

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Gisella Martignago

Controle de constitucionalidade e o ativismo judicial

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2009

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Gisella Martignago

Controle de constitucionalidade e o ativismo judicial

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, sub-área de Direito Constitucional, pela Pontífica Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Vidal Serrano Nunes Júnior.

SÃO PAULO
2009

Banca Examinadora

Dedicatória

Aos meus amados pais, que passaram uma educação com valores jamais adquiridos no trilhar da nossa vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela proteção incansável e diária; aos meus pais, Ismênia Rodrigues Martignago e Egon Martignago pela confiança e estímulo, mesmo distante, em continuar meus estudos em São Paulo, meu porto seguro; à minha tia (segunda mãe) Maria Regina Rodrigues, pelas ligações calorosas de ânimo; aos meus irmãos Graciella Martignago e Eduardo Martignago, pelo apoio nos momentos de tristeza e ansiedade, e de carinho nos momentos de conquista; às minhas amigas de Florianópolis Gisela de Souza Fonseca e Vanessa Machado Ribas, Maria Luiza Daura Colaço, Fernanda Schaefer Picanço, pelas palavras carinhosas de força e coragem; à incansável querida Professora Maria Garcia, que a cada dia nos surpreende mais com sua sabedoria e carinho pelo seu trabalho acadêmico; ao meu orientador Professor Vidal Serrano Nunes Jr., pelos conselhos nos momentos de inquietação e angústia; ao Ruy de Oliveira e Rafael, pela paciência em explicar quase que diariamente o procedimento da PUC, e que hoje se tornaram meus amigos; aos amigos conquistados nestes anos de estudo na PUC, Aloysio Vilarino dos Santos, Marisa Alves Vilarino, Camila Castanhato, Carine Valeriano Damascena, Daniel Militão, Diogênes Pires, Fernanda Scane, Francisca Mattos, Geogenor, Giselle Ashitani Inouye, João Carlos Azuma, Lia Kanthack Pereira, Livia Zitti Afonso, Luciana Simões Rebello Horta, Márcia Maria Corrêa Munari, Marcia Arnaud, Osorio Barbosa Sobrinho, Patrícia Marques Freitas, Ricardo Salvador, Silvia Andreia Vasconcelos, Taiane Lobato, que sempre cultivemos nossa amizade; aos amigos adquiridos na cidade fria e ao mesmo tempo contagiante São Paulo, Adriana Bessa De Simone e José Luis De Simone, Alessandra Guimarães e Mauro, Ana Flávia Rico, Cae Sant'ana, Candice Lucena, Cristina Alencar, Danielle Saullo, Fabio Maia, Guilherme Marques Alvarenga Gomes de Araújo, Gustavo Nori, Jean Felipe Calil Peres, Marilia Sales Afonso Demirsky e Paulo Demirsky, Mike Luiz, Paula Introine e Ennyo, Solange Cristina Delisa, Tayse Fernanda Vasconcelos, meu carinho eterno.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	12
1.1. Conceito	12
1.2. Origem histórica	15
1.2.1. O modelo inglês	19
1.2.2. O modelo norte-americano	20
1.2.3. O modelo austríaco	24
CAPÍTULO II: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	29
2.1. Panorama histórico nas Constituições	29
2.1.1. A Constituição de 1824	29
2.1.2. A Constituição de 1891	30
2.1.3. A Constituição de 1934	31
2.1.4. A Constituição de 1937	32
2.1.5. A Constituição de 1946	33
2.1.6. A Constituição de 1967	34
2.1.7. Emenda constitucional 1 de 1969	35
2.2. A Constituição de 1988	35
2.2.1. Características gerais (preventivo e repressivo)	37
2.2.2. Tipos de controle (concreto e abstrato)	39
2.2.3. Efeitos da decisão no controle (concreto e abstrato)	47
CAPÍTULO III: MECANISMOS DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	50
3.1. Inconstitucionalidade por ação e omissão	51
3.2. Ação direta de inconstitucionalidade	52
3.3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	58
3.4. Ação declaratória de constitucionalidade	61
3.5. Argüição de descumprimento de preceito fundamental	63
3.6. Mandado de Injunção	66

CAPÍTULO IV: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL	72
4.1. Panorama constitucional do Supremo Tribunal Federal	72
4.1.1. O papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988	79
4.2. Judicialização da política	81
4.3. Ativismo judicial	86
4.3.1. Ativismo judicial na Suprema Corte dos Estados Unidos da América	87
4.3.2. Ativismo judicial e separação dos poderes	90
4.3.3. Ativismo judicial e segurança jurídica	94
4.3.4. Ativismo judicial e mutação constitucional	99
4.4. Supremo Tribunal Federal: O guardião da Constituição	102
CONCLUSÃO	105
BIBLIOGRAFIA	108

RESUMO

A Constituição de 1988 trouxe uma série de mudanças no campo de competência do Supremo Tribunal Federal, criando novas garantias constitucionais como mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ampliando a relação de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, entre outros. Com a mudança da composição dos Ministros a partir de 2002 e a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ficou clara uma atuação mais ativista por parte dos integrantes do Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto apresentado no trabalho é um tema que tem despertado grande interesse na conjuntura política-institucional nacional, chamado de judicialização da política. Dessa feita, a hipótese sob análise no presente trabalho aponta que o Supremo Tribunal Federal, diante de uma postura ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência. Várias questões são levantadas no momento em que o Supremo Tribunal Federal exerce seu papel de guardião da Constituição, para assim comprovar a sua atitude ativista.

PALAVRAS-CHAVES

Controle de constitucionalidade. Interpretação constitucional. Judicialização da política. Ativismo judicial.

ABSTRACT

The Constitution of 1988 brought a series of changes in the field of the competence of the Supreme Court, creating new constitutional guarantees such as the warrant of injunction and the direct action of unconstitutionality by omission, extending the list of persons who has the right to bring direct action of unconstitutionality, among others. With the changing composition of Ministers in 2002 and the Constitutional Amendment No. 45, in 2004, a more activist attitude became clear from the part of the Members of the Supreme Court.

Another point made in the study is a topic that has aroused great interest in national political-institutional, called judicialization of policy. In this context, the hypothesis under examination demonstrates that the Supreme Court, in an activist attitude, is redefining the limits of their competence. Several issues are raised when the Supreme Court exercises its role as guardian of the Constitution, so as to show its activist attitude.

KEYWORDS

Control of constitutionality. Constitutional interpretation. Judicialization of policy. Judicial activism.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, torna-se difícil imaginar uma decisão judicial isenta de qualquer questão política, econômica ou moral, que não venha ser suscitada em termos constitucionais e encaminhada ao Supremo Tribunal Federal.

Algumas das decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal vem repercutindo em vários canais de comunicação, além dos jurídicos. A população informada pela mídia tem acesso aos casos, como as pesquisas de células-tronco, a anencefalia, a transposição das águas do Rio São Francisco, a demarcação da área dos índios na Raposa Serra do Sol, entre outros.

O objetivo deste trabalho é compreender a forma pela qual o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado a função de Guardião da Constituição¹. A atuação do Corte como órgão encarregado de fiscalizar a constitucionalidade das leis em face da Constituição torna-o possuidor de muita responsabilidade. Ademais, é por meio deste Órgão que se busca a estabilidade das demais instituições do regime democrático.

A luta pela justiça, pela democracia, pela segurança jurídica, é pleiteada cada vez mais pelos cidadãos perante os Tribunais, em vista dos direitos e garantias resguardados na Constituição de 1988. E, na medida em que aumentam as demandas por direitos, eleva-se o papel do Judiciário.

A questão que gerou o direcionamento para a produção do presente trabalho foi a Reclamação 4335-5/AC, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, em que por meio da chamada mutação constitucional, busca-se alterar o artigo 52, inciso X, da Constituição, dispensando-se o Senado Federal da participação no controle difuso para transformá-lo em Diário Oficial do Supremo Tribunal Federal.

O estudo atém-se, no primeiro capítulo, ao conceito de controle de constitucionalidade e suas origens históricas, particularmente tomando-se por referencial os modelos inglês, norte-americano e austríaco.

Fixada a origem do controle de constitucionalidade desde à Antiguidade, o segundo capítulo versa sobre o surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil desde a

¹ Artigo 102, *caput*, da Constituição de 1988.

Constituição Imperial de 1824 até a atual Constituição, promulgada em 1988. Outro ponto a ser examinado é as características do controle de constitucionalidade, as espécies de controle concentrado e difuso, suas diferenças e os respectivos efeitos das decisões em cada espécie.

O capítulo terceiro dedica-se aos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade formados no direito brasileiro, como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e, ainda, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e as respectivas leis que disciplinam tais mecanismos, como a Lei nº 9868/99, que dispõe sobre o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, a Lei nº 9882/99, referente ao procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Feitas as devidas apresentações no tocante ao controle de constitucionalidade, enfocando-se o controle concentrado, inicia-se o quarto capítulo com algumas questões tormentosas a serem analisadas e refletidas com relação ao papel do Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição.

Os tópicos levantados no quarto capítulo abrem caminho para várias reflexões, como a judicialização da política e a possibilidade de atuação ativista do Supremo Tribunal Federal.

A judicialização da política, em breves considerações, constitui uma forma de difundir as decisões do Poder Judiciário para regiões de competência exercida pelo Poder Executivo e Legislativo.

Enfoca-se a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial e atuação do ativismo judicial na Supremo Corte dos Estado Unidos. Após esse exame, passa-se, então, a analisar os meios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para solucionar certas demandas judiciais, com reflexos políticos.

CAPÍTULO I

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1. Conceito

O controle de constitucionalidade ou *judicial review*, terminologia adotada pela doutrina norte-americana, tem a atribuição de assegurar a supremacia dos mandamentos constitucionais, ajustando as normas infraconstitucionais aos dispositivos da Constituição. O controle de constitucionalidade é uma das várias possibilidades de atuação da *força normativa da Constituição*².

Segundo Celso Bastos, o controle de constitucionalidade das leis “consiste no exame da adequação das mesmas à Constituição, tanto um ponto de vista formal quanto material, para o efeito de recusar-se obediência a seu mandamento, ou mesmo para o efeito de declarar-lhe a nulidade”³.

Canotilho explica que a “defesa da constituição pressupõe a existência de garantia da constituição, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental”⁴.

E para que se garanta a *observância, aplicação, estabilidade e conservação das leis fundamentais*, eis que surge o controle de constitucionalidade, sendo um instrumento apto a evitar e retirar do ordenamento jurídico leis e atos normativos violadores da Constituição⁵.

Alguns requisitos preliminares são necessários para a configuração e para o exercício do controle de constitucionalidade, tais como a existência de uma Constituição

² Nos dizeres de Hesse, “a Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais a serem exercidas. Ela regula procedimentos de vencimentos de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal”. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 37.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 390.

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 887-8.

⁵ As demais garantias encontram-se expostas em: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 888-9.

formal, o entendimento da Constituição como lei fundamental, e a existência de ao menos um órgão competente para o exercício da fiscalização ou do controle⁶.

Constituição formal será um atributo para a existência do Estado⁷, elaborada sob a forma escrita, formada por um órgão dotado de poder suficiente (Poder Constituinte), e somente modificável com formalidades especiais nela própria instituídas⁸. Constituição formal corresponde ao conceito de constituição escrita e rígida, Constituição no sentido de norma *objetiva, legislada*⁹.

Outro pressuposto importante para a ocorrência do controle de constitucionalidade será o entendimento da Constituição como lei fundamental¹⁰, como *el orden jurídico fundamental de la Comunidad*¹¹. Constituição, aqui, tende a ser considerada no seu aspecto normativo, não apenas norma pura, mas também norma ligada à realidade social, fornecendo, com isso, o “conteúdo fático e o sentido axiológico”¹².

Desse contexto decorre a necessidade de uma Constituição ser uma ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade¹³. Mas essa abertura deve ser entendida como uma atualização nos tempos, não significando, necessariamente, sua dissolução, tampouco a diminuição de sua força normativa.

No caso da rigidez constitucional, a norma constitucional precisa apresentar um processo de elaboração diverso e mais complexo daqueles aptos a gerar normas infraconstitucionais. Se tal processo não fosse assim, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Caso as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma forma que as normas constitucionais,

⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 28-35.

⁷ O conceito de Estado adotado neste trabalho é o oferecido por Dallari, sendo a “ordem soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39.

⁹ Idem, p. 39/40.

¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 34.

¹¹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 16.

¹² “O sentido jurídico de constituição não se obterá se a considerarmos desgarrada da totalidade da vida individual, sem conexão com o conjunto da comunidade como interferência das condutas entre sujeito e instituições sociais e políticas. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir da comunidade, formando os elementos constitucionais do grupo social que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais... A constituição seria, pois, algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35-6.

¹³ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 3 e segs.

no momento de uma contrariedade, surgiria o questionamento da revogação do ato anterior e não o da sua inconstitucionalidade¹⁴.

A rigidez constitucional é devida à necessidade de se oferecer a esse tipo de norma uma garantia de *estabilidade e durabilidade*, tal como explica Rojas:

“Si bien es necesario tener siempre presente que toda norma jurídica está sujeta al paso del tiempo, también es cierto que las normas ordinarias, están dotadas de una mayor flexibilidad que las normas constitucionales.

Como ya sabemos, esta mayor rigidez de las normas constitucionales, se debe a necesidad de otorgar a este tipo de normas una garantía de estabilidad y durabilidad”¹⁵.

A rigidez constitucional decorre da diferença entre o Poder Constituinte e os Poderes Constituídos. Caso não ocorra essa diferença, não há que se falar em rigidez constitucional¹⁶.

Declarar a supremacia da Constituição significa colocá-la no vértice do aparelho jurídico do país e, concomitantemente, afirmar que as leis infraconstitucionais não podem derogá-la. Nos dizeres de Gordilho,

“se a Constituição tem a particularidade de transformar em antijurídico tudo o que a viole, e se o que a viole é por isso mesmo insuscetível de aplicação (...), é evidente que isso se deve porque a Constituição, ainda com referência às leis parlamentares, é suprema”¹⁷.

A compreensão da Constituição como norma dotada de hierarquia superior em qualquer situação decorre da concordância de que tudo que nela se encontra constitui norma diretriz, não surgindo lugar para lembretes nem para avisos. Essa superioridade também é reconhecida e reafirmada na medida em que todo cidadão deve ter acesso garantido ao texto constitucional, fato que, por consequência, já permite deduzir que o Legislativo não é o único intérprete¹⁸ desse mesmo texto constitucional.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

¹⁵ ROJAS, Miguel Limón. *La interpretación constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, p. 74.

¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 31.

¹⁷ GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977, p. 94.

¹⁸ “No processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os **cidadãos** e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (grifo nosso). HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 13.

A Constituição, nos dizeres de Loewenstein, serve para garantir e outorgar os direitos individuais e impor limites aos detentores de poder, na medida em que “la constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”¹⁹.

Dessa assertiva deduz-se que a Constituição não pode ser considerada uma simples *folha de papel*, mas que também deve ser considerada um meio de relações de poder ou da pressão de forças sociais. A Constituição não será apenas uma “positivação do poder”²⁰, e sim a “positivação dos valores jurídicos radicados na consciência jurídica geral da comunidade”²¹. De tal modo que a Constituição é a própria fundadora do poder, que estabelece o exercício do poder e que estabelecerá o limite desse poder. É a Constituição, portanto, que fixa a força, o valor e a eficácia das demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

Para que seja garantida a *vontade de constituição*, torna-se necessário que a própria Constituição estabeleça a qual órgão deve competir a sua defesa, a fim de protegê-la de eventuais atos violadores, sejam violações de preceitos ou de princípios constitucionais. Esse órgão-guardião tanto pode integrar a estrutura do Poder Judiciário como pode residir fora dele. No caso do Brasil, cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel de fiscalizador da constitucionalidade das leis perante a Constituição.

1.2. Origem histórica do controle de constitucionalidade

Desde a Antiguidade Clássica havia uma distinção entre as normas que regulamentavam as relações de poder e as demais normas. Igualmente antiga, também é a necessidade de se fixar um limite ao próprio legislador, por meio de um controle judicial²².

Na civilização ateniense já havia uma distinção entre os chamados *nómos* (a lei em sentido estrito) e o *pséfisma* (traduzido para os tempos modernos, algo como um decreto). Os chamados *nómoi* estariam próximos às leis constitucionais, não apenas por tratarem

¹⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, p. 149.

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1439-40.

²¹ Idem, p. 1439-40.

²² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 45.

da organização do Estado, mas porque as modificações das leis (*nómoi*) somente ocorriam por meio de um procedimento especial. Cappelletti explica que, em alguns momentos da vida da *pólis* ateniense, tornou-se comum legiferar por *pséfísmata*, isto é, por decretos, declarando que

“era princípio fundamental aquele segundo o qual o decreto, qualquer que fosse o seu conteúdo, devia ser ‘legal’, seja na forma, seja na substância. Isto é, ele devia, como seríamos tentados a dizer, nós, juristas modernos, ser constitucional, ou seja, não podia estar em contraste com os *nómoi* vigentes – com as leis constitucionais vigentes”²³.

Em Atenas, a manifestação de mudança das leis era considerada uma situação de extrema gravidade, repercutindo de forma negativa para os que propunham uma reforma, principalmente caso não fosse aprovada ou fosse inoportuna.

No tocante a uma busca pelas liberdades democráticas, embora já se verificasse tal anseio em Atenas, foi apenas durante a Idade Média que o processo das declarações de direitos e dos mecanismos para sua proteção teve início²⁴.

O controle de constitucionalidade, na Idade Média, foi delegado à figura divina, surgindo a ideia de um contrato entre os governantes e os súditos, chamado *pactum subjectionis*. Por meio desse pacto, o povo submetia-se às determinações do príncipe, sendo que este assumia o compromisso de governar com justiça, tendo Deus como árbitro e como fiel da realização do contrato. Caso o príncipe violasse a obrigação de justiça, “exoneravam-se os súditos da obediência devida, pela intervenção do Papa, representante da divindade sobre a Terra”²⁵.

Os primeiros documentos que resguardavam os direitos individuais (p.ex., os pactos, os forais e as cartas de franquias) surgiram na Idade Média, ainda que poucos indivíduos deles se beneficiassem.

Com o fim do período medieval, foi necessário que os poderes para a construção de uma unidade governativa passassem para um único senhor. Para que esse fim fosse atingido, os senhores dos Estados nacionais obtiveram poderes ilimitados, uma vez que o

²³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 50.

²⁴ CASTANHATO, Camila. *O processo histórico do controle de constitucionalidade e as Constituições do Brasil*. Dissertação de mestrado em Direito na PUC/SP, 2006, p. 18.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.

objetivo principal desse momento histórico era o de consolidar um processo de transição que unificasse o território e o seu povo²⁶.

O surgimento das monarquias absolutas fez com que o direito fosse exercido de forma arbitrária, deixando de ser fruto da vontade divina (como no período da Idade Média) para, paulatinamente, transformar-se na vontade do soberano (com nítida influência do pensamento de Thomas Hobbes).

As ideias trazidas por Thomas Hobbes, em *Leviatã* (1651), por John Locke, em *Tratados sobre o governo civil* (1690), e por Jean Jacques Rousseau, em *Contrato Social* (1762), tendo em comum a síntese de que a sociedade era formada, primordialmente, por um acordo entre os homens, e não apenas pela prevalência da autoridade do governante advinda de um pacto, além da clara aceitação da doutrina jusnaturalista, todos esses fatores contribuíram para uma modificação paradigmática do pensamento até então visto²⁷.

Para Hobbes, as três causas principais de discórdia presentes na natureza do homem são a competição, a desconfiança e a glória:

“A primeira leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro; a segunda, a segurança; e a terceira, a reputação. Os primeiros usam a violência para se tornarem senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos dos outros homens; os segundos, para defenderem-nos; e os terceiros, por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma opinião diferente, e qualquer outro sinal de desprezo, quer seja diretamente dirigido às suas pessoas, quer indiretamente aos seus parentes, amigos, nação, profissão ou ao seu nome”²⁸

O papel do soberano, o qual é chamado por Hobbes de *Leviatã*,

“indomável e terrível dragão bíblico, é puramente utilitário. Na guerra de todos contra todos, há a necessidade de um pacto social entre os indivíduos-cidadãos, cada um renunciando à sua liberdade em favor do soberano absoluto”²⁹.

De Cicco informa que

“ao lado da idéia de um ‘estado de natureza’, deparamos também no século XVII com o nascimento da idéia de ‘contrato social’, para reprimir o Estado, na

²⁶ CASTANHATO, Camila. *O processo histórico do controle de constitucionalidade e as Constituições do Brasil*. Dissertação de mestrado em Direito na PUC/SP, 2006, p. 18.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.

²⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 108.

²⁹ JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo (orgs). *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p.130.

perspectiva de Locke, para manter a ordem social, na ótica de Hobbes, conforme a visão que cada um tem do 'homem no estado natural', bom ou mau. O importante é que a idéia de contrato social vai reaparecer no século XVIII com Rousseau e mesmo na idéia de 'Estado de Direito'³⁰.

Na doutrina jusnaturalista encontra-se fundamentação racional para a existência dos direitos naturais, situando o homem como o fundamento do poder político, sendo o poder pertencente ao povo, e este atuando como alicerce do próprio Direito. Com esse posicionamento, o indivíduo passa a obter direitos perante o Estado, e não somente a ter obrigações (como em tempos anteriores).

Com a chamada *positivação do direito natural*³¹ ocorreu a formação das Constituições rígidas (p.ex., a Constituição dos Estados Unidos)

“que, por um lado, afirmarão como preceitos de Direito Constitucional *positivo* os princípios ‘naturais’ e os ‘direitos inatos’, e por outro lado, oferecerão uma garantia *efetiva* de concreta aplicação daqueles princípios e de concreta tutela daqueles direitos”³².

Por meio dessa garantia, não seriam aplicadas leis contrárias aos preceitos constitucionais, vislumbrando-se uma espécie de *vontade permanente do povo*, a qual seria contraposta à vontade presente nas leis ordinárias, uma *vontade transitória e temporária*. Nogueira da Silva explica que

“a noção de precedência ou predomínio de determinados princípios é bastante anterior às constituições postas em textos consolidados. As regras de direito natural ‘regras para todos os tempos e todos os lugares’, tão antigas, mas tão atuais no corpo das Constituições modernas, são o testemunho vivo dessa afirmação. Sua própria existência e permanência nesses textos, e sobretudo o significado e a finalidade de sua inserção, não só fazem do controle de constitucionalidade o mecanismo cujo efeito imediato é a preservação dos princípios fundamentais, como mediatamente representa o elemento de interação e unidade da sociedade reunida em torno da Constituição; pois, é através do controle que se opera a fusão entre o conteúdo jurídico-político de um ordenamento e a mente social, pela sedimentação e acomodação dos valores de cada sociedade ao longo do tempo”³³.

³⁰ De Cicco, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 137.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 56.

³² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 56.

³³ NOGUEIRA DA SILVA, Paulo N. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: RT, 1992. p. 14. No mesmo sentido, Cappelletti expõe que: “embora o moderno constitucionalismo represente, pois em certo sentido, uma superação da doutrina jusnaturalista que, de fato, estava destinada a desaparecer e com frequência a ser menosprezada justamente no século XIX e na primeira metade do século XX - no entanto, não se pode negar algum fundamento a quanto hoje escreve um agudo filósofo do Direito, ou seja, que, sob determinado prisma, ‘as liberdades civis e políticas sobre as quais o Estado moderno se funda são conquistas do

1.2.1. O modelo inglês

Na Inglaterra, no início do século XVII, no conhecido *Doctor Bonham case* (1610), Sir Edward Coke inaugurou uma doutrina que reconhecia aos juízes a função de assegurar a prevalência do *common law* contra os arbítrios do legislador ou do soberano.

Os atos do Parlamento, assim como os atos praticados pelo Rei, não poderiam afrontar o direito consuetudinário, os costumes arraigados nas tradições britânicas. Caso a afronta ocorresse, os atos seriam nulos e, por consequência, excluídos do ordenamento jurídico .

Esse posicionamento, adotado também pelas colônias britânicas, contribui para a constatação de que as noções de *superioridade* e *dever de obediência* já eram admitidas amplamente.

Outro fator importante presente no modelo inglês foi a introdução de direitos e garantias fundamentais, “transformando assim em liberdade jurídica aquelas que antes e em outras ordenações nada mais eram do que simples liberdade de fato”³⁴, ainda que para favorecer apenas as classes mais privilegiadas, como atestam os seguintes documentos: *Magna Carta* (1215), *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) e *Bill of Rights* (1688).

Segundo Palu, a evolução do direito constitucional inglês pode ser dividida em quatro fases:

“(a) aquela anterior à conquista normanda de 1066; (b) aquela iniciada em 1066, passando pela concessão da *Magna Charta* pela primeira vez (1215), que foi cancelada e revalidada inúmeras vezes nas lutas entre o poder real e o baronato nos séculos seguintes, indo até o advento da dinastia dos Tudors (1485); nesse período formou-se a *commom law*; (c) uma outra fase, entre 1485 a 1832, passando pela luta entre o Rei e o Parlamento, de onde se tem como consequência a Petição de Direitos de 1628, a Revolução de 1648, a intercorrência República Britânica sob o protetorado de Cromwell, que em 1653 elaborou aquela que parece ter sido a primeira *Constituição escrita* do mundo, de vida efêmera, chamada de *instrument of government*, com 42 artigos, a Revolução de 1688 (*Glorious Revolution*) e a declaração de direitos de 1689 (nesse período surgiu um sistema complementar, às vezes rival, ‘das regras de equidade’); e (d) a fase contemporânea, de 1832 até hoje, com as reformas eleitorais tendentes ao alargamento do direito de sufrágio e à diminuição do poder da Câmara dos Lordes em favor da Câmara dos Comuns com membros eleitos por tempo determinado,

jusnaturalismo’, porque foi a doutrina política jusnaturalista que assentou os alicerces do moderno Estado de direito”. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 56-57.

³⁴ ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, p. 44.

bem como pela importância cada vez maior das leis frente ao sistema da *common law*³⁵.

Mesmo diante de tantos direitos e garantias constitucionais criados pelo sistema inglês, o mecanismo de controle da constitucionalidade não se mostrou atraente aos olhos do Parlamento. Em momento algum, a Inglaterra formulou uma Constituição escrita, havendo apenas elaborado alguns fragmentos nos quais estão apresentados seus princípios basilares.

Por essas razões, vigorou, de forma sedimentada, a tese em defesa da supremacia do Parlamento. Em outras palavras, os juízes deveriam ter como atribuição apenas a aplicação da *statutory law*, votada pelo Parlamento.

Como se pode deduzir, se a vontade do Parlamento for ilimitada, mesmo que seja a expressão da maioria, e ante a ausência de uma Constituição escrita, não haverá espaço para a formação de um mecanismo de controle de constitucionalidade das leis³⁶.

1.2.2. O modelo norte-americano

O modelo inglês, visto no tópico anterior, serviu de alicerce para a propagação do direito constitucional nos países ocidentais, principalmente nos EUA³⁷.

Segundo Tavares, o *judicial review* deriva do *common law* inglês:

“Nas colônias britânicas pré-independência vigorava a superioridade das leis da metrópole, de maneira que as noções de *superioridade e dever de obediência* já eram aceitas amplamente. Em outras palavras, pode-se afirmar que havia uma cultura estabelecida pela idéia de hierarquização. É compreensível, pois, que por ocasião da independência, em 1776, as ex-colônias preservassem a idéia que é a essência do fenômeno: as antigas Cartas do Reino deveriam ser substituídas por uma Carta ou Lei Fundamental dos novos estados independentes, cuja observância e aplicação dar-se-ia nos mesmo termos até então vigentes. Em termos mais precisos:

‘A afirmação da preeminência judicial pelo Ministro-Presidente Marshall em *Marbury v. Madison* não caiu como um raio, de céu azul. Os colonos americanos já

³⁵ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: RT, 1999, p. 94.

³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 56.

³⁷ Romano esclarece que, “quando os atuais Estados Unidos eram simples colônias inglesas, possuíam ordenações que, pelo seu conteúdo e substância ou pela sua formal eficácia, deviam ser consideradas como cópia daquela da metrópole. Logo após a sua separação, os Estados independentes que se formaram, tiveram ordenação que se, juridicamente, era totalmente emancipada da inglesa, de fato com ele tinha substanciais e íntimas afinidades. Quando, a 15 de maio de 1776, o Congresso de Filadélfia lhes propôs a elaboração de constituições próprias, foram por eles redigidas as primeiras cartas constitucionais, que representavam uma ordenação simplificada que conserva os caracteres fundamentais não obstante profundas modificações e adaptações da inglesa, que ao contrário, como já foi dito, estava dispersa numa infinidade de textos e documentos acumulados pelos séculos e, mais ainda, nas tradições e costumes. Foi, então precisamente, que teve início aquele sistema de constituições escritas”. ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, p. 48-9.

estavam familiarizados com a prática de serem os atos das assembléias confrontados, pelos tribunais, com os estatutos e, possivelmente, vetados pelo Conselho Privado, na Inglaterra'. (MASON, 1962:71)"³⁸.

Com a formulação de uma Constituição escrita, tornando-a norma principal do ordenamento jurídico, norma suprema perante as demais leis infraconstitucionais, sedimenta-se o princípio basilar do controle de constitucionalidade, o da Supremacia da Constituição.

Para que a Constituição firmasse seu papel de norma suprema, seu texto não poderia sofrer mudanças de modo simples ou simplificado, razão pela qual Cappelletti explica que

"a Constituição norte-americana representou, em síntese, o arquétipo das assim chamadas Constituições 'rígidas', contrapostas às Constituições 'flexíveis', ou seja, o arquétipo daquelas Constituições que não podem ser mudadas ou derogadas, através de leis ordinárias, mas, eventualmente, apenas através de procedimentos especiais de revisão constitucional"³⁹.

A Constituição norte-americana, de 1787, já no artigo VI, cláusula 2ª, trouxe de forma precisa a importância de suas normas e apresentou, de maneira inovadora, mecanismos de poder e de dever aos juízes, com a finalidade de negar eficácia a leis contrárias à Constituição⁴⁰.

Em 1803, a *judicial review* foi materializada no direito constitucional americano no famoso caso *Marbury v. Madison*, ocorrido no período de transição entre o final do governo do federalista John Adams e o início do governo do republicano Thomas Jefferson.

Antes do republicano Thomas Jefferson assumir o cargo de Presidente dos EUA, o ainda Presidente federalista John Adams conseguiu alterar a legislação referente à estrutura do Judiciário, reduzindo o número de Ministros da Suprema Corte e criando

³⁸ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 46.

⁴⁰ Cappelletti expõe ainda que: um dos fatores que diretamente favoreceram o nascimento e o desenvolvimento do sistema norte-americano da *judicial review* e, portanto, daquilo que foi chamado a *supremacia do poder judiciário* ou, também, o *governo dos juízes*, tenha sido exatamente o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta *supremacia do Parlamento* em relação aos outros poderes (e, por conseguinte, também relativamente ao poder judiciário): paradoxalmente, a 'supremacia do parlamento' na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada 'supremacia dos juízes' nos Estados Unidos da América". CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 57-8.

dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos por federalistas, além de, em fevereiro de 1801, por uma nova lei, nomear mais quarenta e dois juízes de paz.

A questão propriamente dita teve início quando um dos juízes de paz, William Marbury, não foi empossado até o último dia do encerramento do governo federalista. No momento em que o republicano tomou posse, o então Secretário de Estado, James Madison, recusou-se a proceder aos atos de investidura dos juízes nomeados, mas não empossados.

Ante esse impasse, Marbury formulou pedido à Suprema Corte, com fundamento na lei de 1789, para que analisasse o caso.

Fato é que antes da decisão pela Suprema Corte, o Senado revogou a lei de reorganização do Judiciário federal (criada por Adams), extinguindo todos os cargos por ela criados. Deve-se registrar, também, que a Suprema Corte não realizou sessões até 1803. Barroso explica que

“esse quadro era agravado por outros elementos de tensão, dentre os quais é possível destacar dois: a) Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumpri-la; b) a partir do início de 1802, a Câmara deflagrou processo de *impeachment* de um juiz federalista, em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte”⁴¹.

Ainda no meio desse conflito, a análise do caso mais emblemático dos EUA teve início.

A partir do momento em que o caso foi submetido e analisado pela Corte, o juiz John Marshall enfrentou vários impasses, tais como se o *writ of mandamus* consistia em uma via própria para o caso e, se a resposta fosse positiva, se a competência para tal decisão era da Suprema Corte.

Resolvido o primeiro embate, reconhecendo-se a possibilidade do *writ*⁴², Marshall se deparou com o segundo: a competência da Suprema Corte para a resolução da *quaestio*.

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

⁴² “Marshall, assim, examinou a possibilidade de se emitir uma determinação dessa natureza a um agente do Poder Executivo. Sustentou, então, que havia duas categorias de atos do Executivo que não eram passíveis de revisão judicial: os atos de natureza política e aqueles que a Constituição ou a lei houvessem atribuído a sua exclusiva discricionariedade. Fora essas duas exceções, onde a Constituição e a lei impusessem um dever ao Executivo, o Judiciário poderia determinar seu cumprimento. Estabeleceu, dessa forma, a regra de que os atos do Poder Executivo são passíveis de controle jurisdicional, tanto quanto a sua constitucionalidade como quanto a sua legalidade.

