscrutar as disposições da Lei nº 9.868/1999. Desse modo, percebe-se que a petição inicial deve indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo vergastado e os fundamentos jurídicos do pedido no que concerne a cada uma das impugnações. Ademais, a exordial deve indicar o pedido com suas especificações. Isso sem referir que o legitimado para a propositura dessa ação, quando não tiver capacidade postulatória, deve fazer acompanhar a proemial do instrumento de procuração, em duas vias, além de cópias da lei ou do ato normativo combatido e da prova documental necessária para demonstrar a impugnação. Caso os referidos procedimentos não sejam observados, a petição inicial será reputada inepta, sendo liminarmente indeferida pelo relator do processo. A mesma consequência advirá caso a inicial não seja devidamente fundamentada ou manifestamente improcedente, consoante a inteligência do artigo 4º da supracitada lei. Dessa decisão que não conhece a ação, caberá agravo interno a Órgão

Colegiado do Supremo Tribunal Federal.

Havendo a proemial atendido aos termos legais, o relator determinará que os órgão ou autoridades dos quais emanou a norma prestem informações no prazo de trinta dias, a contar do recebimento do pedido. Além disso, cumpre salientar que uma das características da ação direta de inconstitucionalidade é a inadmissão da intervenção de terceiros, o que está em consonância com a orientação contida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Isso para que haja uma maior estabilidade subjetiva e na esteira da própria natureza do processo objetivo, que obsta que se alegue ofensa a um direito individual específico.

Imprescindível que se mencione, ainda, que o legislador consagrou a figura do *amicus curiae* ou amigo da Corte, conforme se depreende da análise do artigo 7º, §2º da lei que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

Art. 7º (*Omissis*)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgão ou entidades.

Percebe-se do exame desse dispositivo que incumbe ao relator do processo admitir ou não o *amicus curiae*, o que em caso positivo pode não ser referendado pelo Tribunal, conforme já se verificou na ADI nº 2.238. A literalidade da lei deixa bem claro, ainda, que da decisão interlocutória do relator que não admitir a figura ora em tablado não cabe recurso, buscando-se, desse modo, evitar o tumulto processual. Ademais, a lei apresenta requisitos para que sejam admitidas a manifestação de outros órgãos ou entidades, quais sejam, a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Outrossim, o próprio Supremo Tribunal estabeleceu que o *amicus curiae* tem o direito de fazer sustentação oral perante a Corte, como se consolidou na ADI nº 2130-MC/SC.

Por fim, vale abordar a problemática da eficácia erga omnes na hipótese de declaração de inconstitucionalidade proferida em ADI. Nesse sentido, tem-se que no caso de declaração de nulidade a eventual expurgação dos atos realizados com alicerce na lei inconstitucional deve observar as fórmulas de preclusão. Assim, não é apropriado imaginar que a declaração de inconstitucionalidade tenha o condão de atingir todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional. Consoante o escólio de Gilmar Mendes¹⁶, a despeito de o ordenamento jurídico pátrio não contar com regra expressa acerca do tema, entende-se que é imprescindível que se

¹⁶Idem, op. cit., p. 1397.

proceda a uma diferenciação entre a consequência da decisão no plano normativo e no plano do ato singular através das fórmulas de preclusão. Nesse sentido, apenas serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos que ainda podem ser objeto de revisão ou impugnação.

2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

De acordo com Kildare Gonçalves Carvalho¹⁷, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão constitui-se em nova modalidade de controle de constitucionalidade instituída pela Constituição Federal de 1988 e que foi inspirada no artigo 283 da Lei Fundamental de Portugal.

Ao se aprofundar a digressão histórica, observa-se estudo de Gilmar Mendes¹⁸ segundo o qual a perscrutação da teoria da omissão inconstitucional era um monopólio da dogmática constitucional do Direito tedesco. Afirma o referido doutrinador que desde Georg Jellinek, passando por Hans Kelsen e até a Constituição alemã de Weimar, de 1919, não se aceitava qualquer possibilidade de se formular pretensões contra o legislador. Tal estado de coisas, todavia, alterou-se com o advento da Lei Fundamental de Bonn, em 1949. Esta, fortemente vinculada aos direitos fundamentais, tornou urgente o desenvolvimento de técnicas de decisão que possibilitassem a concretização de tais direitos em caso de omissões normativas totais ou absolutas ou parciais, que se subdividem em propriamente ditas e relativas. Será total no caso de inadimplemento absoluto do dever de legislar; por sua vez, será parcial propriamente dita quando a lei existir, mas regular de forma deficiente o texto e se constituirá como omissão parcial relativa quando a lei existir e outorga certo benefício a uma categoria, porém não o faz em relação a outra que deveria sê-lo para que contemplasse o princípio da isonomia.

Já sob as luzes da Carta de 1949, a Corte alemã, de início, ainda se mostrava recalcitrante em assegurar ao cidadão uma atividade legislativa que fosse suscetível de ser buscada através de recurso constitucional. Contudo, a Corte evoluiu e passou a criar novas técnicas de decisão no caso de omissão, como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador. Tudo isso sempre tendo em vista o princípio da separação dos poderes e o postulado da democracia.

Feitas essas considerações acerca da evolução da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no direito comparado, deve-se ressaltar sua ligação tanto com o princípio da força

¹⁷CARVALHO, Kildare Gonçalves. op. cit., p. 195.

¹⁸MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. op.cit., p. 1286.

normativa da Constituição como também com as normas constitucionais não-aplicáveis, ou, na classificação de José Afonso da Silva, as de eficácia limitada de princípio institutivo e de princípio programático. No que se refere ao aludido princípio, verifica-se sua utilização na interpretação constitucional, buscando-se uma maior densidade normativa por meio da análise de fatores históricos, políticos e sociais. Isso, no entanto, não obsta a evolução da ordem constitucional. No caso da ADO, a ausência ou incompletude da norma, por certo, malferiria a força normativa do texto da Lei Maior. Por outro lado, no que concerne ao emprego desta ação, tem-se seu uso exclusivo no caso de normas de eficácia limitada. Estas dependem de que o legislador ordinário venha lhes conferir executoriedade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas. Contudo, não se deve afirmar que são destituídas de aplicabilidade. A regulamentação é salutar a fim de que tenham a possibilidade de externar todos os efeitos colimados pelo legislador constituinte. Ademais, são subdivididas em normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo e normas definidoras de princípio programático. O próprio José Afonso da Silva¹⁹ explicita que o termo “princípio” da expressão normas constitucionais de princípio institutivo é empregada na acepção de “começo” ou “início”, de modo que o sentido de tais normas é o de que são aquelas às quais o constituinte originário ou derivado traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, com o fito de que o legislador ordinário os estruture em definitivo, por meio de lei. O mestre do Largo do São Francisco²⁰ bifurca tais normas em impositivas e facultativas. Aquelas trazem em seu bojo uma prescrição ao legislador, em termos peremptórios, a fim de que este elabore uma legislação integrativa; estas, por sua vez, também denominadas de permissivas, restringem-se a oferecer ao legislador infraconstitucional a oportunidade de instituir ou regular a situação nelas delineada. No que pertine às normas de eficácia limitada declaratórias de princípios programáticos, tem-se seu fulcro irradiador no compromisso entre as forças políticas do Estado Liberal e as reivindicações populares por justiça social. Essa conjuntura internacional vem se refletindo no Brasil, de modo que a Constituição de 1934 já trazia várias normas com esse perfil, influenciada que foi pela Constituição de Weimar. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 está repassada dessas normas programáticas, que nos termos de José Afonso da Silva²¹ são aquelas por intermédio das quais o constituinte, ao invés de regular determinados interesses de forma direta e imediata, restringiu-se a traçar-lhes os princípios para serem observados pelos órgãos legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos, como programas das suas atividades, com o objetivo de tornar palpáveis os fins sociais do Estado.

No que diz respeito à legitimação para agir, pairava uma certa dúvida em virtude de a

¹⁹SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 119.

²⁰Idem, op. cit., p. 126.

²¹Idem, op. cit., p. 138.

Constituição Federal haver ficado silente neste ponto, até que a Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009 dirimiu a questão. Esta norma, ao acrescentar o capítulo II-A à Lei nº 9.868/1999, determinou que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade.

Acerca da legitimidade passiva, tem-se que devem figurar nesse pólo os órgãos ou autoridades omissos, que relutaram em adotar as providências estabelecidas pela Lei Maior. Deve-se atentar, assim, para quem são os imbuídos do poder de iniciativa de lei, de modo que se constata que nem sempre será o Poder Legislativo.

Não se pode olvidar, também, que a Carta Política refere, em seu artigo 102, § 2º, que uma vez declarada a inconstitucionalidade da medida para tornar efetiva norma constitucional, dar-se-á ciência ao Poder competente a fim de que adote as providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. Desse modo, observa-se que o Supremo Tribunal Federal declara a mora do órgão legislativo incumbido de elaborar a norma. Apenas no caso de omissões de índole administrativa é que a Corte poderia adotar uma postura mais efetiva, com o estabelecimento de prazo para superar a omissão.

No que se refere ao âmbito procedimental estabelecido pela Lei nº 9.868/1999, percebe-se que para que a exordial não seja indeferida, é imprescindível que indique a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa, além do próprio pedido com suas especificações. Verifica-se, ainda, que não é obrigatória a manifestação do Advogado-Geral da União, ficando a critério do relator da ADO sua oitiva. Ademais, é compulsório que se ouça o Procurador-Geral da República, por quinze dias, após o prazo para informações.

Por fim, é imprescindível que se aborde o procedimento da cautelar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A Lei nº 12.063/2009 previu expressamente essa possibilidade. Dessarte, estabeleceu que apenas será deferida em caso de excepcional urgência e relevância da matéria. Isso após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão se pronunciar no lapso temporal de cinco dias. Estabeleceu ainda que a cautelar poderá consistir em três conseqüências, a saber, a suspensão da aplicação da lei ou ato normativo vergastado, em se tratando de omissão parcial, logicamente, na suspensão dos processos judiciais ou procedimentos administrativos ou, alargando bastante a possibilidade da Corte, em qualquer outra providência a ser estabelecida pela Tribunal diante do substrato fático.

No que se refere ao procedimento para a tomada de decisão, deve ser observado o mesmo que está posto para a ADI e a ADC. Ou seja, é imprescindível que estejam presentes pelo

menos oito ministros e que a decisão seja adotada por, no mínimo, seis deles.

2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva

A representação interventiva ou ação direta de inconstitucionalidade interventiva, consoante lição de Kildare Gonçalves Carvalho²², foi instituída no Direito brasileiro pela Constituição de 1934, que a previu em seu artigo 12, §2º. O intento de sua criação era obter a declaração de constitucionalidade de lei federal que tinha decretado a intervenção em negócios dos Estados-Membros. Ulteriormente, com a Lei Fundamental de 1967, passou-se a condicionar a decretação de inconstitucionalidade da lei ou ato estadual que violavam os princípios constitucionais sensíveis. Tal entendimento foi seguido pela Constituição Federal de 1988.