O *Chief of Justice* Marshall posicionou-se a favor da competência da Suprema Corte, com a justificativa de que o § 13, da Lei Judiciária de 1789, estava eivado de inconstitucionalidade, por criar uma hipótese de competência originária para a Suprema Corte que não estava prevista nem autorizada pelas dispostas no artigo 3º da Constituição. Em síntese: uma lei ordinária não poderia estabelecer uma competência à Suprema Corte sem que a Constituição dispusesse a respeito ⁴³.

Cappelletti, ao comentar esse caso, expõe que

“na causa *Marbury versus Madison* de 1803, na qual a alternativa entre Constituições flexíveis e a necessidade de uma escolha entre uma e outra das duas soluções encontram-se enunciadas com insuperável clareza. É de todo evidente – diz-se com precisão naquela sentença – que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária. Não há meio termo entre estas duas alternativas. Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ele é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do poder legislativo” ⁴⁴.

Referindo-se à supremacia da Constituição, complementa Ruy Barbosa:

“Em qualquer país de Constituição escrita há dois graus na ordem da legislação: as leis constitucionais e as leis ordinárias. Nos países federalizados, como os Estados Unidos, como o Brasil, a escala é quádrupla: a Constituição Federal, as leis federais, as Constituições dos Estados, as leis destes. A sucessão, em que acabo de enumerá-las, exprime-lhes a hierarquia legal. Ela traduz as regras de precedência, em que a autoridade se distribui por essas quatro espécies de leis. Dado o antagonismo entre a primeira e qualquer das outras, entre a segunda e a as duas subseqüentes, ou entre a terceira e a quarta, a anterioridade na graduação indica a precedência na autoridade. Uma vez manifesta a colisão, está *ipso facto* resolvida” ⁴⁵.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p 7.

⁴³Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*: ‘Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação’. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição*: ‘Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo’. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que é o *Poder Judiciário o intérprete final da Constituição*: ‘É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual se aplicam’. Idem, p. 8.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 47-8.

⁴⁵ BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003, p. 57.

Ante tais considerações e associando-as ao caso *Marbury v. Madison*, que comprova o início do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, tencionou-se deixar “assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham”⁴⁶.

1.2.3. O modelo austríaco

Na Europa, o controle de constitucionalidade somente teve início com a Constituição austríaca, em 1920, sob a influência de Hans Kelsen, uma vez que, à época, assim como nos demais países europeus do começo do século, prevalecia a absoluta supremacia do Parlamento, fato que impossibilitava o exercício do *judicial review*⁴⁷ pelos membros do Poder Judiciário.

Clève, ao comentar o pensamento kelseniano, explica que “ao jurista austríaco parecia claro que a fiscalização da constitucionalidade não é função própria do Judiciário, constituindo antes uma espécie de função constitucional autônoma, de certo modo comparável à função legislativa negativa”⁴⁸. Por esse raciocínio, seria necessária a criação de um Tribunal Constitucional autônomo, independente dos demais Poderes.

Para Kelsen, com a criação de uma Corte Constitucional, o controle de constitucionalidade, exercido de forma concentrada ou por ação, deve ser exercido por um único órgão, formado especificamente para analisar as questões constitucionais, não sendo admitida essa análise por tribunais ordinários.

Ainda nesse sentido, Kelsen declara que,

“caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo -, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados. A função política da Constituição é estabelecer

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10.

⁴⁷ Cappelletti esclarece que o sistema de controle concentrado está baseado numa doutrina totalmente oposta ao controle difuso. “Com efeito, é óbvio que no sistema ‘concentrado’ não vale mais o clássico raciocínio de Hamilton e de Marshall, que resolvia – ao menos aparentemente – o problema da lei inconstitucional e do seu controle judicial em plano de mera interpretação e de conseqüente aplicação ou não aplicação da lei. Em lugar daquele raciocínio, vale aqui, antes, a doutrina da supremacia da lei e/ou da nítida separação dos poderes, com a exclusão de um poder de controle da lei por parte dos juízes comuns”. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1999, p.84.

⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 68.

limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados”⁴⁹.

Esse controle concentrado, que surge com as ideias de Kelsen, vedava aos juízes de primeiro grau a apreciação de questões de inconstitucionalidades, atribuindo, com exclusividade, à Corte Constitucional a competência para apreciar tais questões, razão pela qual se justifica a concentração nessa modalidade de controle. Nos dizeres de Kelsen,

“se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos de Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. Um recurso de instância análogo ao processo judicial está excluído quando só existe um órgão legislativo central. Então, só ao próprio órgão legislativo ou a um órgão diferente dele – p.ex., ao tribunal que tem de aplicar a lei, ou tão-somente a um tribunal especial – pode ser conferida competência para decidir a questão da constitucionalidade de uma lei. Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber quem há de fiscalizar a constitucionalidade das leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso, mesmo feitos competentes para efetuar esse controle. Visto que os tribunais são competentes para aplicar as leis, eles têm de verificar se algo cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei também objetivamente tem esse sentido. E só terá esse sentido objetivo quando for conforme à Constituição (...). Se o controle de constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito”⁵⁰.

O modelo austríaco impedia que os juízes de primeiro grau apreciassem a inconstitucionalidade, admitindo apenas duas hipóteses para que os juízes deixassem de aplicar uma lei, após a análise e o cumprimento de formalidades legais: se o texto da publicação está de acordo com o original aprovado pelo Parlamento, ou se há algum vício de forma da lei.⁵¹

A lei inconstitucional apenas deixaria de ser aplicada no momento em que a corte constitucional assim a declarasse. Dessa forma, a lei inconstitucional seria apenas

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 240 e segs.

⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 288-290.

⁵¹ FIGUEIREDO, Marcelo. Ação Declaratória de Constitucionalidade – Inovação Infeliz e Inconstitucional. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1995, n. 9, p. 186.

anulável, produzindo efeitos até sua retirada do mundo jurídico, em atendimento aos objetivos da segurança jurídica⁵².

Cappelletti, ao comentar o sistema de controle concentrado ou *método austríaco*, explica que,

“na verdade, no sistema de controle ‘concentrado’, a inconstitucionalidade e conseqüente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser acertada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito válido nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional. Ao contrário, aos juízes comuns – civis, penais, administrativos – são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum* e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis”⁵³.

Kelsen ainda aponta outra hipótese (agora passível de ser exercida pelo Poder Legislativo) para a possibilidade de apenas anular as leis contrárias à Constituição, ora explicado por Tavares, ao declarar que “o legislador está autorizado a interpretar as leis, e, assim, essa sua interpretação deve ser respeitada até que sobrevenha uma decisão contrária (do Tribunal Constitucional)”⁵⁴.

Uma acirrada controvérsia sobre qual órgão deveria cumprir o controle de constitucionalidade das leis surge entre Hans Kelsen, defensor de um controle jurisdicional, e Carl Schmitt, favorável a um controle realizado pelo Presidente do Reich.

Com base na teoria de Benjamin Constant, Carl Schmitt sustenta que o presidente é o protetor da Constituição, por ser independente dos partidos políticos, embasando-se na Constituição de Weimar, no artigo 48, a qual determina ao presidente a função de *salvaguardar a Constituição e as leis do Reich*⁵⁵.

Schmitt também explica que o guardião da Constituição seria um órgão com *poder especial neutro*, que estaria ao lado dos demais poderes e não acima, condição que possibilitaria o equilíbrio e a harmonia entre eles⁵⁶, mas vinculada ao presidente do Reich, uma vez que

“a posição do presidente do Reich, eleito pela totalidade do povo, só pode ser construída com a ajuda de uma teoria mais desenvolvida de um poder neutro,

⁵² BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 19.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1999, p.84-5.

⁵⁴ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 267.

⁵⁵ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 78 e segs.

⁵⁶ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 193-4.

intermediário, regulador e preservador. O presidente do Reich está munido de poderes que o tornam independente dos órgãos legislativos, embora esteja vinculado, simultaneamente, à referenda dos Ministros dependentes da confiança do parlamento(...). O peculiar equilíbrio, frequentemente discutido, do elemento constitucional plebiscitário com o parlamentar, a relação de uma independência do parlamento do Reich devido aos poderes autônomos com uma dependência devido à exigência geral da referenda ministerial (artigo 50 da Constituição do Reich), a execução pelo Reich, *i.e.*, proteção da Constituição do Reich perante os Estados e, por fim, a proteção da Constituição (diferentemente da norma constitucional em particular) conforme o artigo 48 da Constituição do Reich”⁵⁷.

A tese de Schmitt está, portanto, fundamentada na legitimidade do presidente do Reich, na medida em que sua posição advém dos votos do povo, quando da realização de eleições. Essa forma eletiva seria, para Schmitt, mais autêntica, neutra e mediadora.

Kelsen, entretanto, questiona esse poder neutro estabelecido por Schmitt, alegando que há um paradoxo, posto que, se os magistrados constitucionais não possuem neutralidade, pressupõe-se, por consequência, igual falta de neutralidade por parte daquele que os indica, no caso, o presidente do Reich. Nos dizeres de Tavares,

“a teoria política tem demonstrado que a legitimidade da origem não é suficiente para garantir a legitimidade do exercício do poder, porque não está o ocupante do cargo eletivo obrigado a seguir as determinações de seus eleitores, nem mesmo as próprias promessas de campanha”⁵⁸.

Na Áustria, a fiscalização da constitucionalidade pelo controle concentrado perdurou até a reforma constitucional de 1929⁵⁹. Após essa reforma⁶⁰, passou-se a admitir o controle concreto de constitucionalidade, provocado no curso de uma demanda judicial e pelo qual seria possível a aplicação de efeito retroativo à decisão anulatória proferida pela Corte.

O controle difuso, contudo, pode ser provocado apenas pelos órgãos de segunda instância. Aos demais órgãos da magistratura ordinária compete tão-somente a aplicação

⁵⁷ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 201.

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 81.

⁵⁹ “Na origem, isto é, na Constituição de 1920, o direito de pedir a tutela constitucional pertencia ao Governo federal contra as leis provinciais, e aos governos provinciais contra as leis federais; além disso, por iniciativa de Kelsen, então conselheiro do chanceler Renner, estava previsto que a Corte não se manifestaria de ofício sobre a constitucionalidade de uma lei, se essa lei devesse servir de base a uma de suas decisões. Revisões constitucionais permitiram instituir, em 1925, um controle preventivo; em 1929, foi instituído um controle constitucional, reservado à Corte Administrativa e à Corte Suprema de Justiça, que foi estendido, em 1975, às Cortes de Apelação assim aos parlamentares e aos indivíduos”. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, p. 48.

⁶⁰ Cabe esclarecer que a atuação de Kelsen deu-se até a reforma constitucional de 1929, pois em 1933 deu-se o golpe de Estado e a Corte Constitucional foi substituída por uma Corte Federal (reforma constitucional de 1934). E novamente em 1938, a Corte foi suprimida por conta da ocupação da Áustria pela Alemanha (2ª Guerra Mundial).

da lei, inclusive quanto sobre ela haja questionamentos sobre a sua constitucionalidade, sobre a sua compatibilidade com a norma constitucional⁶¹.

Com este breve panorama sobre o início e o desenvolvimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos e em alguns países europeus, torna-se possível a passagem para uma análise do controle de constitucionalidade presente no ordenamento jurídico brasileiro.

⁶¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 68-9.

CAPÍTULO II

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1. Panorama histórico nas Constituições

O Brasil, em 1822, já possuía um governo próprio, situado na cidade do Rio de Janeiro, com seu respectivo ministério e, com isso, conseguia, aos poucos, independência em relação a Portugal⁶².

O processo de independência do Brasil foi, entretanto, diferente dos demais países das Américas, porque não acompanhou o modo republicano, mas monarquista⁶³.

2.1.1. A Constituição de 1824

No período do Império, o direito brasileiro era influenciado, principalmente, pelos governos inglês e francês. Como em ambos os países não havia qualquer atuação do Judiciário em relação à fiscalização da constitucionalidade, somente imperavam a supremacia do Parlamento (influência inglesa) e a atuação da vontade geral exercida pelo Legislativo (influência francesa)⁶⁴.

⁶² BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 9ª ed. Brasília: OAB, 2008, p. 99.

⁶³ “Um movimento que poderia ter sido fortemente influenciado pelo sopro das novas idéias liberalizantes acabou preso às circunstâncias européias, que eram então de retorno ao absolutismo monárquico e de enfraquecimento dos parlamentos. Essas circunstâncias históricas se tornaram muito poderosas para serem ignoradas. Só uma figura forte como a do monarca poderia garantir o processo de separação de Portugal com o mínimo de traumas e de violência. Sendo assim a Constituinte, em que pese o universo de escolha então extremamente restrito em que foram eleitos os deputados, viu o liberalismo que a impregnava colidir com o autoritarismo do Monarca. Esse desencontro veio a ser fatal, tanto para o destino da própria Assembléia Constituinte dissolvida pelo Imperador – como para o próprio destino político do País ao longo de quase sete décadas de sua história”. Idem, p. 99.

⁶⁴ Ao explicar o modelo francês, Clève acentua que “os franceses desconfiam da fiscalização da constitucionalidade exercida pelo Judiciário. Além da peculiar e rígida concepção do princípio da divisão de poderes que advogam, outros dois fatores contribuíram para forjar a experiência constitucional francesa. Primeiro, o entendimento desenvolvido desde a revolução de 1789, segundo o qual a lei constitui expressão da vontade geral, por isso a soberania da nação reside no Parlamento. Se é assim, se o Parlamento é soberano e se sua obra constitui a expressão da vontade geral, então não há razão para dela desconfiar. Segundo, os abusos cometidos pelos juízes (*Parlements*), no período que procedeu a revolução, determinou, de certo modo, a desconfiança dos franceses em relação ao Judiciário. Tal desconfiança, por sua vez, influenciou de forma decisiva a organização do Poder Judiciário na França. Um poder neutro, mudo, cuja única função é aplicar a lei, sem questioná-la, porém. Somente com a Constituição de 1958 o país experimentou um ‘authentique controle de La constitutionnalité des lois’. Embora o Conselho Constitucional seja dotado de caráter marcadamente político, não exercendo, portanto, no que se refere à fiscalização de constitucionalidade, função jurisdicional, foi organizado de modo a alcançar uma importância hoje, pouco contestada no quadro das instituições francesas.” CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 60-1.

Com a Revolução Francesa de 1789, o princípio da separação dos poderes era visto de forma rígida, na medida em que o Judiciário não poderia intervir nos assuntos do Executivo, tampouco do Legislativo, e vice-versa.

A influência inglesa fez com que o Judiciário em nada contribuísse para o controle de constitucionalidade, pelo simples fato de que uma soberania ilimitada cabia ao Parlamento, podendo fazer tudo, “exceto transformar a mulher em homem ou vice-versa”⁶⁵.

A Constituição Imperial de 25 de março de 1824, em seu artigo 13, estatuiu que a Assembleia Geral exercia o Poder Legislativo⁶⁶, e sua competência era, dentre outras, a de fazer, interpretar, suspender e revogar leis⁶⁷. A competência de *guarda da Constituição*⁶⁸, portanto, era ainda do Poder Legislativo (Assembleia Constituinte).

Com isso, alguns autores vislumbram, na Constituição de 1824, uma forma incipiente de controle de constitucionalidade.

Além dos dispositivos citados, Garcia, em artigo a respeito da possibilidade do cidadão, como intérprete da Constituição, interpor as “medidas necessárias à sua defesa”⁶⁹, lembra que o artigo 179, XXX, da Constituição de 1824, delega ao cidadão a defesa da Constituição⁷⁰. Esse registro tornaria possível o entendimento de que, já na Constituição Imperial, haveria uma forma de controle de constitucionalidade.

2.1.2. A Constituição de 1891

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, além de ter sido primeira Constituição da República, foi a que introduziu, de forma explícita, o controle difuso de constitucionalidade, como resultado da influência exercida pela doutrina norte-americana, trazida por Ruy Barbosa.

Com esse novo posicionamento, a atuação de defesa da Constituição passou para o Supremo Tribunal Federal, que passou a ocupar o espaço do antigo Tribunal de Justiça.

⁶⁵ Frase de Cappelletti citada por CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 58.

⁶⁶ “Artigo 13. O Poder Legislativo é delegado à Assembléa Geral com a sanção do Imperador”.

⁶⁷ “Artigo 15. É da atribuição da Assembléa Geral: (...) VIII. Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”.

⁶⁸ “Artigo 15 (...) IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da nação”.

⁶⁹ GARCIA, Maria. O cidadão, intérprete da Constituição. In: *Revista de Direito Constitucional Internacional*, n. 48, jul.-set. 2004, p. 102-113.

⁷⁰ “Artigo 179. A inviolabilidade dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: (...) XXX. Todo o cidadão poderá apresentar por escrito ao Poder Legislativo e ao Executivo reclamações, queixas ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição, querendo perante a competente autoridade a efectiva responsabilidade dos infractores”.

A competência dada ao Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade das leis foi estabelecida no artigo 59, § 1º, a⁷¹.

Nos artigos 59 a 61 da Constituição de 1891, extrai-se que a validade de atos ou leis estaduais, em face da Constituição, podia ser analisada pela Justiça Estadual. Sendo assim, a Justiça Estadual estava apta a declarar a inconstitucionalidade de atos ou leis estaduais contrárias à Constituição. Caso os órgãos judiciais de última instância dos Estados observassem a constitucionalidade de tais atos ou leis estaduais, caberia recurso ao Supremo Tribunal Federal⁷².

O controle difuso de constitucionalidade foi inaugurado com a Lei Federal nº 221, de 24 de novembro de 1894, que no seu artigo 13, § 10º, assim determina: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos correntes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

2.1.3. A Constituição de 1934

A Constituição de 16 de julho de 1934 é um dos resultados do Movimento de 1930, das mudanças ocorridas durante o Governo Provisório e da Revolução Constitucionalista de 1932. Esses fatores contribuíram para uma maior preocupação com as questões sociais, como se poderá observar a seguir.

Não dispostos na Constituição de 1891, ao introduzir dois títulos, sendo um destinado à ordem econômica e social, e outro, à família, educação e cultura, o texto de 1891 estabeleceu, juridicamente, uma democracia social até então não vista⁷³.

⁷¹ “Artigo 59. Ao Supremo Tribunal compete:

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

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

⁷² “Artigo 60. Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: [...]; Artigo 61. As decisões dos Juízes ou Tribunais dos Estados nas matérias de sua competência porão termo aos processos e às questões [...]; Artigo 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] § 1º. Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: [...] b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

⁷³ “A ditadura do Governo Provisório e suas iniciativas no campo social apresentavam um novo figurino tocante ao exercício do poder, volvido agora para aspirações menos oligárquicas e mais identificadas com a classe média e as classes obreiras, cuja consciência a liderança revolucionária de 1930 despertou, até convertê-la num fator novo de suma importância para a nossa história constitucional subsequente. [...]. O teor social domina pois a Constituição de 1934, ocorrendo em relação à de 1891 uma justaposição hegemônica de valores, cuja incorporação ao texto recente não importou todavia em supressão dos direitos e garantias já contidas na primeira declaração republicana, de marcado cunho individualista”. BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 9ª ed. Brasília: OAB, 2008, p. 327.

No artigo 91, IV, atribuiu competência ao Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Com isso, o constituinte pretendeu criar uma maneira de dar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal⁷⁴.

Também incluiu, no artigo 179, a competência dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade, somente por voto da maioria absoluta, *in verbis*: “Artigo 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

Introduziu, ademais, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, e sujeita à competência do Supremo Tribunal Federal, visando assegurar os princípios constitucionais sensíveis⁷⁵.

2.1.4. A Constituição de 1937

Trata-se de uma Constituição *nominal* ou *semântica*, na medida em que sua aplicação, a partir de 10 de novembro de 1937, tinha por fim legitimar o golpe perpetrado pelo ditador.

Criada no período ditatorial, a Constituição de 1937 praticamente eliminou o controle de constitucionalidade previsto pela Constituição de 1934, retirando os artigos que tratavam da representação interventiva e da competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF.

Previu, ainda, a possibilidade de nulidade da eficácia das decisões do Judiciário, ao estabelecer no artigo 96, parágrafo único, que, “no caso de declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal”. Nos dizeres de Bonavides:

⁷⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 85.

⁷⁵ Conforme artigo 12 da Constituição Federal de 1934. “Artigo 12. A União não intervirá em negócios peculiares aos estados, salvo: v – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h do artigo 7º, n. I, e a execução das leis federais. § 2º. Ocorrendo o primeiro caso do n. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a inconstitucionalidade”.

A Constituição de 1937, enfim, está na base do surgimento de uma burocracia estatal com pretensões legislativas, de um Poder Executivo centralizado e extremamente forte, de um Legislativo pulverizado e convertido em Conselho Administrativo. Ela é o reflexo de uma corrente autoritária de pensamento que subjugou nossas melhores esperanças democráticas. E nos colocou ante o desafio de uma espantosa atualidade, agora que mais um período constituinte se encerra e que as conquistas alcançadas pelo novo texto devem ser defendidas com todos os recursos democráticos de que dispusermos. A Constituição de 37 não respeitou nem mesmo seu próprio texto, concentrando direitos numa única pessoa (o Presidente). Ela foi o biombo de uma ditadura que sequer tinha preocupações com os disfarces.

Mas entre o autoritarismo de Vargas e o dos militares do movimento de 64 soprou um vento renovador e liberal em solo brasileiro: o da Constituição de 1946⁷⁶.

2.1.5. A Constituição de 1946

A democracia foi retomada com a Constituição de 18 de setembro de 1946, pois recuperou o princípio federativo, estabelecendo uma importante autonomia para os Estados e Municípios. Instalou, ainda, a liberdade de culto e a de pensamento, esta limitada apenas no que dizia respeito aos espetáculos e às diversões públicas.

No tocante à tripartição dos poderes, a Constituição de 1946 almejou tratar do Poder Legislativo e do Judiciário com mais dignidade e com características de um regime mais democrático.

Foi mantida a competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Judiciário. Além disso, a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade também permaneceu no artigo 200.

A Emenda Constitucional nº16, de 1965, ainda na vigência da Constituição de 1946, trouxe uma inovação ao controle de constitucionalidade, instituindo a denominada ação genérica de inconstitucionalidade⁷⁷, passando o Supremo a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação do Procurador-Geral da República.

Deve-se ressaltar que a representação criada pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, em nada se parece com a representação interventiva. Nos dizeres de Clève:

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 9ª ed. Brasília: OAB, 2008, p. 339.

⁷⁷ Artigo 101, I, k, da Constituição de 1946. "Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – processar e julgar originariamente: k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República".

Consiste esta em mecanismo de solução de conflito entre a União e uma coletividade política estadual. Por isso, apenas a violação dos princípios constitucionais sensíveis pode autorizar a sua propositura pelo Procurador-Geral da República. Cuida-se, ao contrário, o mecanismo instituído pela Emenda 16/65, de representação genérica, apta a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição. A representação interventiva implica uma fiscalização concreta da constitucionalidade embora realizada em sede de ação direta; presta-se exatamente para a solução de um conflito federativo. Com a representação genérica, ao contrário, manifesta-se o modo de fiscalização abstrata da constitucionalidade, já porque em semelhante situação estará em jogo a compatibilidade, em abstrato (em tese), de um dispositivo normativo infraconstitucional contrastado com a Lei Fundamental da República⁷⁸.

Essa Emenda Constitucional nº 16, de 1965 também registrou a autorização aos Tribunais de Justiça de declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato de Município em conflito com a Constituição do Estado, conforme artigo 124, XIII, inserido na Constituição de 1946⁷⁹.

Pelo exposto, foi com a Emenda Constitucional nº16, de 1965, que o ordenamento jurídico adquiriu seu formato próximo ao que hoje se conhece, atribuindo-se competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual contrário à Constituição.

2.1.6. A Constituição de 1967

"*A Constituição de um Congresso mutilado*"⁸⁰, segundo conceito de Bonavides para a Constituição de 24 de janeiro de 1967, representou um fortalecimento do Poder Executivo pelos militares ocupantes do governo e um impedimento para que os representantes do povo atuassem na apreciação de atos institucionais.

Registre-se que, no período entre abril de 1964 e dezembro de 1966, houve a edição de quatro atos institucionais e de quinze emendas constitucionais.

No tocante ao controle de constitucionalidade, ademais, não foi conservado o artigo que autorizava a ação genérica estadual, criado pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Com relação à representação interventiva, a competência para suspender o ato

⁷⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 88-9.

⁷⁹ "Artigo 124. Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos artigos 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

(...) XIII – a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado".

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 9ª ed. Brasília: OAB, 2008, p. 433.

estadual foi transferida para o Presidente da República⁸¹. Manteve-se, ainda, a mesma competência do Senado, preservando-se a regra da maioria absoluta, chamada pela doutrina de reserva do plenário⁸².

2.1.7. Emenda Constitucional nº 1, de 1969

A Constituição de 1967 foi substituída pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, adaptando os vários atos institucionais e complementares.

Nos dizeres de Bonavides, “não há, pois, Constituição de 1969, mas de 1967, cujo sistema não foi alterado pela Emenda n. 1, embora tenha promovido algumas modificações no seu texto”⁸³.

Embora a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, em na da tenha alterado o regime de controle de constitucionalidade, na Emenda Constitucional n. 5, de 1977, estabeleceram-se algumas modificações, a saber: a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a representação interposta pelo Procurador-Geral da República, para interpretação de lei ou ato normativo⁸⁴; e a criação da advocatária⁸⁵, tendo como objetivo suspender decisões à luz de argumentos políticos, como os de grave lesão à ordem pública, econômica ou financeira.

2.2. A Constituição de 1988

Foi na Constituição de 5 de outubro de 1988 que se obteve maior participação popular, quer seja por meio de entidades de classe, dos representantes no Congresso ou, inclusive, mediante os novos recursos de representação popular.

⁸¹ “Artigo 11, Compete ao Presidente da República decretar a intervenção: § 2º. Nos casos dos itens VI e VII do artigo 10, o decreto do Presidente da República limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida tiver eficácia”.

⁸² “Artigo 45. Compete privativamente ao Senado: (...) IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Artigo 111. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

⁸³ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 9ª ed. Brasília: OAB, 2008, p. 448.

⁸⁴ “Artigo 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originariamente: (...) I) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

⁸⁵ “Artigo 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originariamente: (...) o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja advocação 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 de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.

Pode-se afirmar que a Constituição de 1988 avança, na medida em que estabelece o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*, ao reforçar a proteção dos direitos e das liberdades individuais, bem como ao devolver ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido retiradas pela ditadura militar, e ao prever a defesa do meio ambiente, a ampliação do acesso à educação e a garantia dos direitos indígenas.

O Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, passou a responsabilidade de zelar pelas leis federais para o Superior Tribunal de Justiça, e ganhou maiores funções no papel de guardião da Constituição, de acordo com o *caput* do artigo 102 da Constituição de 88.

Inovou o Constituinte de 1988 em relação aos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade⁸⁶, deixando de ser prerrogativa exclusiva do Procurador-Geral da República e passando a abarcar o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, confederações sindicais ou entidades de classe no âmbito nacional.

Outras tantas e grandes mudanças ocorreram com a promulgação da Constituição de 1988, tais como: 1) competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o mandado de injunção (artigo 102, I, *q*), sendo este uma ação constitucional criada para suprir, no caso concreto, omissões normativas, descumprimento na produção de normas viabilizadoras de direitos constitucionais; 2) o recurso extraordinário passou a ter característica puramente constitucional e, para sua admissão, terá o recorrente de demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso⁸⁷ (artigo 102, III e artigo 102, § 3); 3) a criação da Ação de Descumprimento de Preceito

⁸⁶ Com a Emenda Constitucional n. 3 de 1993 instituiu-se no artigo 103 a ação declaratória de constitucionalidade de lei.

⁸⁷ “O Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada em recurso extraordinário, reconheceu a repercussão geral da matéria versada no recurso quanto à declaração de inconstitucionalidade, constante do acórdão impugnado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da expressão “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições”, contida no inciso I do artigo 7º da Lei 10.865/2004, considerada a letra a do inciso III do § 2º do artigo 149 da CF. Determinou-se a devolução à origem de todos os demais recursos idênticos, que tenham sido interpostos na vigência do sistema da repercussão geral, e a comunicação da decisão aos presidentes do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, e dos coordenadores das Turmas Recursais, para que suspendam o envio ao Supremo Tribunal Federal dos recursos que versem a matéria, sobrestando-os.” RE 559.607-QO/SC, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 26-9-07, Informativo 481.

Fundamental⁸⁸ (artigo 102, § 1); 4) a necessidade da manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade interpostas, como nos demais casos de competência do Supremo Tribunal Federal (artigo 103, § 1.); 5) a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁸⁹ (artigo 103, § 2); 6) a obrigatoriedade da citação do Advogado-Geral da União para defesa das ações de inconstitucionalidade impugnadas (artigo 103, § 3); 7) a competência dada aos Estados-membros para ingressar com ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais perante a Constituição Estadual (artigo 125, § 2.); 8) aprovação pelo Supremo Tribunal Federal de súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal⁹⁰ (artigo 103-A, acrescentado pela Emenda Constitucional nº45, de 2004).

2.2.1. Características gerais do controle de constitucionalidade

(Controles preventivo e repressivo)

O controle prévio ou preventivo ocorre na pendência do processo legislativo, ou seja, sua atuação se dará no momento da elaboração da lei, antes de sua entrada em

⁸⁸ "Os legitimados para propor arguição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em *numerus clausus*, no artigo 103 da Constituição da República, nos termos do disposto no artigo 2º, I, da Lei n. 9.882/99. Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na Constituição Federal. Idoneidade da decisão de não-conhecimento da ADPF." ADPF 75-AgR/ SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 2-6-06.

⁸⁹ "Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar a lei complementar a que se refere o § 4º do artigo 18 da Constituição Federal, na redação dada pela emenda constitucional n. 15/1996. Ação julgada procedente. A Emenda Constitucional n.15, que alterou a redação do § 4º do artigo 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do artigo 18, § 4º, da Constituição. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do artigo 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A omissão legislativa em relação à regulamentação do artigo 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo artigo 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios." ADI 3.682, relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 6-9-07.

⁹⁰ Até a presente data (outubro de 2008), já foram aprovadas 15 súmulas vinculantes pelo STF.

vigor. O detentor do poder de provocar o processo irá analisar o caso, compatibilizando-o com a Constituição.

A oportunidade para o controle preventivo atuar, na esfera política, está no Poder Legislativo, mais especificamente durante a tramitação pelas Comissões de Constituição e Justiça⁹¹, que terão, entre outras finalidades, a de analisar a conformidade do projeto de lei ou da emenda constitucional com a Constituição, tanto nas questões formais do processo legislativo quanto no conteúdo dos projetos.

A outra forma de atuação do controle preventivo será pelo Poder Executivo, por meio do Presidente da República, ao sancionar ou vetar o processo legislativo. No momento em que o Presidente da República tomar conhecimento do projeto de lei e concordar com o disposto no texto, deverá sancioná-lo. Caso o Presidente da República considere o projeto inconstitucional ou contrário ao interesse público, irá vetá-lo, total ou parcialmente⁹².

O controle repressivo é aquele realizado quando a lei já está em vigor, e tem como objetivo a paralisação de sua eficácia.

O controle será repressivo se incidir sobre uma lei já em atuação, lei em vigor. O seu exercício será desempenhado pelo Poder Judiciário⁹³, por meio de uma destas duas vias: a primeira é chamada de via difusa, ou também indireta, de exceção, defesa ou concreta; a segunda via será a chamada via de ação, direta, abstrata ou concentrada.

O controle repressivo de exceção permite a todo e qualquer juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma norma, por meio de um processo judicial. Já o controle repressivo concentrado terá como objetivo a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma pelo STF (Adin, Adecon e ADPF).

⁹¹ O artigo 58 da CF prevê que “O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regulamento ou no ato de que resultar sua criação”.

⁹² De acordo com o disposto no artigo 66 da Constituição Federal.

Ocorre que o STF vem entendendo que o controle preventivo pode ocorrer de forma excepcional pela via jurisdicional no momento em que a Constituição veda o respectivo controle. Será, um “direito-função do parlamentar de participar de um processo legislativo juridicamente hígido. Assim, o § 4º do artigo 60 da Constituição Federal veda a deliberação de emenda tendente a abolir os bens protegidos em seus incisos. Portanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os parlamentares têm direito a não ver deliberada uma emenda que seja tendente a abolir os bens assegurados por cláusula pétrea. No caso, o que é vedada é a deliberação, momento do processo legislativo. A Mesa, portanto, estaria praticando uma ilegalidade se colocasse em pauta tal tema. O controle, nesse caso, é pela via de exceção, em defesa de direito de parlamentar”. ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES Jr, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27.

⁹³ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: RT, 1992, p. 24.