Aprofundando a questão da origem da intervenção federal no ordenamento jurídico pátrio, Gilmar Ferreira Mendes²³ explana que a preocupação de tal ação remonta à Assembléia Constituinte de 1891, ocasião em que Júlio de Castilhos e João Pinheiro elaboraram proposta que almejava que as controvérsias atinentes à ofensa a princípio basilar da Carta Magna pelo Estado-Membro fosse apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954, passou-se a aplicar à ação *sub examine* o processo do mandado de segurança. Posteriormente, a Lei nº 4.337/1964 trouxe algumas alterações ao procedimento da representação interventiva. Em seguida, o disciplinamento da ação passou a ser realizado pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que a tratou nos artigos 169 *usque* 175, seguindo prescrição fixada na Constituição de 1967/1969. Consoante Gilmar Mendes²⁴ urge a promulgação de nova lei que forneça adequada conformação ao instituto, com as necessárias adaptações à realidade brasileira e livre das deformações e deturpações do passado. Cita, nesse sentido, a tramitação na Câmara dos Deputados do PL nº 5.456/2009 e do PLS nº 51/2006, que fora apresentado pelo Senador José Jorge e pretende regulamentar o artigo 36, III da Carta Política.

Com a Magna Carta atualmente em vigor, o constituinte originário seguiu na mesma toada das Constituições precedentes no que concerne à previsão da ADI Interventiva. Trouxe, contudo, uma inovação, ao estabelecer que o Procurador-Geral da República encaminharia a representação ao Supremo Tribunal Federal se a suposta agressão fosse aos princípios constitucionais sensíveis, constante do artigo 34, VII da Lei Maior.; no entanto, a ação seria dirigida

²²CARVALHO, Kildare Gonçalves. op. cit., p. 194.

²³MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. op. cit., p. 1355.

²⁴Idem, op. cit., p. 1353.

ao Superior Tribunal de Justiça na hipótese de recusa à execução de lei federal, prevista no artigo 34, VI da Constituição. Tal sistemática, porém, como defende Gilmar Ferreira Mendes²⁵ teria resultado de um equívoco produzido pelo literalismo, o qual conduzira o legislador constituinte a dar tal incumbência ao Superior Tribunal de Justiça por ser sua atribuição apreciar questão que versasse acerca da aplicação de lei federal. O fato é que tal configuração foi reformulada com a Reforma do Judiciário, trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que fez retornar ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade interventiva nas hipóteses de recusa à execução de lei federal. André Luiz Batista Neves²⁶ sugere que o real motivo pelo qual a competência para processar e julgar a representação interventiva fosse deslocada do Superior Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal seria o de que aquele fazia uma apreciação mais objetiva e menos comprometida politicamente das situações ocorridas. Desse modo, como as ações diretas de inconstitucionalidade interventiva analisadas pelo STF não prosperavam, de modo que nunca houve causa de intervenção federal após a Constituição de 1988, seria mais apropriado atribuir a competência para o Pretório Excelso, o que manteria inócuo o instituto da intervenção federal.

Feitas essas considerações históricas, importa tecer outras referindo, inicialmente, alguns dispositivos constitucionais que disciplinam a matéria:

Art. 36 A decretação de intervenção dependerá de:

(...)

III – provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal;

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;

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

Da apreciação dos dispositivos referidos, percebe-se que a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade interventiva federal é exclusiva do Procurador-Geral da República, na esteira da tradição constitucional pátria. Em sua atuação, exerce o mister de representação judicial da União na observância de determinados deveres federativos. Desse modo,

²⁵Idem, op. cit., p. 1339.

²⁶NEVES, André Luiz Batista. op. cit., p. 127.

acumula as funções de chefe do Ministério Público Federal e de representante da União. Por seu turno, quem figura no pólo passivo são os órgãos estaduais ou do Distrito Federal que editaram o ato refutado.

Observa-se, outrossim, que se prescinde da atuação do Congresso Nacional no processo interventivo. Os poderes envolvidos são o Judiciário e o Executivo. O papel do Supremo Tribunal não é mais o de declarar a constitucionalidade da lei que decretar a intervenção, como preceituava a Carta de 1946, nem o de julgar inconstitucional o ato impugnado, mas o de averiguar, para o fito de intervenção e no contexto de um conflito federativo, se certo ato editado pelo Estado-Membro ou Distrito Federal afronta princípios constitucionais sensíveis ou se uma ação ou omissão do Poder Público estadual ou Distrital obsta a execução de lei federal. Ou seja, é o Pretório Excelso quem pode dar provimento à representação do Procurador-Geral da República, não havendo que se falar em declaração de nulidade ou em ineficácia do ato questionado.

Deve-se, ainda, assentar que não apenas os atos normativos estaduais têm o condão de conduzir à ADI Interventiva. Além deles, atos administrativos, atos concretos ou até omissões poderiam oportunizar a propositura de tal ação. Isso, porém, sem se olvidar que a intervenção é algo excepcional, só sendo empregada se a suspensão da execução do ato impugnado não for suficiente para o restabelecimento da normalidade, conforme a inteligência do artigo 36, §3º da Lei Maior.

No âmbito estadual, sabe-se que a competência para o julgamento da ADI Interventiva é do Tribunal de Justiça do Estado, no caso de afronta aos princípios indicados na Constituição Estadual ou para prover a execução de lei, ordem ou de decisão judicial.

Ademais, tem-se que a legitimidade ativa pertence, privativamente, ao Procurador-Geral de Justiça, segundo o artigo 129, IV da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição.

Feitas essas considerações, não se pode olvidar que é o Chefe do Executivo estadual quem, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas pertinentes, decretará a intervenção estadual em determinado município.

2.4 Ação Declaratória de Constitucionalidade

De início, é importante que se analise o surgimento da ação declaratória de constitucionalidade no direito comparado. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes²⁷, o antecedente desta ação se deu no sistema alemão na Constituição de Weimar de 1919, que em seu artigo 13, II trazia sua previsão. Isso para que se afastassem dúvidas que dificultassem a aplicação da norma. Tal decisão teria força de lei.

Por sua vez, com a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, a Corte alemã auferiu a mesma competência para o controle abstrato de normas, mais notadamente para a ação declaratória de constitucionalidade. Dessa forma, almejava-se espantar dúvidas acerca da higidez da situação jurídica quando se sustentava a existência de inconstitucionalidade, fortalecendo a segurança jurídica.

Consoante o escólio de Gilmar Mendes²⁸, a primeira ocasião em que o Tribunal alemão decidiu uma ação declaratória de constitucionalidade ocorreu em 10 de junho de 1953. A ação fora proposta pelo Governo do Estado da Baixa-Saxônia, o qual pleiteava que o Regulamento de 8 de julho de 1952, que versava sobre a organização judiciária estadual tivesse sua compatibilidade declarada com a norma da Lei Fundamental e com as demais disposições do direito federal, além da concessão de medida cautelar com o objetivo de garantir a aplicação do regulamento até a decisão final da Corte. Esta, contudo, reconheceu a incompatibilidade do regulamento com a Constituição alemã, declarando a nulidade daquele.

No sistema jurídico brasileiro, por sua vez, a ação declaratória de constitucionalidade emergiu de uma evolução verificada no controle de constitucionalidade. Desse modo, tem como embriões, em primeiro lugar, a representação interventiva e, em seguida, a representação de inconstitucionalidade.

A representação interventiva foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio com a Constituição Federal de 1934, como forma de conferir aspecto mais centrípeto à Federação, de modo a atenuar a força dos Estados-Membros tão marcante na República Velha e promover a judicialização de conflitos entre a União e Estados, no que se refere à observância dos princípios sensíveis. Nessa toada, um dos papéis atribuídos ao Procurador-Geral da República era o de representação judicial da União, sendo o único legitimado à propositura da ação.

Ocorre que a aludida representação, por vezes, era posta à análise do Supremo Tribunal Federal não como um conflito federativo, mas como um óbice constitucional no plano abstrato. Diante das ocasiões em que o instituto da representação interventiva era desvirtuado, conferiu-se

²⁷MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 323.

²⁸Idem, op. cit., p. 328.

um caráter duplo à mesma, ora dando ensejo à arguição de inconstitucionalidade, ora sendo empregada para declarar a constitucionalidade da norma vergastada. Por tudo isso, desenvolveram-se as discussões acerca do controle abstrato de normas, levando, naturalmente, ao incremento da ADC.

Por seu turno, a representação de inconstitucionalidade foi instituída pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, cujo projeto trazia ao artigo 101, I, “k” a seguinte redação:

“k) a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

Como se depreende desse dispositivo, asseverou-se controle abstrato de normas federais e estaduais no ordenamento brasileiro. Essa ação, a despeito da terminologia “representação de inconstitucionalidade”, era marcada por sua natureza dúplice ou ambivalente. Dessarte, o Procurador-Geral da República, diante do requisito da controvérsia constitucional, poderia postular não só a declaração de inconstitucionalidade, como também a de constitucionalidade da lei. Contudo, como preleciona Gilmar Mendes²⁹, na Representação nº 1.349 o Supremo Tribunal Federal negou a possibilidade de se empregar a representação interventiva como sucedâneo de uma ação declaratória de constitucionalidade. Diante disso, adveio a necessidade de que se positivasse um instituto com essa finalidade no sistema jurídico brasileiro.

Feitas essas considerações a título de esboço histórico, vale referir lição de Kildare Gonçalves Carvalho³⁰ no sentido de que a ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida no Brasil pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Esta conferiu nova redação à alínea “a” do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal de 1988. Além disso, transformou o parágrafo único em § 1º e inseriu um parágrafo segundo. Ademais, acrescentou o § 4º ao artigo 103. Assim, ficaram com as seguintes redações os dispositivos ora referidos:

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

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
(...)

²⁹Idem, op. cit., p. 346.

³⁰CARVALHO, Kildare Gonçalves. op. cit., p. 197.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Art. 103 (...)

§ 3º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

Tais dispositivos foram fruto de proposta elaborada pelo Deputado Federal Roberto Campos no contexto da reforma constitucional-tributária de emergência patrocinada pelo Governo Federal, consoante Gilmar Mendes³¹. Trazia em seu bojo um processo objetivo, sendo despicienda a existência de partes, além da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

O processo e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal se acham regulados pela Lei nº 9.868/1999.

A fim de se propiciar um razoável entendimento acerca do tema, vale registrar os termos postos pelo Procurador-Geral da República na ADC nº 1-1-DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves, em que se julgou pela constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/1993.

A ação declaratória de constitucionalidade, como a ação direta de inconstitucionalidade, insere-se no sistema de controle concentrado de constitucionalidade das normas, em que o Supremo Tribunal Federal aprecia a controvérsia em tese, declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, com eficácia *erga omnes*.

Objeto da tutela constitucional é a certeza e a segurança jurídica. Em relação a outros instrumentos destinados ao mesmo fim, a primeira peculiaridade do novo instituto – como, aliás, ocorria com a representação interpretativa da EC. 7/77 – está em que o estado de incerteza é combatido direta e preventivamente, em processo autônomo, tomando-se a questão constitucional em si mesma, e não para a tutela de direitos subjetivos.

Uma vez asseverada pela Corte a constitucionalidade da ADC, ainda remanesce um inconveniente, principalmente no que pertine à sua fungibilidade com a ADI. Ocorre que o direito de propositura da ação declaratória de constitucionalidade, em detrimento da proposta de Roberto Campos, foi concedido apenas ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República, o que foi seguido pelo artigo 13 da lei nº 9.868/1999. Isso se modificou com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), a qual ampliou o rol dos legitimados, de forma a abranger todos os legitimados do artigo 103 da Constituição Federal. Contudo, permaneceu a restrição com relação ao objeto da presente ação, que ficou circunscrito ao direito federal.

No que se refere ao procedimento da ADC, tem-se que ele é praticamente o mesmo

³¹MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 353.

prevista para a ADI genérica, mas com certas peculiaridades, conforme se observa da análise da Lei nº 9.868/1999. Entre elas, tem-se a exigência de que a proemial apresente, além dos elementos necessários para a propositura da ADI, a indicação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória de constitucionalidade, nos termos do artigo 14, III da citada lei. Isso é importante para a demonstração de que os pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária têm o condão de gerar insegurança jurídica. Deve-se observar, nesse aspecto, que mera polêmica doutrinária é insuficiente para que se acione o Supremo Tribunal Federal através de ADC.

Um outro requisito que vinha sendo exigido jurisprudencialmente e que encontrou abrigo na Lei nº 9.868/1999 é o de que na hipótese de vício formal de inconstitucionalidade é imprescindível a juntada aos fólios de cópia dos documentos alusivos ao processo legislativo de formação da lei ou do ato normativo federal.

Uma dessemelhança notória entre a ADI e a ADC, as quais apresentam várias similitudes procedimentais insculpidas nos artigos 13 a 20 da lei nº 9.868/1999, consiste na atuação do Advogado-Geral da União. Este é uma figura ausente na ação declaratória de constitucionalidade, em face da presunção de constitucionalidade das normas cuja legitimidade se pretende verificar, consoante lição de Kildare Gonçalves Carvalho³². Em sentido contrário, Pedro Lenza³³ para quem se afigura razoável que se cite o Advogado-Geral da União para não se incorrer em desrespeito ao preceito instituído no artigo 103, § 3º da lei Fundamental, ante a natureza dúplice ou ambivalente da ADI e da ADC, na hipótese de indeferimento do pedido de ADC.

Vale, outrossim, frisar que a concessão de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade decorreu de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal admitida na ADC nº 4, de relatoria do Ministro Sidney Sanches, e ganhou foros de previsão legal insculpida no artigo 21 da Lei em tablado.

Tendo por base o poder geral de cautela, conforme elucidam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira³⁴ traz como um dos efeitos facultados ao Pretório Excelso a determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. O deferimento dessa tutela de urgência ratifica, mas não de forma definitiva, a presunção *juris tantum* de conformidade do ato normativo com a Constituição Federal, de modo que resta mantida sua plena eficácia. Esta, de acordo com o parágrafo único do artigo 21 da mencionada lei, manter-se-á por 180 dias contados da publicação da parte dispositiva da decisão em seção especial do Diário Oficial da

³²CARVALHO, Kildare Gonçalves. op. cit., p. 200.

³³LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 317.

³⁴DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Ações Constitucionais**. 4. ed. Salvador: PODIVM, 2009, p. 471.

União.

Da mesma forma que se dá com a ação direta de inconstitucionalidade, a ADC apenas será decidida se estiverem presente à seção, no mínimo, oito ministros. Tal decisão deve se dar mediante manifestação de, pelo menos, seis deles. Dela não caberá recurso, exceto a interposição de embargos declaratórios, nem se poderá ajuizar ação rescisória, nos termos do artigo 26 da Lei nº 9.868/1999. Por fim, cabe ressaltar que a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal é dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante no que pertine aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

2.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

O surgimento da ação de descumprimento de preceito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro foi obra da Constituição Federal de 1988. Originalmente, sua previsão estava no parágrafo único do artigo 102 da Lei Maior. Ulteriormente, a Emenda Constitucional nº 03/1993 extinguiu o referido parágrafo, criando em seu lugar dois outros, entre os quais a arguição figurou no primeiro deles, com a seguinte redação:

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

O Pretório Excelso entendeu que tal dispositivo consubstancia norma constitucional de eficácia limitada. Desse modo, era necessária sua regulamentação.

Dirley da Cunha Júnior³⁵, fazendo uma análise crítica da origem dessa regulamentação, pondera que muitas pretensões do Executivo, diversas delas inconstitucionais, eram combatidas pela concessão de liminares. Dessarte, com o fito de pôr termo à chamada “guerra de liminares”, o Ministro da Justiça Iris Rezende editou a Portaria nº 572, de 7 de julho de 1997, constituindo uma Comissão Especial para trazer embasamentos teóricos ao Executivo para que este regulamentasse adequadamente a referida ação. Tal comissão era composta por Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, Arnaldo Wald, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes. Este³⁶, ao se

³⁵CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Ações Constitucionais**. 4. ed. Salvador: PODIVM, 2009, p. 492.

³⁶MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. op. cit., p. 1230.

aprofundar no tema, aduz que a comissão encaminhou o anteprojeto ao Ministro da Justiça e, através do Aviso/MJ nº 624/1998, solicitou-se o entendimento do Supremo Tribunal sobre o resultado do trabalho. A partir daí, em termos mais amenos, refere que houve um plágio do anteprojeto por parte do Deputado Prisco Viana, o qual aprovou um projeto de lei sobre a arguição de lavra da Deputada Sandra Starling, mas com um substitutivo de sua autoria. Este era uma imitação do anteprojeto de lei da Comissão Celso Bastos. Dessa forma, foi sancionada a lei nº 9.882/1999.

Impende rememorar, outrossim, as discussões que dariam origem ao “incidente de inconstitucionalidade” no contexto da Revisão Constitucional de 1994 e que tem estreita relação com a arguição em análise. O intuito da aludida ação seria, basicamente, colmatar lacunas existentes no controle concentrado de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro, aproximando-se do que, no futuro, seria a ADPF. A idéia de tal incidente foi retirada pelo Relatório sobre a Reforma do Judiciário pelo congressista Aloysio Nunes Ferreira, em detrimento do substitutivo do Deputado Jairo Carneiro, que propunha a adoção dessa técnica.

O raciocínio do incidente de inconstitucionalidade não é, necessariamente, uma novidade. Seu cerne é a ocorrência do que Gilmar Mendes³⁷ denomina “cisão funcional”, na qual o Tribunal julgador da matéria inserida no objeto da arguição teria a faculdade de remeter a questão constitucional diretamente para o Supremo Tribunal Federal. Isso configura uma cisão funcional na órbita vertical, ao contrário daquela ocorrida no plano horizontal, em que o órgão fracionário do Tribunal remete a possível lei inconstitucional à apreciação do Órgão Especial ou do Tribunal Pleno, consoante prescrição de seu Regimento Interno. Essa técnica se aproximaria bastante do modelo concentrado de controle de constitucionalidade verificado em alguns ordenamentos europeus. Deles se afastaria, contudo, em certos aspectos pontuais, como a facultatividade de que dispõem os Tribunais *ad quem* de julgar ou remeter a polêmica ao STF, enquanto na jurisdição constitucional do Velho Continente se dá o monopólio de tais julgamentos pela Corte Constitucional.

Por fim, outro tópico relevante acerca do incidente de inconstitucionalidade consiste em sua distinção em relação à arguição que emergiu com a Lei nº 9.882/1999. Dois são os pontos nessa diferenciação. O primeiro deles se refere à parametricidade de ambos, em que na ADPF o parâmetro de controle são os preceitos fundamentais identificáveis na Lei Fundamental, enquanto no incidente de inconstitucionalidade seria toda a Constituição. O segundo é que a arguição pode ser empregada, excepcionalmente, de forma principal, mas o incidente só o seria na modalidade difusa, em processos eivados de relevante controvérsia jurídica.

³⁷Idem, op. cit., p. 1233.

Feitas essas considerações introdutórias, passa-se a examinar detidamente a ação em tablado.

De início, cumpre destacar as duas formas em que se manifesta a arguição, quais sejam, em seu caráter principal e no incidental. No primeiro deles, insculpido no *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.882/1999, tem-se uma arguição direta ou autônoma, tipicamente uma ação de controle concentrado-principal e em que o Supremo Tribunal Federal atua na defesa objetiva dos preceitos fundamentais, evitando ou reparando lesão aos mesmos. No segundo, refuta-se a legitimidade da lei no contexto de uma certa situação concreta, mas permanecendo a função de natureza objetiva na tutela da ordem jurídico-constitucional, na forma do inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei da ADPF, que estabelece sua aplicação quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988. É justamente nessa hipótese que ocorre a referida cisão funcional no plano vertical, ou seja, de órgão de instâncias ordinárias para o Supremo Tribunal Federal.

No que concerne à legitimidade para a propositura da ação em análise, percebe-se que a questão resta dirimida pelo artigo 2º da Lei nº 9.882/1999. Esta dispõe que todos aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade têm igual direito quanto à ADPF. Logo, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional têm a referida legitimidade ativa. Aplicam-se, aqui, as mesmas considerações expendidas no que pertine à capacidade postulatória na ADI e na ADC, isto é, só não dispõem de capacidade postulatória especial as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional e os partidos políticos, os quais precisam ser representados por advogado.

Acerca do requisito da pertinência temática, Dirley da Cunha Júnior³⁸ explana que o Pretório Excelso ainda não se pronunciou a respeito. No entanto, assevera ser muito provável que a Corte siga o mesmo entendimento esposado a propósito da ação direta de inconstitucionalidade. Nessa toada, haveria os legitimados universais, para os quais seria despicienda a demonstração de tal requisito, e os legitimados especiais, que necessitam oferecer prova de seu interesse de agir, que são o Governador de Estado ou do Distrito Federal, a Mesa da Assembléia Legislativa do Estado ou da Câmara legislativa do Distrito Federal, a confederação sindical e as entidades de classe de âmbito nacional.

Como já se observou, a competência para o julgamento da arguição é do Supremo

³⁸CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 507.

Tribunal à luz do que preceitua o parágrafo 1º do artigo 102 da Carta Política. Resta a questão de se saber se as Constituições estaduais poderiam instituir a abordada ação, o que, naturalmente, atrairia a competência para seu processamento e julgamento para o Tribunal de Justiça. Assenta Dirley da Cunha Júnior³⁹ que tal ação é perfeitamente possível na esfera estadual, no caso de ofensa aos preceitos fundamentais constantes da referida Carta. Isso com alicerce no princípio da simetria. Informa, ademais, sua previsão nas Constituições dos Estados de Alagoas e Rio Grande do Norte.