2.2.2. Tipos de controle (difuso e concentrado)

O controle de constitucionalidade na forma difusa foi registrado, pela primeira vez, no famoso caso *Marbury v. Madison*, em 1803, nos Estados Unidos, tal como relatado no capítulo anterior.

Nesse caso, como demonstrado pela decisão da Suprema Corte, a competência para dizer o Direito cabia ao Judiciário, sendo a Constituição a lei dotada de supremacia em relação às demais leis infraconstitucionais. Estipulou, ainda, que cabia aos juízes e tribunais declararem inconstitucionais as leis que conflitassem com a Constituição.

No Brasil, o sistema por via difusa formou-se no início do regime republicano, com a Constituição de 1891, e foi preservado pela Constituição de 1988, dando poderes e deveres tanto aos juízes quanto aos Ministros do Supremo Tribunal Federal para analisarem e declararem inconstitucionais as leis incompatíveis com a Constituição Federal⁹⁴.

Ao comentar o método concreto, difuso de constitucionalidade, também denominado método americano, Cappelletti explica que todas as esferas dos órgãos judiciários possuem tanto o dever quanto o poder de “não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento”⁹⁵.

Existem várias modalidades de controle de constitucionalidade⁹⁶: quanto à natureza do órgão do controle (controle político e judicial); quanto ao momento de exercício do controle (controle preventivo e repressivo); quanto ao órgão judicial que exerce o controle

⁹⁴ "Recurso extraordinário. Ação civil pública. Controle de constitucionalidade. Ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal. Pedido de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da lei 754/1994 do Distrito Federal. Questão de ordem. Recurso do Distrito Federal desprovido. Recurso do Ministério Público do Distrito Federal prejudicado. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal com pedidos múltiplos, dentre eles, o pedido de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da lei distrital 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal. Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal não torna prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que *incidenter tantum*. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal." RE 424.993, relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 19-10-07.

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 75.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41-2.

(controle difuso e concentrado); quanto à forma ou modo de controle judicial (controle por via incidental e por via principal ou ação direta)⁹⁷.

Nos dizeres de Barroso, o controle pela via difusa ocorrerá quando “se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não-aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte”⁹⁸.

A via difusa de constitucionalidade ocorrerá no momento em que “for colocada em processo subjetivo (entre partes) a questão de inconstitucionalidade como questão prejudicial ou preliminar”⁹⁹, como exemplo, o caso de mandado de injunção, quando questionada a falta de norma regulamentadora de direito constitucional.

Essa questão de inconstitucionalidade pode ser levantada tanto pelo integrante do polo passivo como pelo autor da ação. Por essa razão, a expressão “via de defesa significa que o interessado está defendendo-se dos efeitos de uma norma inconstitucional e não, obrigatoriamente, ocupando o pólo passivo da ação”¹⁰⁰.

Certos remédios constitucionais, como mandado de segurança e *habeas corpus*, em muito contribuíram para a ampliação da via de exceção contra o ato ou omissão eivado de inconstitucionalidade, possibilitando, inclusive, o uso desses remédios de forma preventiva¹⁰¹.

O percurso da discussão a respeito do controle de constitucionalidade pela forma difusa iniciou-se, no Brasil, com Ruy Barbosa, sob a influência americana. Foi por seus posicionamentos e por sua argumentação que a Constituição de 1891 trouxe, em seus artigos, o controle concreto advindo do sistema norte-americano¹⁰².

⁹⁷No presente estudo, o aprofundamento do tema versará mais *quanto ao órgão judicial que exerce o controle*, mais especificamente neste capítulo, a via difusa.

⁹⁸BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

⁹⁹SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 195.

¹⁰⁰ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES Jr, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 28.

¹⁰¹MENDES, Gilmar. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 198.

¹⁰²“Se a interpretação constitucional não está em litígio, os atos do Congresso ou do executivo não são discutíveis perante os tribunais. O primeiro requisito é este; e este requisito constitui, ao mesmo tempo, uma limitação poderosa e uma justificação irresistível. Mas a estes sucedem os outros. Se uma pessoa, real ou supostamente lesada pelo excesso legislativo, ou governativo, não mover a intauração da lide, a justiça ignora a inconstitucionalidade. É a primeira precaução contra a hipótese de conflito entre os poderes, de assunção pela justiça de atribuições peculiares aos outros dois...Óbvio é, portanto, que a ação judiciária não pode estabelecer-se, onde não houver agravo ao direito de uma pessoa. Esta condição se desdobra naturalmente da anterior. A justiça federal não pode assumir a autoridade protetora da Constituição, senão quando os atos do Poder Legislativo, ou do Poder Executivo, colidirem com os direitos individuais, ou a propriedade particular. Só se pode intentar a lide, quando houver relações individuais diretamente prejudicadas”. BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003, p. 99-100.

Convém esclarecer que, hoje, com a Constituição Federal de 1988, de acordo com seu artigo 102, cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição, e não mais à Justiça Federal.

Oportuna a transcrição de algumas características dadas por Ruy Barbosa à elaboração do chamado controle difuso de constitucionalidade ou por via de exceção:

“1. Que o direito, cuja ofensa se acusa, assente em disposição constitucional, se o ato impugnado é do Poder Legislativo, em disposição constitucional, ou legislativa, se o ato acoimado for da administração.

2. Que a intervenção judicial seja provocada por interessado.

3. Que essa intervenção se determine por ação regular, segundo as formas técnicas do processo.

4. Que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do Poder Legislativo, ou Executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não alvo, do libelo.

5. Que a decisão se circunscreva ao caso em litígio, não decretando em tese a nulificação do ato increpado, mas subtraindo simplesmente à sua autoridade e espécie em questão.

6. Que o julgado não seja exequendo senão entre as partes, dependendo os casos análogos, enquanto o ato não for revogado pelo poder respectivo, de novas ações, processadas cada uma nos termos normais.

Regras todas estas consubstanciáveis numa só, que aqui deixarei lançada, como elemento concorrente com as premissas anteriormente fixadas para a minha dedução final:

A inaplicabilidade do ato inconstitucional do Poder Executivo, ou Legislativo, decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes.”¹⁰³

As decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma produzirão eficácia *inter partes*. De acordo com o artigo 52, X, da Constituição Federal, para que seja reconhecida a incompatibilidade desta norma com a Constituição e para que ela perca eficácia no mundo jurídico, será necessária a sua suspensão pelo Senado Federal – por meio de resolução – , após decisão definitiva de mérito pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a sua inconstitucionalidade.

Como se pode concluir, cabe ao Senado Federal o exercício do poder discricionário, suspendendo ou não a execução da norma declarada inconstitucional, por

¹⁰³ BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003, p. 102.

decisão definitiva de mérito proferida pelo STF. Tal exercício denota-se como um ato de política legislativa¹⁰⁴, cabendo ao Senado exercê-lo de forma total ou parcial.

O Senado Federal, ao exercer um ato de política legislativa, não está dando cumprimento à decisão do STF, mas sim estendendo a sentença do Supremo, “pertinente à inconstitucionalidade (não à prestação de fundo do pleito – caso concreto) para todos”¹⁰⁵. Sendo assim, a resolução terá a partir da sua edição, efeitos *ex nunc*.

Por isso que, em sede de recurso extraordinário, caso típico de controle difuso, caberá ao Senado, por meio de Resolução, efetivar a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF, prolongando os efeitos da decisão a todos, ou seja, produzindo efeitos *erga omnes*.

Mas o problema não está na abrangência e sim na questão da eficácia, no ponto relativo aos efeitos *ex nunc*, visto que, para alguns autores, como Gilmar Mendes e Clèmerson Clève¹⁰⁶, a decisão do Senado produzirá efeitos retroativos, *ex tunc*.

Com o devido respeito ao entendimento desses juristas, o posicionamento adotado no presente trabalho será o de uma resolução com efeitos *ex nunc*, afastando-se, por conseguinte, a retroeficácia.

Como dito anteriormente, o Senado atua de forma discricionária ao avaliar a conveniência e a oportunidade da suspensão da eficácia do ato normativo declarado inconstitucional. Por isso, fica a seu critério postergar, deixar de determinar a respectiva suspensão. Sendo assim, no momento em que se aceita a retroeficácia,

implica afirmar que o Senado pode postergar o momento de edição da resolução, para, em seguida, atribuir invalidade a todos os atos jurídicos praticados sob a égide dos atos normativos impugnados anteriores à edição desta, inclusive aqueles que vieram a lume no período em que o ato normativo submeteu-se ao juízo discricionário do Senado que, dessa feita, prorrogaria a eficácia de uma norma, legitimando um sem-número de atos jurídicos, que preconcebiam inválidos e, portanto, predestinados ao desfazimento¹⁰⁷.

¹⁰⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES Jr, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29.

¹⁰⁵ Idem, p. 29.

¹⁰⁶ Como dito, Clèmerson Clève ao posicionar-se pela produção de efeitos pretéritos na citada resolução pelo Senado, traz em seu favor os dizeres de Gilmar Mendes: “evidente aos constituintes que a suspensão da execução da lei, tal como adotada em 1934, importava na extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado caráter ampliativo e não apenas paralisante ou derogatório do diploma viciado. E, não fosse assim, inócuo seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 122-3.

¹⁰⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES Jr, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

Caso não se tomasse tal posição, as consequências jurídicas afetariam de forma dura a segurança das relações jurídicas, como ainda o “princípio da responsabilidade do Estado, visto que estar-se-ia atribuindo ao Senado o poder de postergar uma decisão, permissiva da produção de atos que seriam invalidados – num segundo momento – pela própria decisão postergada”¹⁰⁸.

A linha de pensamento adotada caminha nos mesmos passos de José Afonso da Silva¹⁰⁹ e Lênio Streck¹¹⁰, admitindo que os efeitos da sentença no controle difuso serão *ex nunc*. Aquele autor explica que

cabe de início discutir a *eficácia da sentença que decide a inconstitucionalidade na via de exceção*, e que resolve pelos princípios processuais. Nesse caso, a arguição da inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento *incidenter tantum*, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua exectoriedade¹¹¹.

Ocorre que, com a Reclamação n. 4335/AC, tendo como Relator o atual Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, levantou-se a possibilidade de se estender a eficácia *erga omnes*, vinculante e com efeitos *ex tunc* às decisões emanadas do controle concreto, dispensando-se a participação do Senado Federal, transformando-o em uma espécie de *diário oficial* do STF.

Diante disso, as futuras decisões produzidas no sistema difuso atribuiriam eficácia para todos e *ex tunc*, não necessitando mais da atuação do Senado Federal para suspensão da norma inconstitucional no mundo jurídico, conforme entendimento do artigo 52, X, da Constituição de 1988.

No tocante à via concentrada de normas, foi por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que ela adentrou no Brasil, atribuindo-se ao Procurador-Geral da República a

¹⁰⁸ Idem p. 31.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 53-4.

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 479 e segs.

¹¹¹ Continua José Afonso: “O problema deve ser decidido, pois, considerando-se dois aspectos. No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua exectoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos”. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 53-4.

função de ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade do direito estadual e federal em face da Constituição.

Com a Constituição de 1988, o controle concentrado ganhou maior destaque em relação ao difuso, uma vez que todas as questões constitucionais controvertidas e de relevância foram submetidas ao exame do Supremo Tribunal Federal, por meio do processo de controle abstrato¹¹².

Sendo assim, pelo controle de constitucionalidade na forma concentrada, ou por via de ação, é possível declarar-se a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo, federal ou estadual, perante o Supremo Tribunal Federal. Ou seja, a ação interposta é objetiva, atacando de forma direta a lei ou o ato normativo contrários aos ditames estabelecidos na Constituição.

Eis porque o controle concentrado está baseado em uma forma totalmente diferente da difusa¹¹³. No modelo concentrado, a resolução das questões não se baseia mais no sistema norte-americano, como no caso *Marbury v. Madison*, que solucionava o “problema da lei inconstitucional e do seu controle judicial, em plano de interpretação e de conseqüente aplicação ou não aplicação da lei”¹¹⁴, mas, agora, a questão será tratada de acordo com a “doutrina da supremacia da lei e/ou da nítida separação dos poderes, com a exclusão de um poder de controle da lei por parte dos juízes comuns”¹¹⁵.

Pelo sistema constitucional anterior, somente o Procurador-Geral da República poderia demandar no polo ativo da via concentrada. Agora, com o alargamento da legitimidade, tornou-se mais democrática a utilização do controle abstrato.

Assim, os legitimados são: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil,

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das leis na atualidade. In: DIREITO, Carlos Alberto (org). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 250.

¹¹³ Para Scaff, “nos sistemas concentrados, o Tribunal Constitucional possui o monopólio da declaração de inconstitucionalidade das leis, que é efetivada mediante um processo constitucional distinto dos processos judiciais ordinários. No sistema difuso, a ausência desse monopólio permite que, em qualquer litígio, a constitucionalidade da norma a ele aplicável seja questionada pela parte, cabendo ao juiz da causa decidir sobre a compatibilidade ou incompatibilidade dessa norma com a Constituição” SCAFF, Fernando Facury e MAUÉS, Antonio G. Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: RT, 2005, p. 226.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito brasileiro*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 84.

¹¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito brasileiro*. 2ª ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 84.

partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional¹¹⁶.

Para que uma norma ou um ato normativo sejam submetidos ao controle de constitucionalidade, será necessária a adoção de um coeficiente¹¹⁷ mínimo de abstração e generalidade.

A necessidade de abstração e generalidade torna-se fundamental pelo fato de que os objetos do controle abstrato serão as leis e os atos normativos emanados da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, não cabendo, nesse contexto, atos dotados de efeitos concretos, destituídos de qualquer normatividade.

A impugnação de lei pela via concentrada se dará em normas com efeito material, lei-norma, e não meramente formal, ou lei-medida¹¹⁸, já que estas não são carregadas de generalidade e abstração¹¹⁹.

No controle abstrato de normas, em cuja análise verificam-se relações processuais objetivas, o resultado único almejado será a tutela da ordem constitucional, sem qualquer vinculação a situações jurídicas individuais ou subjetivas. Por isso, a característica da generalidade e abstração.

Como se pode observar, o controle abstrato de constitucionalidade não permite que, em seu âmbito, se discutam situações individuais, nem se examinem interesses concretos. Firma-se aí a sua diferença com o sistema difuso.

Justamente porque o sistema concentrado de constitucionalidade não vincula qualquer situação jurídica de caráter individual ou concreto, é que ele terá como

¹¹⁶ Artigo 103, § 1º da Constituição de 1988.

¹¹⁷ "EMENTA: Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução n. 07, de 08/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Medida cautelar. Patente a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil – AMB para propor ação declaratória de constitucionalidade. Primeiro, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional. Segundo, porque evidenciado o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais da proponente e o conteúdo do ato normativo por ela defendido (inciso IX do artigo 103 da CF, com redação dada pela EC 45/04). [...] A Resolução n. 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de uma modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos". ADC 12/DF, relator Ministro Carlos Ayres Britto, DJ de 01-09-06.

¹¹⁸ "Ação direta de inconstitucionalidade. Decreto legislativo n. 788, de 2005, do Congresso Nacional. Autorização ao Poder Executivo para implementar o aproveitamento hidroelétrico Belo Monte no trecho do Rio Xingu, localizado no estado do Pará. (...) Não cabe ação direta como via de impugnação de lei-medida. A lei-medida é lei apenas em sentido formal, é lei que não é norma jurídica dotada de generalidade e abstração." ADI 3.573/DF, relator Ministro Eros Grau, DJ de 19-12-06.

¹¹⁹ "ADIN: L. est. 503/05, do Estado de Roraima, que dispõe sobre as diretrizes orçamentárias para o exercício de 2006: não conhecimento. Limites na elaboração das propostas orçamentárias (Artigo 41): inviabilidade do exame, no controle abstrato, dado que é norma de efeito concreto, carente da necessária generalidade e abstração, que se limita a fixar os percentuais das propostas orçamentárias, relativos a despesas de pessoal, para o ano de 2006, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e do Ministério Público: precedentes. Artigo 52, caput e §§ 1º e 3º: ausência de parâmetro constitucional de controle." (ADI 3.652, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-12-06, DJ de 16-3-07)

característica uma natureza objetiva¹²⁰, sem a intervenção de interesses individuais ou coletivos específicos, não havendo contraditório¹²¹.

Ademais, será nesse contexto que se verificará a diferença entre o processo objetivo e o processo subjetivo. Canotilho afirma que

é meramente tendencial, pois, por um lado, no processo subjetivo, cuja finalidade principal é defender direitos, não está ausente o propósito de uma defesa objectiva do direito constitucional e, por outro lado, no processo objectivo, dirigido fundamentalmente à defesa do ordem constitucional, não está ausente a ideia de protecção de direitos e interesses juridicamente protegidos.

Em síntese, o que diferenciará o processo objetivo (sistema abstrato da constitucionalidade) do processo subjetivo (sistema difuso) será a destinação da preservação da segurança jurídica, desvinculada de qualquer lide ou interesse subjetivo.

No controle abstrato, o peculiar interesse presente não está reservado aos interesses pessoais de qualquer sujeito. Assim, o requerente da ação não irá defender interesse subjetivo seu, mas interesse público objetivo de preservação da supremacia da Constituição.

Para Canotilho, processo objetivo “não é um processo contraditório, no qual as partes ‘litigam’ pela defesa de direitos subjetivos ou pela aplicação do direito subjetivamente relevante. Trata-se, fundamentalmente, de um processo objetivo sem contraditores.”¹²²

As ações com características do processo objetivo são: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão e ação de descumprimento de preceito fundamental.¹²³

Será com a instauração de um processo objetivo que se poderá viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato em face da Constituição. A verificação de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao processo de controle concentrado.

¹²⁰ “Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. ADI 1254-MC-AgR/ RJ, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 19-9-97.

¹²¹ ADI-ED 2982/Ceará, relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 22-09-2006.

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª. ed. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1078.

¹²³ As respectivas ações serão tratadas em capítulo específico.

Cabe, ainda, apresentar parte do voto do Ministro Celso de Mello, no tocante à instauração de um processo objetivo para a viabilidade do sistema abstrato de constitucionalidade, no qual declara que

o controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental **viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República**. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade¹²⁴ (grifo nosso).

Por essa fundamentação, pode-se afirmar que não há um interesse pessoal a proteger nem um retorno ao *status quo ante*. O que se almeja é o resguardo da Carta Magna, objetivamente considerada como finalidade única¹²⁵.

Além do processo objetivo, a criação do controle concentrado trouxe a solução para os conflitos existentes entre a União e os Estados, divergências que, por várias vezes, ocorrem por conta da edição ou da aplicação da lei. Nos dizeres de Gilmar Mendes, “esse processo afigura-se extremamente adequado para solução de algumas controvérsias de índole federativa, uma vez que não está submetido a prazo, tem um número maior de entes legitimados e a decisão é dotada de eficácia *erga omnes*”¹²⁶.

2.2.3. Efeitos da decisão no controle de constitucionalidade

No período anterior à Emenda Constitucional n. 3, de 1993, não existia qualquer definição constitucional ou legal a respeito dos efeitos das decisões declaradas no exercício do controle de constitucionalidade.

Somente nos anos 70 (1974/75), o Supremo Tribunal Federal começou a definir sua doutrina no tocante à eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade¹²⁷.

¹²⁴ ADI 2551-MC-QQ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 2-4-03, DJ de 20-4-06.

¹²⁵ André Ramos Tavares, em posição contrária, questiona a impossibilidade do regresso aos fatos no curso do processo objetivo. Aduz que “os fatos são inafastáveis em certas verificações da constitucionalidade, ingressando como elementos necessários para se alcançar uma solução”. TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 396.

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 63.

¹²⁷ “Somente nos anos de 1974/75 começou o Supremo Tribunal Federal a definir sua doutrina de eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas (Pareceres de Rodrigues

Na mesma época, iniciou-se o questionamento da necessidade do Senado suspender todos os atos declarados inconstitucionais, ou se apenas suspenderia a execução de lei e decretos¹²⁸. A matéria foi submetida à Mesa de Matéria Constitucional do STF, tendo o Ministro Moreira Alves oferecido entendimento de que a comunicação ao Senado só se faz em *se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente* e não em ação direta, já que esta apresenta, na sua decisão, eficácia *erga omnes* (contra todos)¹²⁹.

Ocorre que a Emenda Constitucional n. 3, de 1993, ao criar a ação declaratória de lei ou ato normativo federal, concedeu efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, apenas para esse tipo de ação. Mas, sabe-se também que, com a entrada em vigor da Lei 9868/99, as ações diretas de inconstitucionalidade também receberam efeito vinculante¹³⁰.

Será, então, com a chegada da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que o § 2º do artigo 102¹³¹, da Constituição Federal, passará a explicitar que as decisões definitivas de mérito, proferidas nas ações direta de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, serão dotadas de efeito *erga omnes* e vincularão os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Como já referido acima, o efeito vinculante foi introduzido no Brasil por meio da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, com o objetivo de dar maior eficácia¹³² às decisões

Alckmin, de 19.06.1975, DJ de 16.05.1977, p. 3123, em sessão administrativa da Mesa de Matéria Constitucional)". Rcl 2256-1/RN, relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 11.09.03, DJ de 30-04-04.

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 277.

¹²⁹ Parecer do Ministro Moreira Alves, p. 3123, DJ de 16-05-77.

¹³⁰ Artigo 28, parágrafo único: "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal".

¹³¹ Artigo 102, § 2. "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

¹³² "Se não subsiste dúvida relativamente à eficácia *erga omnes* da decisão proferida em sede cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, é lícito indagar se essa decisão seria, igualmente, dotada de efeito vinculante. Essa indagação tem relevância especialmente porque da qualidade especial do efeito vinculante decorre, no nosso sistema de controle direto, a possibilidade de propositura de reclamação. Aceita a idéia de que a ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade seria dotada de efeitos diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade. [...]. Se entendermos que o efeito vinculante da decisão está intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional em um dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário e o próprio Tribunal não estão impedidos de reconhecer essa proteção processual especial a Corte. Assinale-se, nessa mesma linha, que esta Corte não estará exorbitando de suas funções ao reconhecer efeito vinculante a decisões paradigmáticas por ela proferidas na guarda e na defesa da Constituição. Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deva zelar pela observância estrita da Constituição nos

proferidas no Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade, relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e Executivo. Com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, o artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, abrangerá as ações diretas de inconstitucionalidade, e os efeitos serão produzidos contra os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Gilmar Mendes, ao explicar a entrada do efeito vinculante nas decisões do STF nos processos de controle abstrato de normas¹³³, expõe que o Projeto de Emenda Constitucional (conhecido por Emenda Roberto Campos – PEC 130/92, e que originou a Emenda Constitucional nº 3, de 1993) trouxe, de forma clara, a diferença na eficácia *erga omnes* do efeito vinculante, posto que

“a declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição”.

Sendo assim, extrai-se que o efeito vinculante não se limita à parte dispositiva da decisão (como a coisa julgada e a eficácia *erga omnes*), mas se estende também aos *fundamentos* determinantes, segundo o que se convencionou chamar efeito transcendente dos fundamentos determinantes de decisão com efeito vinculante¹³⁴.

O efeito vinculante, para Zavascki, “confere ao julgado uma força obrigatória qualificada, com a conseqüência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor o seu cumprimento”¹³⁵. O efeito vinculante, que atribui essa *força obrigatória* do cumprimento da decisão, consiste, no caso de ação direta de inconstitucionalidade, na consequência natural do controle de constitucionalidade. Essa força vinculante da sentença terá uma “ilimitada eficácia subjetiva proferida pela mais alta Corte do País”¹³⁶.

processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais”. Rcl 2256-1/RN, relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30-04-04.

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 435-6.

¹³⁴ Idem, p. 443-6.

¹³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, p. 52.

¹³⁶ Idem, p. 53.

CAPÍTULO III

MECANISMOS DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O estudo da Constituição, tendo como norte os princípios basilares da supremacia constitucional e da rigidez constitucional, auxiliam na identificação de conflitos existentes entre certas leis e a Carta Magna.

Partindo do pressuposto de que a Constituição encontra-se no topo da hierarquia das normas, haja vista sua supremacia, denota-se a impossibilidade de normas infraconstitucionais contrariarem os dispositivos constitucionais. A supremacia deve estar ligada a uma “vontade de constituição”, nos dizeres de Hesse¹³⁷. Caso ocorra a falta de observância da *vontade de constituição*, e permaneçam, no ordenamento jurídico, normas conflitantes com a Constituição, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade.

Como exposto por Neves, a inconstitucionalidade poderá ocorrer de duas formas: no momento em que um ato normativo for contrário ao dispositivo constitucional (inconstitucionalidade material), e também no processo de elaboração dos dispositivos constitucionais (inconstitucionalidade formal)¹³⁸.

A inconstitucionalidade¹³⁹ surge sempre de uma relação de contrariedade com a Carta Magna, ou seja, de um lado a Constituição e de outro uma conduta violadora à ordem constitucional¹⁴⁰.

¹³⁷ Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 19.

¹³⁸ “A estrutura hierárquica do ordenamento jurídico da qual é corolário a supremacia da Constituição, conduz ao problema da lei inconstitucional. Define-se inconstitucional uma lei cujo conteúdo ou cuja forma contrapõe-se, expressa ou implicitamente, ao conteúdo de dispositivos da Constituição. [...] A inconstitucionalidade formal não resulta de contradição ou contrariedade, no sentido lógico dos termos, entre lei e Constituição. A incompatibilidade normativa, nesta hipótese, decorre da inadequação ou desconformidade do procedimento efetivo de elaboração legislativa (plano do ser) ao conteúdo de norma constitucional prescritiva do processo legislativo (plano do dever ser). Daí porque a definição de lei inconstitucional deve denotar não só a incompatibilidade resultante de contradição ou contrariedade entre conteúdos normativos (legal e constitucional), mas também a proveniente da desconformidade entre produção normativa (legislativa) e conteúdo normativo (constitucional)”. NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73-4.

¹³⁹ Canotilho apresenta outro fator importante no controle de constitucionalidade, qual seja a diferenciação da inconstitucionalidade com a ilegalidade, ao declarar que “a teoria da fiscalização da constitucionalidade dos actos normativos (designadamente das leis) foi elaborada tendo em consideração duas premissas fundamentais: (1) quanto ao parâmetro: *inconstitucional* é toda a norma legal que viole os preceitos constitucionais; *ilegal* é todo o acto normativo que contrarie o direito plasmado em leis; (2) quanto aos efeitos: uma norma inconstitucional é *nula*, isto é, está ferida de nulidade absoluta”. Por fim, Canotilho esclarece ainda o que segue: “(1) Os actos normativos diretamente violadores das normas e princípios da constituição estão feridos de *inconstitucionalidade* porque infringem o direito da constituição; (2) os actos normativos não diretamente contrastantes com a constituição mas sim com outros parâmetros de natureza legislativa ordinária padecem de *ilegalidade*, dado violarem o direito da lei”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 917.

¹⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 86.

Assim sendo, torna-se essencial um mecanismo de defesa e de garantia da Constituição, formado para eliminar as inconstitucionalidades, por meio do controle de constitucionalidade.

3.1 Inconstitucionalidade por ação e por omissão

A inconstitucionalidade por ação vem a ser o modo de agir positivo contrário à Constituição. É a formação de atos legislativos ou administrativos incompatíveis com a Constituição. A noção de inconstitucionalidade possui relação com o princípio da supremacia da Constituição e da compatibilidade vertical das normas. Ou seja, a norma será válida se compatível com a norma de grau superior, no caso, as normas constitucionais¹⁴¹. Se a norma inferior afrontar a norma de escalão superior (Constituição), implicará a afronta ao princípio da compatibilidade vertical e, por consequência, a inconstitucionalidade por ação.

A finalidade da inconstitucionalidade por ação será alcançar a declaração judicial de que a norma formulada em desconformidade com a Constituição é inconstitucional, tendo como efeito a sua eliminação do sistema jurídico.

O objetivo da declaração de inconstitucionalidade por ação, como elucida Flávia Piovesan, está em

“proteger o Estado de Direito, bloqueando a subsistência de toda e qualquer norma inconstitucional no ordenamento jurídico. É como se tentasse limitar juridicamente os abusos e excessos no exercício do poder. Evita-se a atuação estatal desviada da ordem constitucional, mediante um instrumental jurídico de freio às inconstitucionalidades”¹⁴².

Já a inconstitucionalidade por omissão ocorrerá nos casos em que haja a falta da prática de atos legislativos ou administrativos, requeridos para a aplicação de normas constitucionais. Ou melhor, a sua formação ocorrerá apenas quando existir o dever

¹⁴¹ O “princípio da compatibilidade vertical entronca com o conceito de supremacia das normas constitucionais, que dão o procedimento, direta ou indiretamente, para a formação das normas de grau inferior. Donde ser a constituição o conjunto de normas fundantes de todas as demais que pertencem à ordem jurídica, e estas são normas fundadas em relação à constituição”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 213.

¹⁴² PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 89.

constitucional de ação. Blanco de Moraes afirma que “existe inconstitucionalidade por *omissão* quando um órgão público se abstém de editar um acto, cuja prática é exigida pela Constituição, pelo que a *inércia do decisor* viola um dever constitucional de agir”¹⁴³.

A omissão inconstitucional pode decorrer, por exemplo, da falta de elaboração de uma lei pelo legislador. E essa inércia, esse não fazer, está atrelado àquilo a que o legislador se achava constitucionalmente obrigado.

3.2. Ação direta de inconstitucionalidade

O controle de constitucionalidade, por meio da ação direta de inconstitucionalidade genérica, será realizado para decretar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, de acordo com o estabelecido no artigo 102, I, a, da Constituição de 1988 ¹⁴⁴.

Por meio desse controle, almeja-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente de um caso concreto, para, em seguida, alcançar a invalidação da lei inconstitucional, com o fim de garantir a segurança das relações jurídicas¹⁴⁵.

Ao se dizer lei ou ato normativo, se quer mencionar apenas aqueles abstratos e genéricos, não interessando a forma como os mesmos se veiculam e nem a denominação (leis delegadas, regimentos, regulamentos, portaria), mas sim seu conteúdo. Por isso, não se concebe a este tipo de ação atos concretos.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, no tocante à propositura de ação direta de inconstitucionalidade em atos de efeito concreto, é pela sua inadmissibilidade, vez que a ação direta é a forma adequada de proceder ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas em abstrato, e não se

“prestando ela ao controle de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei – as

¹⁴³ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2002, v. I, p. 135.

¹⁴⁴ No tocante às leis estaduais e municipais em confronto com a Constituição Estadual, a competência para declarar sua inconstitucionalidade será dos respectivos Tribunais.

¹⁴⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1992, p. 117.

leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinam relações em abstrato.”¹⁴⁶

A ação direta de inconstitucionalidade configura típico processo objetivo, destinado a suprimir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza, a respeito da legitimidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual.

Por isso, a ADIN é um meio eficaz para assegurar o princípio da segurança jurídica. Ou seja, após a retirada do mundo jurídico de leis ou atos normativos ditos inconstitucionais por meio da ADIN, retoma-se a estabilidade do ordenamento jurídico.

A presença do princípio da segurança jurídica torna-se necessária na medida em que consiste na “estabilidade da ordem jurídica constitucional, com a finalidade de refletir nas relações intersubjetivas o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos futuros e pretéritos da regulação das condutas sociais.”¹⁴⁷

Logo, para que a estabilidade da ordem constitucional esteja sempre protegida, cabe ao guardião da Constituição, no caso, o STF, decidir de forma segura e nos limites estabelecidos pela própria Constituição.

O limite é dado pela Constituição

“porque é a Constituição que estabelece os poderes do Estado e que regula a formação das normas jurídicas estaduais, todos os actos e normas do Estado têm de estar em relação positiva com as normas constitucionais, para participarem também eles da sua legitimidade; têm de ser conformes com estas normas para serem válidos.”¹⁴⁸

Agir no limite de um contexto significa cumprir o estabelecido pelo poder constituído, condição existencial do Supremo Tribunal Federal, como poder jurisdicional vinculado à Constituição.

Ademais, tem-se o entendimento do papel do Supremo Tribunal Federal e de sua vinculação à Constituição nas diversas formas de controle de constitucionalidade. E essa

¹⁴⁶ Idem, p. 177.

¹⁴⁷ SORMANI, Alexandre. *Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: uma visão crítica da Lei n. 9868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 40.

¹⁴⁸ Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. II, p. 19.

vinculação “resulta da finalidade essencial do constitucionalismo e da natureza concreta dos fatos que se descrevem perante a corte controladora da constitucionalidade.”¹⁴⁹

Na forma do artigo 103, da Constituição de 1988, podem propor ação direta de inconstitucionalidade os autores legitimados elencados nos nove incisos. A Lei nº 9868, de 1999, que trata dos procedimentos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, em seu artigo 2º, reproduz o mesmo rol dos legitimados no artigo 103 da Carta Magna.

Faz-se necessário deixar consignada a crítica feita a respeito da ausência do cidadão como legitimado no rol do artigo 103, da Constituição de 1988, e do artigo 2º da Lei nº 9868, de 1999 ¹⁵⁰.