Vale, ainda, fazer explanações acerca do caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Isso tem substrato legal no artigo 4º, §1º da Lei nº 9.882/1999, segundo a qual a ação não seria admitida quando existir outro meio eficaz apto a sanar a lesividade. Para Gilmar Ferreira Mendes⁴⁰, isso comporta temperamentos, visto que uma leitura excessivamente exegética do dispositivo citado retiraria desse instituto qualquer significado prático. É que o sistema jurídico, muitas vezes, apresentaria alguma ação ou recurso, como o extraordinário, para enfrentar a questão. Ocorre, contudo, que o julgamento na via ordinária não iria dirimir a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. Por fim, frisa-se entendimento de Dirley da Cunha Júnior⁴¹ no sentido de que o mencionado dispositivo merece do Supremo Tribunal Federal o emprego da técnica da interpretação conforme a Constituição a fim de restringi-la à modalidade de arguição incidental. Afirma, entretanto, que não é essa a posição da Corte Suprema, a qual acolhe indiscriminadamente o princípio do exaurimento das instâncias. A despeito dessa posição mais crítica do aludido mestre, observa-se que o entendimento do STF desafoga o Poder Judiciário, evitando o estrangulamento de sua máquina e o progressivo descrédito da Justiça.

Outro ponto crucial a ser examinado diz respeito ao objeto da ADPF. Este não é tão amplo como nas ações constitucionais antes analisadas, restringindo-se aos preceitos fundamentais. Segundo dispõe a lei regulamentadora, pode ser examinada a compatibilidade do direito pré-constitucional com um preceito fundamental da Constituição de 1988, mesmo que se trate de direito municipal, não somente do federal, estadual ou distrital. Isso deu ensejo a que importantes questões que versam sobre o direito pré-constitucional fossem dirimidas pela Corte com eficácia geral e efeito vinculante na esfera de um processo objetivo. Ademais, a presente ação oportuniza o controle direto de constitucionalidade do direito municipal em face da Lei Fundamental. Uma das grandes importâncias disso é que alguns municípios têm tanta importância nos cenários econômico e social quanto Estados-Membros, o que recrudesceria a lacuna normativa caso seu controle não fosse realizado pelo Supremo Tribunal Federal com força vinculante. Outrossim, é legítima a apreciação

³⁹Idem. op. cit., p. 512.

⁴⁰MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. op. cit., p. 1242.

⁴¹CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Ações Constitucionais**. 4. ed. Salvador: PODIVM, 2009, p. 549.

de lesão a preceito fundamental oriunda de mera interpretação judicial. Na via difusa, isso seria resolvida com a utilização do recurso extraordinário, em que se estaria diante de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição, consoante o artigo 102, III, “a” da Lei Maior. Um caso exemplar disso se deu na ADPF nº 101, que atacava decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados. Além disso, decisão judicial sem base legal ou fundada em falsa base legal também pode ser apreciada por arguição caso a inobservância do direito ordinário configure afronta a algum preceito fundamental. Isso sem falar que norma já revogada que viole preceito fundamental pode ser atacada por ADPF, diversamente do que ocorre com a ADI e com a ADC. Outra situação, ainda não pacificada na jurisprudência da Corte Suprema, é de se o veto do chefe do Poder Executivo a uma lei teria o condão de ter a sua constitucionalidade refutada por intermédio de arguição. De acordo com o escólio de Gilmar Ferreira Mendes⁴², se o veto se consubstanciar numa modalidade de controle preventivo de constitucionalidade, cabível seria a ação; todavia, na hipótese de veto com base no interesse público não haveria que se falar de aferição de sua legitimidade por essa ação. Não se pode olvidar a perscrutação do cabimento desta no que pertine à proposta de emenda à Constituição. Nessa senda, como o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que cabe o remédio constitucional do mandado de segurança, descabe tal arguição. Por fim, é salutar referir que tratado internacional antes de sua aprovação pelo Congresso Nacional ou antes de sua integração definitiva à ordem jurídica interna pode, sim, ter seu conteúdo controlado por arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É imprescindível, também, que se explane sobre o procedimento desta ação. Assim, o relator do processo verifica a regularidade formal da petição inicial, que deverá conter os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, além da indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental, o pedido, com suas especificações e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se reputa violado. A proemial, acompanhada de instrumento de mandato, para os casos de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional e de partido político, será apresentada em duas vias, devendo conter cópia do ato vergastado e dos documentos necessários para demonstrar o que foi aduzido. Nesse sentido, é de bom alvitre salientar que a Corte não está adstrita aos fundamentos porventura levados a cabo pelo arguinte. Isso porque a ADPF tem caráter objetivo e se submete ao postulado da *causa petende aberta* em relação aos demais preceitos fundamentais, consoante Gilmar Ferreira Mendes⁴³.

Admite-se pedido de liminar, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que será deferida pela aprovação da maioria absoluta dos membros do Pretório Excelso ou,

⁴²MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. op. cit., p. 1262.

⁴³Idem, op. cit., p. 1273.

excepcionalmente, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave ou, ainda, em período de recesso, de forma monocrática pelo relator, *ad referendum* do Tribunal Pleno. Nesse caso, existe a faculdade da oitiva tanto dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato enfrentado, como do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias. Essa cautela, que visa a impedir a consolidação de situações contra uma possível decisão definitiva que venha a ser tomada, poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou, ainda, de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, exceto se oriundos de coisa julgada. Ademais, inexistente prazo para a eficácia da cautelar, ao contrário do que se dá na ação declaratória de constitucionalidade, a qual o artigo 21 da Lei nº 9.868/1999 prescreve o lapso temporal de 180 dias para a eficácia aludida.

Realizada a apreciação da cautelar, há a compulsoriedade de o relator solicitar, no prazo de dez dias, informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado. Poderá, ainda, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos e promover audiência pública.

Por fim, frisa-se que segundo o escólio de Gilmar Ferreira Mendes⁴⁴ aplicam-se à ADPF as considerações a propósito das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

⁴⁴Idem, op. cit., p. 1273.

3. TÉCNICAS DE DECISÃO

No presente tópico, serão examinadas várias técnicas de decisão sobre as quais se debruçam as Cortes Constitucionais. Algumas delas são adotadas em determinados sistemas, mas não no ordenamento jurídico brasileiro. Outras, compartilhadas pelo Supremo Tribunal Federal, são aplicadas de forma relativamente diversa em cada país em que se afigura adotada.

3.1 Declaração de Nulidade Total

Essa forma de decisão, na lição de Gilmar Mendes e Ives Gandra⁴⁵ pode se dar como expressão de unidade técnico-legislativa, em que a falta de observância das disposições relacionadas à iniciativa da lei, competência legislativa ou outras normas acerca do procedimento legislativo prescritas pela Lei Maior ocasionam a declaração de inconstitucionalidade de toda a lei.

Em outros casos, porém, a nulidade total ocorre mesmo havendo partes constitucionais e inconstitucionais na lei. Isso se verifica, ainda consoante o escólio dos autores supramencionados, de duas maneiras: a declaração de nulidade em virtude de dependência unilateral e a declaração de inconstitucionalidade em virtude de dependência recíproca. No primeiro caso, há uma disposição principal que é inconstitucional; no segundo, inexistente uma norma com primazia sobre a outra, contudo, a forte integração entre ambas resulta na nulidade de toda a lei.

Nesse tópico, urge trazer algumas reflexões de Ivo Dantas⁴⁶ de que conforme Gilmar Mendes o dogma da nulidade da lei inconstitucional é uma verdadeira tradição do direito brasileiro. Nessa toada, preleciona que tal assertiva vem reiterada na obra de respeitáveis publicistas, como Rui Barbosa, Francisco Campos, Alfredo Buzaid, Castro Nunes e tantos outros. Vê-se que se afirmava, quase sem contestação, que a declaração de inconstitucionalidade importava na nulidade da lei.

Ressalte-se que tal dogma referido se faz presente atualmente na jurisprudência do Supremo Tribunal, que só em situações muito especiais lhe abre exceções.

⁴⁵MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 405.

⁴⁶DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2001, p. 159.

Ainda no que pertine ao dogma da nulidade da lei inconstitucional pertencente à tradição do direito brasileiro, importa ressaltar que consoante Ives Gandra e Gilmar Ferreira Mendes⁴⁷ grandes constitucionalistas brasileiros basearam-se na antiga doutrina americana, consoante a qual “the unconstitutional statute is not law at all”. Em virtude disso, fragmento considerável dos doutrinadores brasileiros se posicionaram pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade.

Um aspecto notório *in casu* é que a doutrina pátria não logrou elaborar uma fundamentação respeitável no que concerne à teoria da nulidade da lei inconstitucional. Isso decorreu da adoção da mesma postura do Direito dos Estados Unidos. Ocorre, contudo, que o mecanismo do “stare decisis” oportunizava aos constitucionalistas americanos uma obrigação mais tênue de embasamento na espécie. Isso porque pelo referido instituto se conferia caráter vinculante às decisões da Suprema Corte norte-americana em relação às Cortes Superiores. No Brasil, introduziu-se a fórmula do Senado, a partir da Constituição de 1934 (artigo 91, IV), pela qual a decisão do Supremo Tribunal Federal, na via incidental, ganharia eficácia *erga omnes*. Ulteriormente, também foi consagrada a suspensão de execução da lei na Constituição de 1946 (artigo 64), na Constituição de 1967 (artigo 42, VII) e na Constituição de 1988 (artigo 52, X). Este último dispositivo prevê:

“Art. 52 Compete privativamente ao Senado Federal:

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

Assim, depreende-se que a referida fórmula veio corrigir uma inadequação que acompanhava a República brasileira desde a Constituição de 1891 e tentar elaborar um sistema que possibilitasse vincular outros tribunais, papel esse que o “stare decisis” cumpria satisfatoriamente.

Por fim, deve-se referir que o sistema dual entre constitucionalidade ou inconstitucionalidade, trazido para nosso sistema jurídico como arremedo do que se passava nos Estados Unidos, foi sendo atenuado paulatinamente naquele país. Nesse sentido, Pedro Lenza⁴⁸, ao tratar da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, transcreve o seguinte trecho de Oswaldo Luiz Palu, que ao versar sobre a flexibilização do sistema da nulidade absoluta e sobre os graus de retroatividade das sentenças norte-americanas, assim se manifesta:

⁴⁷MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 466.

⁴⁸LENZA, Pedro. op. cit., p. 223.

A doutrina e jurisprudência norte-americanas têm as respostas nas técnicas, v.g., da prospective overruling e limited retrospectivity; justamente no país que estabeleceu a regra da nulidade absoluta da lei inconstitucional e da eficácia *ex tunc* dos julgamentos vem agora a técnica, sobretudo da limited prospectivity, a dispor que a sentença é aplicável somente aos processos iniciados após a decisão, inclusive afetando o processo que originou a questão; já a prospectivity overruling, ou pure prospectivity, exclui toda a retroatividade, não se aplicando ao processo de origem. Evidentemente, em um sistema que depende dos casos concretos (cases) para a declaração de inconstitucionalidade, a técnica da pure prospectivity gerou perplexidade, ainda que a declaração possa valer para casos concretos futuros.

3.2 Declaração de Nulidade Parcial

Conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁴⁹, como a aferição da validade da norma é realizada dispositivo por dispositivo, matéria por matéria, e não em bloco, globalmente, a regra é o reconhecimento da nulidade apenas de parte da lei ou ato normativo.

Vale mencionar que não se aplica à declaração parcial de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário o disposto no art. 66, §2º da Constituição Federal:

“Art. 66 Omissis

§2º. O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea”.

O Supremo Tribunal Federal pode decidir pela declaração de inconstitucionalidade parcial das frações referidas no dispositivo acima, inclusive de uma só palavra de uma dessas normas.