Garcia expõe que

“em face da incoerência da sua figuração no artigo 103 da CF/88 tal menção seria desnecessária, diante do plexo de prerrogativas inerentes à cidadania, e o cidadão brasileiro detém, efetivamente, a titularidade constitucional para propor a ação de inconstitucionalidade e a arguição de preceito fundamental, decorrente da Constituição.

Essa conclusão resulta inevitável, diante do preceito vigente na formação do Estado brasileiro, pela Constituição de 1824: esse é o mesmo Estado, então constituído, que permanece no tempo e no espaço, com as mudanças inerentes à dinâmica social, progredindo ou retrocedendo, e o artigo 179, XXX, ainda se mantém, implícito e contido, na estrutura do ordenamento jurídico originário e fundante do Estado, até a atualidade.”¹⁵¹

O Supremo Tribunal Federal, por meio de uma construção jurisprudencial, criou a denominada relação de pertinência temática. Tal medida estabelece um pré-requisito para alguns legitimados pelo artigo 103 da Constituição proporem a ação direta de inconstitucionalidade, uma pertinência entre suas atribuições e a norma que impugnam como inconstitucional¹⁵².

Assim ficou a divisão dos legitimados: 1) universais, dos quais se exige a relação de pertinência temática, ora enumerados: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos; e 2) parciais,

¹⁴⁹ STRECK, Lênio Luiz. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1&Itemid=2>. Acesso em: 18.04.2008.

¹⁵⁰ Maria Garcia e José Afonso da Silva filiam-se à crítica apresentada.

¹⁵¹ GARCIA, Maria. O cidadão, intérprete da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, n. 48, jul.-set. 2004, p. 102-113.

¹⁵² ADI-MC 138/RJ, DJ de 16-11-90.

que devem comprovar a relação de pertinência temática, como seguem: as Assembléias Legislativas, os Governadores de Estado, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional.

Ocorre que tal entendimento é visto com certa crítica, uma vez que a ocorrência de pertinência temática é um sucedâneo do interesse de agir do processo subjetivo, ou seja, sua introdução acaba por aplicar regras processuais impróprias.

Piovesan explica que o raciocínio do Supremo Tribunal Federal “traduz interpretação excessivamente restritiva, calcada em noções estritamente processuais, convertendo a interpretação da lei conforme a Constituição em interpretação da Constituição conforme a lei.”¹⁵³ E prossegue:

“Se esta interpretação fosse acolhida estaria em muito mitigada a inovação constitucional do artigo 103, que expande a legitimação ativa para a propositura de ação de inconstitucionalidade, posto que retonar-se-ia, praticamente, ao antigo sistema de 1967, em que apenas o Procurador-Geral da República detinha legitimidade para propositura de ação direta de inconstitucionalidade”¹⁵⁴.

O artigo 102, I, *p*, da Constituição de 1988, e o artigo 10 da Lei nº 9868, de 1999, admitem a possibilidade de solicitação de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade.

A concessão de medida cautelar será tomada por maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o *quorum* de oito Ministros, dentre os onze existentes¹⁵⁵. O *quorum* exigido na cautelar será o mesmo para a votação do mérito da ação¹⁵⁶.

Será necessária a audiência prévia dos órgãos ou autoridades que produziram o ato normativo impugnado, salvo se houver excepcional urgência, quando, então, será dispensada¹⁵⁷.

As medidas cautelares adotadas em sede de controle concentrado não possuem a finalidade de declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo

¹⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2003, p. 119.

¹⁵⁴ Idem, p. 120.

¹⁵⁵ Artigo 22 da Lei 9868/99.

¹⁵⁶ Rcl-AgR 4903/SE, relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 07-08-08. E também: “Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, atribuiu, à declaração de inconstitucionalidade da ‘Tabela J’ do anexo da Lei n. 1.936/98, na sua redação vigente, dada pela Lei n. 3.002/2005, e na sua redação original, e do artigo 53 e da Tabela V da Lei n. 1.135/91, todas do Estado de Mato Grosso do Sul, efeitos a partir da EC 45/2004 — v. Informativo 472. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que aplicavam efeitos *ex tunc*.” ADI 3.660/MS, relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 13-3-08, Informativo 498.

¹⁵⁷ Artigo 10, § 3. da Lei 9868/99.

impugnado. Tal função é deixada às decisões de mérito. Será nas decisões de mérito que serão explicitados “os fundamentos determinantes a um juízo de constitucionalidade e inconstitucionalidade, a ponto de orientar, por imposição do efeito vinculante, o comportamento dos demais órgãos e entidades.”¹⁵⁸

A Lei nº 9868, de 1999, conferiu, ainda, a possibilidade de o Tribunal atribuir efeito retroativo à medida cautelar (*ex tunc*)¹⁵⁹, nos casos em que a inconstitucionalidade é de tal clareza, que se torna muito provável a sua confirmação na decisão final ¹⁶⁰.

Outro fato que pode ocorrer, no tocante às cautelares em controle concentrado de constitucionalidade, é a possibilidade de serem pleiteadas através do controle difuso, quando, pelo controle concentrado, houve indeferimento da cautelar. Sendo assim, por meio do controle concreto, a causa poderá ser analisada, *incidenter tantum*, quando houver idêntica controvérsia constitucional¹⁶¹.

O caso de *amicus curiae*¹⁶² na ação direta de inconstitucionalidade está descrito no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9868, de 1999 ¹⁶³, disciplinando que, em alguns casos, será admitida a manifestação de outros órgãos ou entidades no processo, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Ocorre que a intervenção processual do *amicus curiae*, em ação direta de inconstitucionalidade, só é admitida para apresentar ao Supremo Tribunal Federal todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia. Assim, como mero colaborador informal do Supremo Tribunal Federal, sua participação limita-se

¹⁵⁸ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163.

¹⁵⁹ Artigo 11, § 1. da Lei 9868/99.

¹⁶⁰ “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.724/00, do Estado de Minas Gerais, que estabelece requisitos para que notários e registradores possam obter delegações efetivas no cargo sem concurso público – Ofensa ao disposto no artigo 236, § 3. da CF. Precedentes: ADIns n. 363-1/DF, 690-8/GO, 552-9/RJ e 417-4/ES. Liminar deferida com efeitos ‘ex tunc’ para suspender os efeitos da referida norma legal”. ADI-MC 2379/ MG, relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 13-12-02.

¹⁶¹ “A denegação de medida liminar, em sede de controle normativo abstrato, não impede que se proceda ao julgamento concreto, pelo método difuso, de idêntico litígio constitucional”. Rcl-AgR 3424/SP, relator Ministro Carlos Ayres Britto, DJ de 01-08-08.

¹⁶² “Constitui inovação significativa no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade a autorização para que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades. Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões. Ademais, a lei possibilita que o relator solicite, quando entender necessário, informações aos órgãos judiciais e administrativos envolvidos na aplicação (ou desaplicação) da norma objeto da ação indireta, permitindo, assim, uma avaliação segura sobre os fundamentos da controvérsia”. ADI-ED 2982-7/CE, relator Ministro Gilmar Mendes. DJ de 22-09-06.

¹⁶³ Artigo 7. “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

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

apenas à ação principal, não possuindo legitimidade para recorrer das decisões proferidas na ação direta de inconstitucionalidade¹⁶⁴.

Por isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não são cabíveis recursos interpostos por terceiros, estranhos à relação processual, em processo objetivo de controle de constitucionalidade, incluindo os que ingressam como *amicus curiae*¹⁶⁵.

No tocante à decisão da ação direta de inconstitucionalidade, a Lei n° 9868, de 1999, em seu artigo 27, estabelece que, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal poderá limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou estabelecer que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado, ou de outro momento que venha a ser fixado, sendo que tal decisão deve ser tomada por maioria de dois terços de seus Ministros. Por meio dessa medida, o Supremo Tribunal Federal poderá proferir a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, de forma excepcional, já que a regra é com efeitos *ex tunc*.

Ainda com relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a Lei n° 9868, de 1999, no seu artigo 28, parágrafo único¹⁶⁶, estabelece que a eficácia da declaração de inconstitucionalidade será contra todos (*erga omnes*) e terá efeito vinculante no tocante aos órgãos do Poder Judiciário e, ainda, à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Com a Emenda Constitucional n° 45, de 2004, os efeitos e a eficácia, tanto da ação direta de inconstitucionalidade quanto da ação declaratória de constitucionalidade, alcançaram *status constitucional*¹⁶⁷, conforme o artigo 102, § 2°¹⁶⁸, da Constituição de 1988.

¹⁶⁴ “Importa ressaltar, contudo, que a intervenção processual do ‘amicus curiae’ em ação direta de inconstitucionalidade é admitida em nosso ordenamento jurídico ‘para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional’...A sua atuação nesta via processual ‘como colaborador informal da Corte’ não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção ‘ad coadjuvandum’.” ADI 2581/SP, relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 18-04-02.

¹⁶⁵ ED-ADI 3615-7/PB, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJ de 25-04-08.

¹⁶⁶ “Artigo 28, parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante e, relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

¹⁶⁷ SANTOS, Aloysio Vilarino dos. *A defesa da Constituição como defesa do Estado: controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional*. São Paulo: RSC, 2007, p. 104.

¹⁶⁸ “Artigo 102, § 2°. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

3.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a introduzir, no sistema jurídico brasileiro, o controle de inconstitucionalidade por omissão.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está prevista no artigo 5º, LXXI, e no artigo 103, § 2º, da Constituição de 1988¹⁶⁹, tendo como objetivo fazer com que o legislador cumpra o dever constitucional de emanar normas.

No caso da ação de inconstitucionalidade por omissão, o ordenamento jurídico determina duas medidas no momento da procedência da ação: sendo órgão do Poder, será dada ciência para que se adotem as providências necessárias; caso seja autoridade administrativa, será determinado que tome a providência cabível, no prazo de 30 dias.

A inconstitucionalidade por omissão não versa em face “do sistema constitucional em bloco. É aferida em face de uma norma cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição.”¹⁷⁰

A omissão é entendida no sentido de inércia do poder político, que deixa de praticar determinado ato ordenado pela Constituição. Nos dizeres de Piovesan, a omissão legislativa pode ser caracterizada como “o silêncio do legislador na tarefa de editar as normas necessárias para efetividade da Constituição. Trata-se do não cumprimento do dever especial de legislar, que se manifesta constitucionalmente quando há uma ordem concreta de legislar.”¹⁷¹

Desse modo, a omissão constitucional surgirá sempre que o responsável não cumpra sua obrigação, no sentido de realizar certo ato ou atividade, ou não o faça em tempo hábil¹⁷².

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão será a possibilidade de se tornarem efetivas as normas constitucionais não dotadas de plena aplicabilidade, dependentes de complementação infraconstitucional¹⁷³.

¹⁶⁹ “Artigo 5º, LXXI. Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Artigo 103, § 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.”

¹⁷⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, v. VI, p. 318.

¹⁷¹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 91.

¹⁷² FERRARI, Regina Maria Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1992, p. 158.

O cabimento da presente ação está configurado a partir do momento em que o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu.

Importante salientar que o objetivo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assim como da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não é versar sobre a proteção de situações individuais ou de relações subjetivas, mas sim visar a um processo objetivo, voltado precipuamente à defesa da Constituição¹⁷⁴.

Não se pressupõe, neste modelo de ação, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir. Os órgãos ou entes encarregados de instaurar esse processo de defesa da ordem jurídica agem como *advogados da Constituição*¹⁷⁵, e não apenas como autores, no sentido estritamente processual.

Flávia Piovesan explica que

[...] a caracterização da omissão legislativa inconstitucional e seu controle propulsionam uma inversão positiva no raciocínio jurídico tradicional. Se, antes, a imperfeição, o vício e a deformidade correspondiam às normas constitucionais não auto-executáveis, dependentes de legislação, com o advento da inconstitucionalidade por omissão, o problema se desloca para o âmbito da legislação, ou seja, torna-se passível de inconstitucionalidade a omissão dos Poderes Públicos, quando inviabilizam a efetividade de preceito constitucional. Esta visão se coaduna com os princípios da hierarquia e da supremacia da Constituição, posto que maior relevância é atribuída à Constituição do que à lei, o que expressa ruptura com a antiga concepção que conferia maior relevância à omissão dos Poderes Constituídos que à ação do Poder Constituinte¹⁷⁶.

Nota-se a importância da ação de inconstitucionalidade por omissão quando uma ação exigida pela Constituição não é cumprida, faltando por parte do poder público o dever jurídico de agir.

Através da ação de inconstitucionalidade por omissão, torna-se, mais uma vez, visível a supremacia da Constituição perante as demais leis, salvaguardando-a e preservando-a de inércia e omissões do poder público¹⁷⁷.

¹⁷³ MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 240.

¹⁷⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 340.

¹⁷⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 175-6.

¹⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 93.

¹⁷⁷ “A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também compromete a eficácia da declaração constitucional de direitos e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão constitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado – além de gerar a

No que se refere à legitimidade ativa para a propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão, o artigo a ser aplicado será o mesmo artigo 103 da Constituição de 1988, utilizado na ação direta de inconstitucionalidade.

Note-se que os legitimados não serão apenas pessoas políticas, mas também entes representativos da sociedade civil¹⁷⁸.

No tocante aos legitimados passivos, na ação de inconstitucionalidade por omissão, serão as autoridades ou órgãos legislativos remissos, podendo ainda atuar no polo passivo os responsáveis pela prática do ato reclamado, conforme atribuição prevista na Constituição.

Com relação aos efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão, na falta de medida legal que torne a norma constitucional efetiva, dará ciência ao órgão competente para adoção das medidas necessárias, em trinta dias, com efeito *erga omnes*. Mas, se o Legislativo tornar-se o órgão omissor, a Constituição, em nenhum momento, estipula prazo para a tomada das providências necessárias.

A não previsão de prazo para que o legislador adote as medidas cabíveis favorece ao Legislativo, uma vez que a este Poder é dada uma maior discricionariedade para suprir a omissão e conferir eficácia ao preceito constitucional.

Insta considerar que, com a falta de previsão legal para o legislador cumprir com as providências necessárias, não existe a menor possibilidade de concessão de medida liminar em ação de inconstitucionalidade por omissão. Do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 1387-4, extrai-se que, por se tratar de ação de inconstitucionalidade por omissão,

“não há falar em liminar, dado que o efeito da decisão que julga procedente a ação é apenas este: ‘será dada ciência ao Poder competente para a adoção de providências necessárias’, vale dizer, será dada ciência ao Poder Legislativo que deve ele legislar, a fim de elidir a omissão. É dizer, ao Supremo Tribunal Federal a Constituição não conferiu competência para sanar a omissão legislativa, com a edição da norma.”¹⁷⁹

erosão da própria consciência constitucional – qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário”. ADI 1442-1/DF, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 29-04-05.

¹⁷⁸ Com relação à pertinência temática, observa-se o mesmo entendimento adotado na ação declaratória de inconstitucionalidade, já que a ação de inconstitucionalidade por omissão é também instrumento de tutela de direito objetivo, não cabendo exigir dos entes do artigo 103 da Constituição Federal comprovação de interesse jurídico específico.

¹⁷⁹ ADI 1387-4/DF, relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 29-03-96.

Importa ressaltar o objetivo maior do controle, qual seja, eliminar efetivamente a falta de regulamentação necessária e não a simples declaração de inconstitucionalidade.

Como se pode concluir, a primazia do controle será sempre a de preservar a Constituição de violações. Por isso, a grande missão do Poder Judiciário é salvaguardar a Constituição de possíveis transgressões.

3.4. Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, trouxe à Constituição de 1998, no artigo 102, I, a, a ação declaratória de constitucionalidade, agregando um poder importante para o Supremo Tribunal Federal.

A inovação provocou diversas dúvidas e controvérsias por parte da doutrina. Alegou-se que a Emenda Constitucional apresentava várias inconstitucionalidades, como a violação aos princípios do devido processo legal (artigo 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV), do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV) e da separação dos poderes (artigo 2º). No entanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, de 1993.

No entanto, apenas com a Lei nº 9868, de 1999, é que surgiram as regras de processamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

A ação declaratória de constitucionalidade objetiva impedir que juízes e administradores públicos neguem aplicação à norma infraconstitucional, sob o fundamento de ser a mesma incompatível com a Constituição.

O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade tem como característica a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Caso não haja a observância desse dispositivo, a instauração do processo de fiscalização em abstrato torna-se inviável, já que a falta de pronunciamentos judiciais opostos descaracterizaria, por completo, a ação declaratória de constitucionalidade, requisito este exigido por meio do artigo 14, III, da Lei nº 9868, de 1999.