Tudo isso decorre do fato de que tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias adotam a teoria da divisibilidade da lei. Isso, entretanto, comporta limites, quais sejam: o grau de dependência entre os dispositivos e o respeito à vontade do legislador.

⁴⁹PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 698.

3.3 Interpretação conforme a Constituição

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, o Supremo tribunal Federal aplicava a referida forma de decisão, conforme se depreende do voto do Ministro Moreira Alves na Representação de Inconstitucionalidade nº 1.417-7-DF, j. 9.12.1987:

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal – em sua função de Corte Constitucional – atua como um legislador negativo [...] O mesmo ocorre quando a Corte, aplicando a interpretação conforme a Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina – e, atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode a Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria norma nova.

Como se refere o referido ministro, na Alemanha, tal técnica tem como resultado a procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade. Desse modo, os sentidos da norma que são possíveis, mas que destoam daquele que é o único considerado como compatível com a Constituição, são declarados inconstitucionais.

Essa técnica, ao passar por um período em que o Supremo Tribunal Federal a equiparava à declaração parcial de nulidade sem redução de texto, ganhou conceituação própria pela Corte. Esta entende, atualmente, que através da interpretação conforme a Constituição se declara que uma lei é constitucional se for adotada uma específica interpretação para o dispositivo impugnado. Percebe-se, diante disso, que a norma em análise deve ser polissêmica, sendo que apenas uma delas é reconhecida como compatível com a Constituição, salvando-se a norma e homenageando-se os princípios da presunção de legitimidade das leis e da supremacia da Constituição.

Impende salientar, também, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal prescreve dois limites para a técnica da interpretação conforme a Constituição, quais sejam o respeito à vontade do legislador e a expressão literal da lei.

Por fim, deve-se mencionar lição explanada por Inocência Mártires Coelho⁵⁰, que cita classificação do jurista italiano Riccardo Guastini, que se aplicaria com propriedade ao sistema

⁵⁰COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

jurídico brasileiro. Nesse sentido, haveria duas espécies de interpretação conforme ou de adequação das leis à Constituição: as decisões interpretativas em sentido estrito e as decisões manipuladoras. Estas se subdividem em sentenças aditivas e substitutivas; aquelas, em sentenças interpretativas de rechaço e de aceitação.

Nas sentenças de rechaço, quando o dispositivo legal permite mais de uma interpretação e uma delas guarda harmonia com a Constituição, deve-se salvar a norma sob a hipótese de se empregar o sentido apropriado. Assim, é rechaçada a exceção de ilegitimidade constitucional.

Por sua vez, mas sentenças interpretativas de aceitação, tem-se um dispositivo do qual entre os vários sentidos possíveis, um deles não destoa da Constituição. Contudo, a magistratura ordinária não opta por esta, mas por outra que é reputada inconstitucional pela Corte Constitucional. Ocorre, então, a anulação definitiva e com eficácia *erga omnes* do sentido refutado, mas não do dispositivo.

Sobre as sentenças aditivas, que são uma subespécie das sentenças manipuladoras ou normativas, trazem a declaração de inconstitucionalidade da norma na parte que deixou de dizer algo, geralmente malferindo o princípio da igualdade, deixando de tratar isonomicamente cidadãos que se encontram em mesma circunstância fática. Guastini explica que a inconstitucionalidade declarada não é a do texto ou norma que traz direitos para alguns, mas de uma norma implícita que negou o direito a outras pessoas que deveriam obtê-lo.

Por fim, as sentenças substitutivas seriam aquelas que declaram a inconstitucionalidade de uma norma no fragmento em que deveria prever algo, mas prevê outra situação bem diferente. Tais normas nasceriam desprovidas de fundamento democrático.

3.4 Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto

Tendo guarida no sistema constitucional brasileiro, essa modalidade de decisão consiste, resumidamente, na existência de norma plurissignificativa e na opção da Excelsa Corte de declarar que alguns dos seus sentidos são inconstitucionais, enquanto outros não o são.

A mencionada técnica de decisão já era conhecida por Lúcio Bittencourt⁵¹ desde 1949, consoante trecho abaixo:

⁵¹BITTENCOURT, Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 128.

Ainda no que tange à constitucionalidade parcial, vale considerar a situação paralela em que uma lei pode ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros. É a hipótese, '*verbi gratia*', de certos diplomas redigidos em linguagem ampla e que se consideram inaplicáveis a fatos pretéritos, embora perfeitamente válidos em relação às situações futuras. Da mesma forma, a lei que estabelecesse, entre nós, sem qualquer distinção, a obrigatoriedade do pagamento de imposto de renda, incluindo na incidência os proventos de qualquer natureza, seria inconstitucional no que tange à remuneração dos jornalistas e professores.

3.5 “Lei ainda Constitucional”

Por sua vez, a técnica da inconstitucionalidade progressiva foi inserida no sistema jurídico brasileiro em 23 de março de 1994, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 70.514, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, em que se discutiu a inconstitucionalidade do §5º da Lei nº 1.060/1950, acrescentado pela Lei nº 7.871/1989. Tal dispositivo, prevê prazo em dobro à Defensoria Pública para recorrer, o que conferia a esta instituição um lapso temporal vantajoso em relação ao Ministério Público. Na ocasião, os Ministros, entendendo compatível com nosso ordenamento jurídico a técnica do direito alemão, decidiram que o referido regramento estava em trânsito para a inconstitucionalidade, mas até que a Defensoria dispusesse de condições materiais equivalentes às do “Parquet” a constitucionalidade permaneceria.

Acerca dessa técnica, é sempre lembrado pela doutrina trecho do voto do Ministro Moreira Alves no remédio constitucional acima aludido:

A única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de que as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público.

Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.

Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar.

Diante disso, percebe-se que a Corte concluiu que existem estados imperfeitos que não justificam a declaração de inconstitucionalidade da lei. Dessa forma, deu-se mais um passo à flexibilização das técnicas decisórias.

3.6 Declaração de Inconstitucionalidade de Caráter Limitativo ou Restritivo

Vale ressaltar a observação de Ives Gandra e Gilmar Mendes de que anteriormente à Lei nº 9.868/1999 o Supremo Tribunal Federal fosse o único tribunal relevante de jurisdição constitucional que não se utilizava dessa técnica de decisão. Referem que já a empregavam a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), a Corte Constitucional austríaca (artigo 140 de sua Constituição), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, §31, 2 e 79,1) e a Corte Constitucional espanhola, a qual, conquanto não a tivesse expressa na Constituição, passou a adotar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade desde 1989.

Essa técnica de decisão tem previsão no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, que assim dispõe:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Ao se elaborar um esboço histórico desse dispositivo, verifica-se que o mesmo é oriundo da proposta formulada no Projeto de Lei nº 2.960/1997, o qual recebeu a Exposição de Motivos nº 189, de 7/4/1997. Esta consignou que:

Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro. Assim, o princípio da nulidade somente será afastado *in concreto* se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se

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

O dispositivo *sub examine* permite à Corte a restrição dos efeitos da decisão, ressaltando de sua abrangência, por exemplo, determinada categoria de pessoas. Além disso, flexibiliza o dogma do efeito retroativo, de modo que possibilita que a norma incida apenas a partir de seu trânsito em julgado. Por fim, oportuniza que se conceda uma sobrevida à norma, dando ensejo a que os efeitos da decisão sejam fixados para algum outro momento futuro. Tudo isso revela a consagração da modulação temporal dos efeitos da decisão judicial.

Cabe, ainda, referir entendimento esposado por Luís Roberto Barroso⁵² no sentido de que haveria um aspecto limitador da competência do Supremo Tribunal Federal para restringir os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. Isso em virtude da exigência de maioria diferenciada.

Um caso exemplar que a doutrina refere ao abordar essa técnica de decisão é a do Recurso Extraordinário nº 197.917. Neste, discutia-se a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica nº 222, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela, no Estado de São Paulo. A referida lei afrontou a prescrição insculpida no artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, que prevê que o número de vereadores nos municípios de até um milhão de habitantes varie entre nove e vinte e um. Ocorre que a mera declaração de inconstitucionalidade da lei com efeitos *ex tunc*, na forma preceituada pela jurisprudência ortodoxa, traria sérios infortúnios. Entre estes, a instabilidade em torno das decisões que foram tomadas pela Câmara dos Vereadores, como a aprovação de leis, e a alteração do quociente partidário obtido nas eleições, redefinindo-se o último pleito.

O acórdão proferido neste Recurso Extraordinário, além de elucidar o processamento da técnica em tablado, revela a admissão da limitação de efeitos na via incidental.

Para que se elucide ainda mais a questão, vale frisar lição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁵³. Explana-se que, regra geral, a decisão do Pretório Excelso em ação direta de inconstitucionalidade é portadora de eficácia *erga omnes* e efeitos retroativo, vinculante e repristinatório em relação à legislação anterior. No tocante a este último efeito, tem-se que a declaração de inconstitucionalidade em ADI, por ter eficácia retroativa, afasta os efeitos jurídicos da

⁵²BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 211.

⁵³PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit., p. 786.

lei a partir de sua publicação, de modo que a revogação que a lei havia produzido se torna sem efeito. Isso significa que a lei que fora revogada por outra que foi declarada inconstitucional volta a ter vigência, inexistindo solução de continuidade.

O Supremo Tribunal Federal, embasando-se no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, afastando o efeito repristinatório indesejado da legislação de outrora, desde que o faça de modo expresso. Ademais, é relevante frisar que a Corte entende que isso depende da apresentação de pedidos sucessivos de inconstitucionalidade não só da lei impugnada como também da legislação por ela revogada.

Outro aspecto que vale ser abordado é de se saber se o Supremo Tribunal Federal entenderia ser possível a modulação dos efeitos da decisão em sede de declaração de não-recepção de lei pré-constitucional pela norma constitucional superveniente, aplicando-se, por analogia, o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. A esse respeito, Pedro Lenza⁵⁴ aduz que em alguns julgados de relatoria do Ministro Celso de Mello não vem sendo admitida a modulação de efeitos (RE-AgR 353.508, j. 15.07.2007) Entretanto, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes consignou a sua posição como sendo possível sim. Lenza opina que a razão assiste à Gilmar Mendes. Isso porque a Corte já teria admitido a teoria da lei ainda constitucional no caso da ação civil *ex delicto*.

3.7 Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade

Há casos em que o Tribunal Constitucional verifica a ocorrência de inconstitucionalidade, mas entende que a mera utilização da técnica da declaração de nulidade conduziria a um aprofundamento do estado de inconstitucionalidade.

A própria Constituição Federal, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade, exige que a lei não seja anulada, mas aplicada, isto sim. Desse modo, no período de transição, até a promulgação de nova lei, não se pode declarar a nulidade da lei inconstitucional.

Emprega-se essa técnica, como já frisado, em casos em que ocorre a omissão legislativa parcial, na qual o legislador elaborou lei incompleta. Isso pode ser elucidado ao observar-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 526, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, cujo objeto era a Medida Provisória nº 296/1991, que trazia a concessão de aumento de remuneração a parcela considerável do funcionalismo público, em patente ofensa ao artigo 37, inciso X da Constituição Federal. A seguir, vê-se o explicativo voto do relator:

⁵⁴LENZA, Pedro. op. cit., p. 272.

É o que ocorreria, no caso, com a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória, postulada na ADIn 525: estaria prejudicado o aumento de vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem que daí resultasse benefício algum para os excluídos de seu alcance.

A solução oposta – a da omissão parcial – seria satisfatória, se resultasse na extensão do aumento – alegadamente, simples reajuste monetário – a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos.

A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, §2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei – seja ela absoluta ou relativa -, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra.

Por fim, frise-se que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade é uma técnica apta a dirimir omissões parciais, sobretudo na hipótese de extensão de benefício incompatível com o princípio da igualdade.

3.8 Técnicas de Decisão perante a Corte Constitucional Alemã

Um dos aspectos mais notórios das decisões em análise se refere a sua força de lei (Gesetzeskraft), consoante preleciona Gilmar Mendes⁵⁵. Naquele sistema jurídico, há as técnicas da declaração de nulidade, da interpretação conforme a Constituição, da inconstitucionalidade progressiva, a qual é vinculada ao apelo ao legislador para que seja normalizada a situação em certo lapso temporal, e a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, por exemplo. O referido autor⁵⁶ menciona que nenhum sistema de controle de normas é detentor de formas de decisão mais variadas entre todos os Tribunais e Cortes.

Acerca da declaração de nulidade da lei inconstitucional, percebe-se uma concepção tradicional que confunde a situação de inconstitucionalidade com uma de suas conseqüências jurídicas, que é a nulidade *ipso jure*. Porém, atualmente, essa forma de entender vem sendo guerreada. Nesse sentido, Gilmar Mendes⁵⁷ defende que o dogma da nulidade da lei inconstitucional não se afigura obrigatório sob o aspecto lógico-jurídico, o que é pacífico no sistema austríaco. Feitas essas considerações, importa entrever alguns pontos sobre a técnica em apreciação.

Uma das conseqüências lógicas da declaração de nulidade com efeito *ex tunc* seria que se expurgasse todos os atos realizados com base na lei vergastada. Contudo, a lógica, nesse caso,

⁵⁵ MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 252.

⁵⁶ Idem, op. cit., p. 253.

⁵⁷ Idem, op. cit., p. 255.

rende-se à experiência, a qual demonstra infortúnios se isso ocorresse indiscriminadamente.

3.8.1 Interpretação conforme a Constituição

Essa forma de decisão não dispõe de disciplina legal, sendo uma construção jurisprudencial. Pressupõe uma norma que possibilita várias interpretações em que apenas uma delas se afigura compatível com a Lei Fundamental.

A validade dessa modalidade de decisão advém não só do princípio da unidade da ordem jurídica, pelo qual as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas em conformidade com a Lei Maior, como também da presunção de constitucionalidade da lei, em que ocorre o pensamento *favor legis*, consoante expressa Gilmar Mendes⁵⁸.

Os limites à comentada técnica são a literalidade da norma e os propósitos almejados pelo legislador. Pelo primeiro, percebe-se que de um sentido inequívoco depreendido do texto da lei não se pode abstrair outros significados; pelo segundo, há uma limitação alicerçada nas valorações e intenções do legislador. Diante disso, conclui-se que pretensa interpretação conforme a Constituição não pode ser empregada com o fito de modificar a substância legal.

3.8.2 Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade

Ao abordar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, é de bom alvitre, de início, distingui-la em relação ao apelo ao legislador. Em ambas as modalidades, pode haver a admoestação ao legislador a fim de que este regule a matéria dentro de certo lapso temporal, de modo que a diferenciação entre ambas não se perfaz nisso. Ademais, a possibilidade de aplicação da lei impugnada constitui característica comum às duas.

Na verdade, o aspecto mais notório que permite uma separação entre elas consiste em que na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade há, efetivamente, uma manifestação de inconstitucionalidade; já o apelo ao legislador representa uma rejeição de inconstitucionalidade. Tudo isso sob o escólio do Gilmar Mendes⁵⁹.

A declaração em análise no direito alemão emana da lei que concede benefícios a

⁵⁸Idem, op. cit., p. 231.

⁵⁹Idem, op. cit., p. 212.

determinado grupo de pessoas, de forma justa, mas que sem nenhum fundamento não estende as vantagens a outra categoria. Isso malfero o princípio da igualdade e reclama o emprego da referida forma de decisão. Diante da comparação feita, verifica-se que o tratamento diferenciado não se justifica, sendo inconstitucional essa situação, não a norma que faz a concessão a uns e não traz a mesma previsão em relação a outros. Percebe-se, logo, que a cassação da norma poderia gerar mais injustiças.

Outro caso em que se afigura a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é a omissão legislativa. Isso pode se dar tanto nas hipóteses de omissão total como naquela de omissão parcial. Naquele caso, por força da lógica, não se poderia declarar a inconstitucionalidade de algo que inexistente; contudo, nesta situação se verifica que a incompletude da lei tem como consequência uma inconstitucionalidade, mas que se esta trouxer consigo a nulidade ocorreria um julgado contraproducente por parte da Corte. Isso porque se daria a eliminação de um avanço contido na lei sem qualquer vantagem igual ou superior trazida por essa expurgação, ocorrendo um desserviço por parte do Tribunal Constitucional.

Um argumento sempre recorrente nessas ocasiões de inconstitucionalidade é aquele segundo o qual há uma liberdade de conformação do legislador, não sendo apropriado a intervenção sob pena de afronta à separação dos poderes. Um contraponto a tal raciocínio é o de que a referida liberdade legislativa não restaria desdenhada, posto que haveria sempre a oportunidade de edição de novas regras.

3.8.3 O Apelo ao Legislador no Direito Alemão

Vinculada à inconstitucionalidade progressiva, a decisão de apelo consiste na prescrição ao legislador de que dirima o problema da lei em trânsito para a inconstitucionalidade.

O ponto de partida para essa modalidade ocorreu em 4 de maio de 1954, quando a Corte Constitucional decidiu sobre o Estatuto do Sarre. Nesse caso, contudo, não se utilizou ainda a terminologia “apelo ao legislador”, conforme Gilmar Mendes⁶⁰:

A expressão 'Appellentscheidung' foi utilizada, porém, pela primeira vez, no conhecido escrito de Rupp v. Brünneck, de 1970, no qual a antiga Juíza da Corte Constitucional defendeu a pronúncia, em determinados casos, de sentença de rejeição de inconstitucionalidade vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse as

⁶⁰Idem, op. cit., p. 238.

medidas corretivas necessárias.

Há, basicamente, três desdobramentos dessa técnica: o apelo ao legislador em virtude de mudança das relações fáticas ou jurídicas, o apelo ao legislador em virtude do inadimplemento do dever constitucional de legislar e o apelo ao legislador por falta de evidência da ofensa constitucional. O primeiro deles é o de maior recorrência, sendo exemplar decisão de 22 de maio de 1963 que versava sobre a ofensa ao princípio da igualdade eleitoral advinda da modificação na estrutura demográfica de unidades federadas da Alemanha, a qual tornou a divisão dos distritos eleitorais feita em 1949 como malferidora do aludido princípio. Diante disso, a simplória decisão de declarar a inconstitucionalidade simplesmente teria como conseqüência a ilegitimidade do Parlamento e do Governo, de modo que inexistiria órgão para promulgar nova lei eleitoral. Então, a Corte não pronunciou a inconstitucionalidade, mas conclamou o legislador a elaborar lei que sanasse o problema. O segundo caso se origina do dever de legislar que pode estar previsto na própria Constituição ou ligado ao dever de proteção do Estado em relação a valores superiores dos cidadãos. Um caso exemplar versou sobre o artigo 6º, V, da Lei Fundamental, que equiparava filhos havidos dentro e fora do casamento. O Tribunal entendeu que a regulamentação da matéria podia ser realizada até o término daquela legislatura sem se configurar a mora do legislador. Na terceira situação, por sua vez, procede-se a uma diferenciação entre inconstitucionalidade e invalidade. Para isso, perscruta-se o conhecimento ou não do legislador em relação ao momento em que emergiu a inconstitucionalidade pela alteração de situações fáticas. A invalidade da norma apenas seria reconhecida se o legislador estivesse ciente da inconstitucionalidade.

Essa técnica de decisão recebe algumas críticas doutrinárias. Entre elas, refere-se a sua pouca habilitação para fazer prognósticos de quando a inconstitucionalidade efetivamente se dará. Isso é um problema com o qual o sistema jurídico tem de conviver, pois os prejuízos que adviriam da declaração de inconstitucionalidade poderiam ser muito danosos para a sociedade ou porque o Tribunal observa que a norma ainda é constitucional, mas em pouco tempo não mais o será ou, ainda, porque a declaração de constitucionalidade pura e simples seria medida desarrazoada, uma vez que olvidaria a proximidade da inconstitucionalidade da lei.

Por fim há que se mencionar que o decurso do lapso temporal fixado pela Corte não conduz automaticamente à inconstitucionalidade da lei. Ocorre, na verdade, o ensejo de que o Tribunal o faça na próxima oportunidade em que apreciar a questão, se assim entender coerente.

3.9 Algumas Técnicas de Decisão na Corte Italiana

Na terminologia italiana, há as decisões de acolhimento, em que simplesmente se declara a inconstitucionalidade, e as de rejeição, em caso contrário. Essa dualidade pode trazer conseqüências prejudiciais, o que torna imprescindível a adoção de decisões intermediárias.

O Tribunal da Itália, ao entender que a norma em vigor deve ter sua validade mantida utiliza a técnica das sentenças condicionais ou interpretativas de rejeição, o que, segundo Oswaldo Luiz Palu⁶¹ corresponde ao que a doutrina germânica nomeia “interpretação conforme a Constituição”.

Há, também, os limites verificados para esta técnica já aludidos quando se abordou essa modalidade anteriormente, que são a literalidade da lei e a vontade do legislador.

Impende frisar que as sentenças interpretativas de acolhimento ou de rejeição de inconstitucionalidade podem ser analisadas sob dois prismas: o do direito vigente e o do Tribunal Constitucional, consoante Oswaldo Luiz Palu⁶². Para uma análise do “diritto vigente”, há que se ressaltar que a Itália, a exemplo da Alemanha, adotou o sistema de Tribunal Constitucional, com a Constituição italiana de 1948. Esta prevê, em seu artigo 135, a criação de um órgão constitucional de natureza político jurídica composto por 15 juízes, sendo cinco deles indicados por cada um dos poderes, de modo que o referido Tribunal não faz parte do Poder Judiciário. Nesse contexto, constitui-se salutar principiar o entendimento sobre esse direito vigente com as palavras de Augusto Martín de la Vega⁶³:

Tal principio jurisprudencial, posteriormente sistematizado por la literatura jurídica, va a ser el fruto no sólo de la polémica teórica acerca de las facultades interpretativas de la Corte, sino muy especialmente de una lenta [[recomposición]] de las relaciones entre la corte Constitucional y la magistratura, señaladamente entre el Tribunal Constitucional y la Corte de Casación.

O referido reequilíbrio se deu após a resistência por parte do Tribunal de Cassação em aceitar a vinculação hermenêutica das sentenças do Tribunal Constitucional. Essa guerra entre as duas Cortes adveio do novo esquema de poderes constitucionais trazido pela Carta de 1948. Para superar tal situação, a Corte passou a estabelecer um novo critério de atuação, como bem explica

⁶¹PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 1. ed. São Paulo, p. 137.

⁶²Idem, op. cit., p. 141.

⁶³VEGA, Augusto Martín de la. **La Sentencia Constitucional en Italia: tipología y efectos de las sentencias em la jurisdicción constitucional italiana**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 194.

Augusto Martín de la Vega⁶⁴:

No cabe olvidar sin embargo que todas estas transformaciones, que se consolidarán em los ochenta com algún cambio em la década posterior, tendrán su origen em esse consenso tácito entre Corte y Casación, fraguado em los años setenta, bajo los auspicios del propio Crisafulli entre otros, y según el cual el TC no cantestaba las interpretaciones consolidadas de la Casación, y ésta a su vez aceptaba la fuerza vinculante de las sentencias estimatorias interpretativas y manipulativas em sus diversas formas.

Diante disso, percebe-se que o Tribunal Constitucional realiza sua interpretação conforme a Constituição e os demais tribunais, segundo o direito vivente, realizam a deles.

Outra técnica é a da inconstitucionalidade parcial, em que apenas parte da norma é declarada inconstitucional. Há duas formas: a inconstitucionalidade parcial horizontal ou quantitativa e a inconstitucionalidade parcial qualitativa, vertical ou ideal. Na primeira, existe o caso de um período ou frase do texto; na outra, busca-se afastar os significados inconstitucionais do texto.

Uma das formas de inconstitucionalidade parcial é a aditiva, em que o Tribunal declara a inconstitucionalidade do fragmento que não fixa determinada situação, entendendo que o legislador não disse tudo o que deveria referir. Então, para sanar a inconstitucionalidade, elabora-se unilateralmente, ou seja, sem intervenção parlamentar, um conteúdo que complete a norma.

Consoante Gilmar Ferreira Mendes⁶⁵, entre as decisões manipulativas de efeitos aditivos há a espécie das demolitórias com efeitos aditivos (quando é suprimida uma lei inconstitucional constrictiva de direitos), as aditivas de prestação (que têm impacto orçamentário) e as aditivas de princípio (em que são estabelecidos princípios os quais o legislador tem de atentar ao prover a disciplina que se tem por imprescindível ao exercício do direito constitucional).

Deve-se ressaltar, outrossim, o entendimento de Augusto Martín de la Vega sobre os condicionamentos que deram ensejo ao desenvolvimento das sentenças manipulativas, no âmbito político-institucional. Aponta o referido doutrinador a combinação de três fatores determinantes no caso da Itália, a saber: a existência de uma Lei Maior dotada de forte carga programática e destinada a progressivo desenvolvimento, a continuidade de um ordenamento legal com fortes resquícios autoritários e a concomitante ineficácia do Parlamento a fim de dar uma resposta em tempo hábil às demandas de atuação da Constituição à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional.

O Direito do Brasil se enquadra perfeitamente nas características acima referidas,

⁶⁴Idem, op. cit., p. 196.

⁶⁵MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. op. cit., p. 1373.

segundo Gilmar Mendes⁶⁶. Diante disso, torna-se de bom grado trazer o desenvolvimento do tema segundo o jurista italiano então aludido. Nesse sentido, tem-se que as demandas de adequação da ordem jurídica em vigor com a Constituição de 1948 trouxe como protagonistas não apenas o legislador, mas também a Corte Constitucional e a magistratura.

Vivia-se na Itália um ambiente político desfavorável. Isso porque se mostravam praticamente impossíveis acordos entre as forças políticas que tivessem como consequência reformas sólidas que ensejassem uma adequação entre normas de processo penal e a Carta Magna, além de uma alteração dos entendimentos que foram desenhados pela jurisprudência fascista ou, simplesmente, que não revelassem concordância prática com o novo perfil constitucional.

Verificava-se, ainda, em um primeiro momento, a passividade do Tribunal de Cassação diante das reclamadas mudanças.

Diante da timidez dos demais protagonistas, o Tribunal Constitucional foi enriquecendo seus instrumentos de intervenção. Desse modo, passou a desautorizar entendimentos jurisprudenciais fascistas e a reconstruir o sistema jurídico. Tudo isso foi facilitado pelo espectro da Constituição de 1948, pela lentidão e ineficiência do Poder Legislativo e pela postura passiva da judicatura.

Nessa conjuntura, o Tribunal Constitucional se mostrava mais eficiente sob o aspecto pragmático, dirimindo questões com mais celeridade e sendo integrado por membros com mais homogeneidade cultural em relação aos parlamentares.

A própria opinião pública estava desejosa de mudanças. Já que estas provinham da Corte, a mesma passou a gozar de prestígio e mais legitimidade. Isso era obtido pelo trabalho com as sentenças criativas.

Há vários argumentos para a utilização sempre presente, em variadas escalas, das sentenças manipulativas nos tribunais de diversos países. Entre eles, tem-se que fazer funcionar um juiz kelseniano, com mentalidade de legislador negativo, diante de uma Constituição não kelseniana poderia acarretar consequências imprevisíveis. Uma destas seria a ausência de tutela de vários direitos fundamentais. Por exemplo, no Brasil, o direito de greve dos servidores públicos civis federais ainda estaria sem regulamentação ante a morosidade injustificada do Congresso Nacional. Diante disso, percebe-se que a Constituição Federal resta mais respeitada com a quebra do dogma de Hans Kelsen e a adoção de uma postura mais atuante e positiva por parte dos Tribunais e Cortes Constitucionais. Isso porque inúmeros direitos e garantias que, não raro, são negligenciados tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Executivo podem ser finalmente concretizados. Por fim, tem-se que salientar que isso não significa, de modo algum, que não se deva atentar para os limites à

⁶⁶Idem, op. cit., p. 1373.

atuação da Corte e, sobretudo, se é realmente imprescindível tal postura do Judiciário ou Corte imbuída da tarefa de controlar a constitucionalidade das leis, ante os institutos disponíveis no sistema jurídico de cada país.

Um aspecto dos mais relevantes diz respeito às limitações da utilização das sentenças aditivas. Na Itália, fulcro irradiador de tais decisões, há, basicamente, três limitações de origem jurisprudencial: a necessidade de o julgador indicar o perfil aditivo da sentença, a vedação de que se emita pronunciamentos aditivos na esfera penal e, finalmente, que não se vá de encontro à discricionariedade do legislador. Um outro ponto saliente são as sentenças aditivas que garantem a efetivação de direitos fundamentais, mas que não têm previsão de gasto. Desse modo, eliminar-se-ia uma inconstitucionalidade, mas a Fazenda Pública seria abalada com a surpresa de que deve desembolsar recursos financeiros imprevistos. São as chamadas sentenças aditivas de prestação.

Vislumbrando essa técnica de decisão no sistema jurídico português, percebe-se lição de J. J. Gomes Canotilho⁶⁷ que traz a terminologia “declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo” (sentenças aditivas). Por ela, o Tribunal alarga a esfera normativa de um preceito, declarando não ser constitucional a disposição ao não prever determinada hipótese e sanando essa situação com a criação de uma norma. Como casos exemplares disso, cita o Ac. 143/85, que versa acerca do exercício da advocacia por docentes, em que se estendeu a exceção de incompatibilidade com o exercício da advocacia a todos os docentes, não apenas aos professores das disciplinas de direito, consoante previa o Estatuto da Ordem dos Advogados.

Pode-se, ainda, mencionar julgados em que a Suprema Corte brasileira fez uso das sentenças aditivas: nos mandados de injunção nº 670/ES, 708/DF e 712/PA tratou-se do direito de greve dos servidores públicos civis federais (artigo 37, VII da Constituição Federal). Neles, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que fosse garantido o direito de greve aos aludidos servidores públicos, aplicando-se, no que fosse pertinente, a Lei nº 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. Além desse casos, há o recurso ordinário em mandado de segurança nº 22.307, acerca do reajuste para os servidores públicos não contemplados por lei que a concedeu aos militares. Nessa oportunidade, o Pretório Excelso entendeu que o reajuste de 28,86% dado aos servidores militares pelas Leis nº 8.662/1993 e 8.627/1993 também se aplicaria aos servidores civis do Executivo, observando-se compensações porventura existentes e que decorressem dos reajustes diferenciados concedidos pelas referidas leis. Isso sem aludir que nos mandados de segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, que versaram sobre fidelidade partidária, o Supremo Tribunal Federal entendeu estar diante de um princípio constitucional e que quem fizesse transferência de legenda injustificadamente iria perder o cargo eletivo. Por fim, um outro exemplo

⁶⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1019.

que é importante referir é a petição nº 3.388, sobre a demarcação da área Raposa Serra do Sol, em que a Corte reconheceu o modelo contínuo de demarcação da terra indígena e, para isso, prescreveu várias condições, em perfil claramente aditivo.

3.9.1 Sentenças Substitutivas

Ao analisar-se a declaração de inconstitucionalidade com efeito substitutivo, percebe-se que nessas decisões inexistem uma omissão legislativa, como se dá nas aditivas, mas se reputa inconstitucional um conteúdo positivo da norma. Diante disso, o Tribunal Constitucional não só anula a norma, mas também a substitui por outra que cria e considera compatível com a Constituição. Isso configura um rematado malferimento ao princípio da separação de poderes e uma forma de desprestigiar o Poder Legislativo, além de transformar a Corte, integrante do Poder Judiciário ou não, em um órgão acima de todas as instituições. Isso é inadmissível, afrontando o sistema de freios e contrapesos e trazendo um desequilíbrio à República com conseqüências imprevistas e prejudiciais ao desenvolvimento de qualquer Nação.

Um argumento que se utiliza em prol dessa produção heterônoma de atos do legislativo seria que embora os magistrados não ostentem uma legitimidade de origem, da qual goza o Legislativo em virtude das eleições, haveria uma legitimidade de exercício, o que pode ser controlado diante da exigência insculpida no artigo 93, IX da Constituição Federal brasileira de que todas as decisões devem ser devidamente fundamentadas.

Um caso exemplar de sentenças substitutivas no sistema jurídico brasileiro se deu na concessão de liminar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.332, de relatoria do Ministro Moreira Alves. Nela se enfrentava dispositivos da Medida Provisória nº 2183-56, a qual, modificando o Decreto-Lei nº 3.365/1941, determinou que no caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, até mesmo para o objetivo de reforma agrária, existindo discrepância entre o preço oferecido em juízo e o valor do bem, posto na sentença, expressos em termos reais, que a incidência de juros compensatórios fosse de até 6% ao ano sobre o *quantum* da diferença porventura apurada, tendo como termo inicial a imissão na posse, interdito o cômputo de juros compostos. Ao apreciar a matéria, o Supremo Tribunal Federal, seguindo o enunciado nº 618 de seu entendimento sumular, substituiu a taxa de juros de 6% pela de 12%.

3.10 Classificação da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus

Entre as decisões que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei, há as chamadas sentenças intermediárias, que possibilitam soluções mais eficientes e adequadas a cada complexa situação que se apresenta.

José Adércio Leite Sampaio⁶⁸ traz a terminologia das sentenças intermediárias utilizada na VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus. Nessa toada, divide-as em sentenças normativas e sentenças transitivas ou transacionais.

As sentenças normativas são as que têm como conseqüência a criação de norma jurídica de aspecto geral e vinculante. Dividem-se em sentenças interpretativas ou de interpretação conforme a Constituição, aditivas ou construtivas, aditivas de princípio, de “mecanismo” ou “sentenças-delegação” e sentenças substitutivas.

Já as sentenças transitivas ou transacionais são as que fazem a utilização de uma parametricidade efêmera, mostrando um processo em alteração, com certa transigência com o princípio da supremacia constitucional. Dividem-se em sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida ou datada, sentenças apelativas de declaração de constitucionalidade provisória ou de declaração de “todavia constitucionalidade” e sentenças de aviso (prospective overruling, Warn- und Ankündigungsentscheidungen).

Acerca da interpretação conforme a Constituição, que na França é abordada como “conformidade sob reserva de interpretação neutralizante”, visando extrair o “veneno” das disposições potencialmente perigosas de uma lei (“[elles] vident de leur venin”), tem-se seu emprego na Alemanha, Áustria, Brasil, Bulgária, Colômbia, Portugal, Romênia e outros.

No que concerne às sentenças aditivas ou construtivas, tem-se a declaração de inconstitucionalidade na parte em que se omitiu disposição imprescindível consoante a lógica do sistema legislativo e constitucional. A Corte, então, toma uma decisão ampliando a incidência da norma. José Adércio⁶⁹ cita exemplo da Corte Constitucional italiana em que se declarou a inconstitucionalidade de um artigo de lei que prescrevia apenas a presença do Ministério Público no interrogatório do acusado, nada referindo no mesmo sentido sobre um defensor. Diante disso, em homenagem aos princípios do contraditório e da paridade de armas, a Corte procedeu a uma espécie de interpretação extensiva, garantindo a presença de defensor.

⁶⁸SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 208.

⁶⁹Idem, op. cit., p. 214.

Já as sentenças aditivas de princípio, “de mecanismo” ou “sentenças-delegação” são forjadas nos casos de omissão do legislador, em que se declara a inconstitucionalidade do dispositivo guerreado, com a especial peculiaridade de se apontar ao Poder Legislativo uma diretriz do que deve ser produzida a fim de que seja introduzido no ordenamento jurídico uma norma consentânea com a Carta Política. Exemplo disso apontado por José Adércio⁷⁰ seria uma norma que prevê uma certa atividade do Estado em matéria de competência regional sem dispor acerca de instrumentos de colaboração que implique na cooperação regional na realização dessa atividade. Tal dispositivo seria inconstitucional e requer o delineamento dessa colaboração.

Por seu turno, nas sentenças substitutivas, a Corte anula o conteúdo impugnado e elabora um outro que, ao seu entender, estaria de acordo com a lógica intrínseca do sistema.

Passando-se a perscrutar as sentenças transitivas ou transacionais, a análise da inconstitucionalidade sem efeito ablativo demonstra que a expulsão da norma do sistema jurídico nem sempre deve ser uma consequência natural do reconhecimento da inconstitucionalidade. Isso porque daí poderão advir estorvos jurídicos insuportáveis ou despesas que afetem perigosamente o orçamento da Fazenda Pública. Na Corte Constitucional Federal alemã, essa técnica de decisão desponta em algumas situações já consagradas. Dessarte, dá-se na declaração de inconstitucionalidade que diz respeito ao direito transitório, por exemplo, quando o legislador não tinha nenhuma outra opção para regulamentar a matéria, por circunstâncias históricas. Além desse caso, há também os vícios procedimentais não evidentes. Outrossim, há a situação em que entre a lacuna oriunda da nulidade da norma e sua permanência, constitui-se medida menos gravosa à Constituição a manutenção da norma inconstitucional. Ademais, os prejuízos econômicos muito prejudiciais à Nação têm grande força persuasiva sobre a Corte. Por fim, nas regulações discriminatórias referida modalidade decisória também se afigura, não se excluindo os benefícios conferidos a alguns e não a outros em idênticas condições. Isso também agravaria a situação de inconstitucionalidade e não traria benefícios a ninguém. Todas essas hipóteses, contudo, não seriam suficientes na ausência de efeitos processuais e materiais. Nesse sentido, José Adércio refere como salutar o apelo ao legislador e a proibição da aplicação da lei considerada inconstitucional. Disso adviriam como resultados a suspensão dos processos que tenham a norma em análise, a permissão para que se utilize a analogia e o regramento momentâneo da questão. Diante de tudo isso, emerge um regime jurídico provisório que vigora até a edição da aguardada norma.

Acerca da sentença de inconstitucionalidade com ablação diferida ou datada, não é propriamente uma sentença intermediária, mas uma forma de modulação estudada na projeção temporal dos efeitos das decisões. Por ela, adota-se o modelo prospectivo de repercução temporal

⁷⁰Idem, op. cit., p. 216.

dos efeitos da inconstitucionalidade, em que se disparam os efeitos ablativos ou nulificantes para o futuro. Consoante José Adércio⁷¹, no modelo prospectivo as pronúncias podem ter efeitos *ex nunc*, como na Bolívia, ou segundo uma data estabelecida, como se dá na Áustria, no Azerbaijão, na Bélgica, no México e na República Checa, por exemplo. De regra, o legislador prescreve um limite para essa projeção de efeitos. Nesse sentido, na Áustria são seis meses para os regulamentos, um ano para as leis e dois anos para os tratados; na Polônia, são até dezoito meses para as leis e doze meses para os outros atos normativos; por sua vez, na Eslovênia o prazo máximo é de um ano. Tudo isso está, em regra, vinculado com a defesa de alguma situação ou princípio constitucional.

No sistema brasileiro, geralmente, a inconstitucionalidade da lei produz efeitos retrospectivos, declarando-se a nulidade *ab initio*. Em situações excepcionais, como na ação direta de inconstitucionalidade nº 513/DF, o Supremo Tribunal Federal entende que isso pode ser mitigado, adotando-se outro momento para a nulidade. Tais casos foram reiterados com o advento da Lei nº 9.868/1999, que em seu art. 27 prescreve que pelo *quorum* diferenciado de dois terços de seus membros, o Pretório Excelso pode decidir que a declaração de inconstitucionalidade só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que isso seja alicerçado em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Com relação às sentenças apelativas ou de declaração da constitucionalidade provisória ou de declaração de “todavia constitucionalidade”, a Corte percebe que uma norma, embora goze de constitucionalidade no momento da prolação do acórdão, no futuro será inconstitucional. Diante disso, faz um apelo ao Poder Legislativo para que este sane a questão antes da consumação do vício.

Embora seja sua utilização mais conhecida na Alemanha, também ocorre em outros ordenamentos jurídicos. Na Itália, por exemplo, há tanto as exortações ao legislador quanto as admoestações ao legislador. Na Romênia, tem-se as “sentenças-de-apelo”.

Finalmente, tem-se as sentenças de aviso, *prospective overruling* ou *Warn- und Ankündigungsentscheidungen*, as quais antevêm uma alteração de orientação jurisprudencial, não sendo empregada ao caso ou ação em que é proferida. Ocorre na Alemanha e nos Estados Unidos, por exemplo. Nestes, geralmente, quando se concede efeitos prospectivos, está sendo criada uma nova orientação jurisprudencial para a questão (*prospective overruling*).

3.11 Dissociação Temporal entre a Declaração de Inconstitucionalidade e sua Publicação

⁷¹Idem, op. cit., p. 234.

Por fim, não tendo a pretensão, de modo algum, de ter esgotado todas as técnicas de decisão forjadas pelos tribunais e leis no direito comparado, mas seguros de haver apresentado algo sólido acerca do que os principais doutrinadores que tratam do tema expõem, passa-se a esposar entendimento de J. J. Gomes Canotilho⁷² sobre a chamada dissociação temporal entre a declaração de inconstitucionalidade e sua publicação. O doutrinador português refere que o intento dessa modalidade de decisão é o de conceder ao legislador um lapso temporal razoável a fim de que haja a elaboração da nova disciplina jurídica. Diante disso, critica essa forma por entender existir meios mais transparentes para evitar eventuais inconvenientes de declaração de inconstitucionalidade, como a delimitação da eficácia temporal nos termos do artigo 282.º/4 da Constituição Portuguesa.

⁷²CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1019.

CONCLUSÃO

Desde a Constituição Federal de 1891, o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema dual consistente em se declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei, sem que se buscassem soluções intermediárias que solucionassem as demandas em sede de controle concentrado de forma mais justa e razoável,

Esse modelo dicotômico é herança da forte influência do “common law” dos Estados Unidos. Neste, essa bifurcação das decisões não dispunha de substrato teórico convincente. Todavia, em virtude do instituto do “stare decisis”, que trazia uma maior transcendência das sentenças da Suprema Corte, restava suprida essa ausência efetiva de fundamentação.

No Brasil, nunca se logrou adequadamente o uso exclusivo de tal dualidade. Um paliativo dessa deficiência foi encetada pela carta de 1934, que introduziu a inovadora fórmula do Senado. Por esta, as decisões na via incidental, cujos efeitos são *inter partes*, teriam eficácia *erga omnes* atribuída por resolução senatorial. Isso em um cenário internacional em que mesmo no sistema estadunidense esse perfil paulatinamente passou a comportar temperamentos.

Dessarte, em vista da propensão natural verificada, marcadamente, na Alemanha e na Itália, o Supremo Tribunal Federal vem, ainda que timidamente, adotando técnicas de decisão no controle de constitucionalidade jurisdicional repressivo mais consentâneas com os novos tempos e com prudência.

Da órbita tedesca, acolheram-se formas de sentenciar que tornou mais legítima a atuação do Pretório Excelso. Nessa toada, verifica-se a incorporação aos acórdãos da Corte da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, da inconstitucionalidade progressiva e do apelo ao legislador., por exemplo.

Por seu turno, da esfera italiana, o Supremo se debruça sobre as decisões manipulativas. Estas, não raro, são tão arrojadas que desafiam o princípio da separação dos poderes, como no caso das sentenças substitutivas, devendo ser vistas com cautela pelos ministros brasileiros. Contudo, há sentenças, como as aditivas, que muito contribuem para uma efetiva prestação jurisdicional.

Diante do que foi exposto, percebe-se que a adoção das sentenças intermediárias são uma realidade que deve ser fomentada. Contudo, deve-se atentar para os limites que cada uma delas deve observar, afim de que haja um aperfeiçoamento e uma racionalização cada vez maiores das decisões na Corte. Isso é uma condição para que o Brasil se insira cada vez mais nesses novos tempos como uma potência vigorosa econômica, social e jurisdicionalmente e possa ter um atuação efetiva no cenário internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB, 2002.

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

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da**

supralegalidade constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Ações Constitucionais.** 4. ed. Salvador:PODIVM, 2009.

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

MACEDO, Dimas. **Política e Constituição.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade.** 1. ed. Salvador: Del Rey, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 4. ed. São Paulo: Método, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.