O Supremo Tribunal Federal já firmou orientação de que o autor da ação declaratória de constitucionalidade deverá comprovar, liminarmente, a ocorrência de proporções relevantes de dissídio judicial. E, mais, comprovar ainda, a

“elevada incidência de decisões que consagram leis conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.”¹⁸⁰

No tocante à legitimidade para propositura da ação declaratória de constitucionalidade, várias mudanças ocorreram após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 ¹⁸¹, que igualou os legitimados da ação direta de inconstitucionalidade aos da ação declaratória de constitucionalidade, conforme estabelecido no artigo 103, *caput* da Constituição de 1988 ¹⁸².

Os efeitos da ação declaratória de constitucionalidade encontram-se no mesmo artigo 102, § 2º, da Constituição de 1988, que também estipulou os efeitos para a ação direta de inconstitucionalidade, de acordo com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, declarando eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, tanto nas esferas federal, estadual e municipal.

¹⁸⁰ “O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa *in abstracto*, pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal – O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, ‘em proporções relevantes’, de dissídio judicial, cuja existência – precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta – faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.” Rcl-AgR-AgR 4903/SE, relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 08-08-08.

¹⁸¹ Antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, os legitimados eram apenas o Presidente de República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados ou Procurador-Geral da República, por conta da Emenda Constitucional nº 3, de 1993.

¹⁸² A propositura da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade terá como legitimados: Presidente de República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia legislativa ou da Câmara Legislativa, do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

3.5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma garantia processual de origem constitucional, incorporada pela Constituição de 1988, no artigo 102, § 1º, assim disciplinada:

“§ 1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

A Lei nº 9882, de 1999, em seu artigo 1º, dispõe sobre o procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental:

“Artigo 1º. A arguição prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”

Como a Carta Magna não ofereceu o conceito de ação de descumprimento de preceito fundamental, será de extrema importância apresentar o significado de cada expressão desse mecanismo de controle de constitucionalidade.

A noção de *arguição* vem a ser, nos dizeres de Tavares,

“ação ou incidente judicial, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que desencadeia o denominado processo objetivo, cujo fundamento é o descumprimento de preceito constitucional que consagra valores basilares para Direito pátrio, descumprimento este perpetrado por ato de natureza estatal.”¹⁸³

Já a expressão *descumprimento* é utilizada quando da previsão do instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, alcançando toda e qualquer violação de norma constitucional, bem como atos não normativos (atos administrativos, por exemplo).

No Direito Constitucional brasileiro, o conceito de *descumprimento* supera o âmbito da mera inconstitucionalidade, podendo alcançar, em tese, uma lei, um ato normativo, decisão judicial ou até ato administrativo. Enquanto *inconstitucionalidade*, como já visto, é um termo utilizado nos casos de violação da Constituição, atrelando as leis e os atos normativos como únicos comportamentos capazes de nela incorrerem. Prova disto é o

¹⁸³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 269.

artigo 102, I, a, da Constituição de 1988, que apresenta o controle concentrado de constitucionalidade e no qual se discute a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de lei ou ato normativo perante o texto constitucional.

Por fim, *preceito fundamental* pode ser entendido como um conjunto de princípios constitucionais e mais as regras que compõem o sistema constitucional¹⁸⁴. Tavares conceitua como a

“somatória entre, de uma parte, parcela dos próprios princípios constitucionais (já que nem todos eles são preceitos fundamentais), bem como, de outra parte, das regras cardiais de um sistema constitucional, constituídas, essencialmente, pelo conjunto normativo contemplativo de regras estruturais do poder.”¹⁸⁵

Sendo assim, não se pode negar que existem vários preceitos fundamentais explicitados na Constituição de 1988, como os direitos e as garantias individuais (artigo 5º, dentre outros), e os princípios protegidos pelas cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, CF), tais como, a forma federativa do Estado, a separação dos Poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico.

A legitimidade ativa na arguição de descumprimento de preceito fundamental encontra-se contemplada no artigo 2º, da Lei nº 988/2, de 1999, dispondo que o rol dos legitimados são os mesmos para propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Pertinente reiterar a falta do legislador em inserir, no rol dos legitimados, o cidadão, tal como já referido nos demais mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade. Nesse mesmo sentido, Garcia explica que

“a regulamentação do dispositivo constitucional não atende a sua finalidade, a qual decorre da estrutura sistêmica da Constituição, dos seus pressupostos, da sua tessitura, do seu espírito, enfim, pois desde logo não convence que, nesse

¹⁸⁴ Tal conceito parte da ideia de que norma é o gênero e comporta duas espécies: princípios e regras. Princípio se caracteriza por possuir um grau de abstração, sendo a base, os guias, as ideias centrais do sistema jurídico, enquanto que regras são imediatamente aplicáveis aos casos concretos. E, quanto aos princípios constitucionais, “são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecida de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras formas”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 144.

¹⁸⁵ TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 493-536.

dispositivo, a Constituição viesse apenas estabelecer uma outra forma de controle de constitucionalidade e pelos mesmos autores da ação direta.”¹⁸⁶

Segundo dispõe o artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9882, de 1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental só é cabível se não houver outra ação para sanar a lesividade. O respectivo dispositivo consagra o princípio da subsidiariedade, restringindo de forma rígida o cabimento deste mecanismo em prol de outras ações cabíveis.

Ocorre que tal posição gera controvérsia, na medida em que se questiona a limitação da ação de descumprimento de preceito fundamental, na falta de outra ação cabível.

A interpretação do dispositivo ora em análise deve ser feita de forma teleológica e não apenas literal, na medida em que a Lei não exige a inexistência de outro mecanismo jurídico, mas sim o prévio esgotamento, sem real efetividade, ou seja, sem que tenha alcançado o resultado almejado por outro tipo de ação.

Este entendimento é compartilhado por Moraes, ao sustentar que

“o caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste na necessidade de prévio esgotamento de todos os instrumentos juridicamente possíveis e eficazes para fazer cessar ameaça ou lesão a preceito fundamental. Se, porém, uma vez utilizados esses instrumentos, houver patente inefetividade na proteção dos preceitos fundamentais, sempre haverá possibilidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, por via de arguição.

Em conclusão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental será cabível mesmo quando a utilização dos demais mecanismos jurisdicionais mostrou-se insuficiente para a eliminação da violação ou ameaça de violação a preceitos fundamentais.”¹⁸⁷

Existem decisões recentes do Supremo Tribunal Federal agasalhando o princípio da subsidiariedade,¹⁸⁸ no caso de ação de descumprimento de preceito fundamental, com amparo na ADPF n. 3, do Ceará, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

¹⁸⁶ GARCIA, Maria. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: direito do cidadão. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, n. 32, jul.-set. 2000, p. 100-6.

¹⁸⁷ MORAES, Alexandre. Comentários à Lei nº 9882/99 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análise à luz da Lei nº 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 27.

¹⁸⁸ “Os termos do artigo 102, § 1º, da Constituição, combinado com o disposto na Lei 9.882, de 3 de dezembro 1999, que não pode ser utilizado para a solução de casos concretos, nem tampouco para desbordar os caminhos recursais ordinários ou outras medidas processuais para afrontar atos tidos como ilegais ou abusivos. Não se pode, com efeito, ampliar o alcance da ADPF, sob pena de transformá-la em verdadeiro sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio, ajuizado diretamente perante o órgão máximo do Poder Judiciário. Ademais, mesmo que superados tais óbices ao conhecimento da presente ação, cumpre recordar que o ajuizamento da ADPF rege-se pelo princípio da subsidiariedade, previsto no artigo 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, a significar que a admissibilidade desta ação constitucional

No tocante aos efeitos da decisão da ação de descumprimento de preceito fundamental, o artigo 10, § 3º, dispõe que será dada a comunicação aos órgãos responsáveis ou à autoridade competente pela prática dos atos questionados e determinando a forma de aplicação dos preceitos fundamentais. Além disso, a decisão terá eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante.

Em julgamento recente, datado de 30 de abril de 2009, os Ministros do Supremo Tribunal Federal julgaram, por maioria de votos, no sentido da total procedência da Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 130, interposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), com o objetivo de impugnar a lei de imprensa (Lei nº 5250/67). O argumento do postulante sustentava-se na incompatibilidade da lei com a Constituição de 1988, na medida em que possuía um caráter autoritário e antidemocrático, não sendo capaz de se harmonizar com os direitos fundamentais da personalidade (honra, imagem e vida privada) e da liberdade de informação¹⁸⁹.

3.6. Mandado de Injunção

O mandado de injunção surge com a Constituição Federal de 1988, estabelecendo, no artigo 5º, LXXI, que sua propositura é cabível quando a falta de norma

pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado (cf. ADPF 3/CE, Rel. Min. Sydney Sanches, ADPF 12/DF e 13/SP, ambas de relatoria do Min. Ilmar Galvão, ADPF 129/DF, de minha relatoria). Na espécie, verifico que a questão discutida nos autos refoge ao âmbito cognitivo da arguição de descumprimento de preceito fundamental ante a incidência do princípio da subsidiariedade bem como de questões infraconstitucionais". ADPF 145/DF, relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 9-2-09.

Ainda: "Nos termos da ADPF-QO 72, Rel. Min. Ellen Gracie (DJE de 02/12/2005), recebo esta arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação direta de inconstitucionalidade, ante a perfeita satisfação dos requisitos exigidos à sua propositura (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido). Com efeito, a ação foi proposta pelo Governador do Distrito Federal (artigo 2.º, V, da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999), tem por objeto lei distrital (ADI-MC 2.971, Rel. MIN. Celso de Mello, DJE de 18/5/2004), cuja constitucionalidade é questionada". ADPF 143/MC, relator Ministro Cezar Peluso, DJ de 2-2-09.

¹⁸⁹ "O Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT para o efeito de declarar como não-recepcionado pela Constituição Federal todo o conjunto de dispositivos da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa — v. Informativos 496, 518 e 541. Prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator, que entendeu, em síntese, que a Constituição Federal se posicionou diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, fixar a precedência das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu* as quais não poderiam sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, inclusive de emendas constitucionais, sendo reforçadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de imprensa. Afirmou que isso estaria conciliado, de forma contemporânea, com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão; *a posteriori*, com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros, sem prejuízo, ainda, do uso de ação penal também ocasionalmente cabível, nunca, entretanto, em situação de maior rigor do que a aplicável em relação aos indivíduos em geral". ADPF 130/DF, relator Ministro Carlos Ayres Britto, DJ de 30-04-09. Informativo nº 544 do STF.

regulamentadora inviabiliza o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Esse remédio constitucional em muito se relaciona com o *writ of injunction*, do Direito norte-americano, na medida em que aplica a justiça por meio da equidade, e utiliza a decisão do juiz como a ferramenta de integração entre a omissão pública e o cidadão no caso concreto.

Por volta de 1870, foi introduzido nos Estados Unidos o *writ of injunction*, com seu caráter de juízo de equidade. Inicialmente, foi introduzido para defesa de direitos subjetivos, na seara do direito privado, passando, mais tarde, também para o Direito Público. A proteção da injunção nos Estados Unidos, como se pode perceber, é mais ampla do que no Brasil.

Nos EUA, existem quatro tipos de *injunction*: 1) preliminar, temporária ou interlocutória – remédio provisório e cautelar que produz efeitos até o julgamento da ação; 2) preventiva ou proibitória – determina um não fazer; 3) mandatória – impede uma ação ou ordena a execução de um ato; e 4) permanente ou perpétua – quando decide, finalmente e no mérito, a lide –, sendo a outra face da preliminar.

Como dito, no Brasil, esse remédio constitucional atuará de forma menos ampla, agindo no combate das omissões legislativas, no tocante ao exercício de direitos e liberdades constitucionais. Sua finalidade consistirá em “conferir aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação.”¹⁹⁰

Passados vinte anos da vigência da Constituição de 1988, por meio da qual se deu início à presença do mandado de injunção no nosso ordenamento jurídico, ocorreram muitas ampliações, no tocante à sua aplicação, por parte do Poder Judiciário. Tais ampliações provocaram certas divergências, tanto na doutrina quanto na jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

O mandado de injunção nº 107, de relatoria do Ministro Moreira Alves, estabeleceu muitos pontos conceituais e questões de ordem, que podem ser extraídos da leitura da ementa¹⁹¹.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 448.

¹⁹¹ “Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. - em face dos textos da constituição federal relativos ao mandado de injunção, e ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5., lxxi, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do poder judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar

A concessão da injunção depende de uma relação jurídica de causa e efeito¹⁹². Quanto à causa, será a falta da norma regulamentadora; já o efeito dar-se-á pela inviabilidade do exercício de direitos e de liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Ou seja, não será apenas a mera omissão legislativa que possibilitará a ação, mas também que a falta de norma torne inviável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas¹⁹³.

Como visto, a injunção será possível quando, diante da inércia dos poderes encarregados de editarem normas regulamentadoras da Constituição, essa inércia, caracterizada pela falta da norma, inviabilize a operatividade do comando constitucional.

Ainda no tocante à inércia, enquanto processo de mudança da Constituição, Anna Cândida da Cunha Ferraz assim expõe:

“A inércia caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução.

Configura inegável processo de mudança constitucional; **embora não altere a letra constitucional**, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional. Afeta, também, o sentido da Constituição.

Destinada esta à aplicação efetiva, qualquer obstáculo que se lhe anteponha desvirtua sua finalidade, resultando numa inconstitucionalidade [...]. Por outro lado, indiretamente, a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental. Como modalidade de mutação constitucional, a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados.

por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providencias necessarias, a semelhanca do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissao (artigo 103, par-2., da carta magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponivel contra o estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissao inconstitucional. - assim fixada a natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta corte - que esta devidamente definida pelo artigo 102, i, 'q' -, auto-executavel, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicavel que lhe e analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator.” MI 107 QO/DF, relator Ministro Moreira Alves, DJ de 21-09-90.

¹⁹² PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 134.

¹⁹³ Nos dizeres de Celso de Bastos: “Não se cuida de reparar lesividade causada ao patrimônio público. Não se trata ainda de corrigir dados pessoais que órgãos públicos manipulem incorretamente. Não. O de que aqui se cuida é de garantir ao impetrante o asseguramento de um direito que, contemplado na Constituição, não lhe é deferido por quem de direito por falta de uma norma regulamentadora que torne viável o exercício do aludido direito”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 242.

De um lado, porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. Na maioria das vezes, serve como instrumento exatamente para evitar tal adaptação.

De outro lado, porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição.”¹⁹⁴ (grifo nosso)

Nesse contexto, o comportamento negativo, omissivo, dos poderes constituídos, deixando de editar normas regulamentadoras previstas na Carta Magna, tende a provocar uma *descrença na Constituição*.

Tal situação traz à tona um dos mais graves aspectos da disciplina constitucional: o fenômeno da *erosão da consciência constitucional*¹⁹⁵, o que contribui para desencadear um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita. Nesse mesmo sentido, afirmou o STF, no julgamento do MI 542-7/SP:

“A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais, traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.”¹⁹⁶

Torna-se necessário lembrar, no entanto, que a Constituição de 1988, ao criar a ação mandamental de injunção, o fez para neutralizar as consequências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos constitucionais de eficácia limitada, sendo competente para tanto o Supremo Tribunal Federal. Mas tal competência dada ao STF, a de reconhecer a mora dos poderes constituídos, deve ser utilizada com cautela e prudência, uma vez que o princípio da segurança jurídica merece proteção e resguardo.

Fato é que, em alguns momentos, o legislativo absteve-se de produzir as normas regulamentadoras, prejudicando o exercício de liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas tal inércia não justifica que outros poderes, como, no caso, o Judiciário, extrapole seus limites de guardião da Constituição e, sob o argumento da mutação constitucional, atue como poder constituinte

¹⁹⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 230-2.

¹⁹⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Madrid: Ariel, 1970, p.222.

¹⁹⁶ MI 542-7/SP, relator Ministro Celso de Mello. DJ de 28-06-02.

derivado¹⁹⁷. Por isso, a intervenção do Supremo Tribunal Federal não será aceitável em qualquer situação.

Agir no limite de um contexto significa obedecer aos ditames do poder constituído, de revisão, sendo condição existencial do Supremo Tribunal Federal, enquanto poder vinculado à Constituição.

No tocante à atuação do mandado de injunção, restringe-se apenas às normas jurídicas que dependam de norma regulamentadora. Ou seja, não caberá mandado de injunção quando se tratar de norma jurídica autoaplicável¹⁹⁸.

No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld explica que “a injunção não é um modo de tornar de fato respeitadas as normas de eficácia plena, mas sim de tornar plenamente eficazes as de eficácia limitada.”¹⁹⁹

Com relação à norma regulamentadora faltante, poderá ser esta de natureza material ou processual²⁰⁰. Necessário, porém, que a sua falta esteja obstando a fruição de um direito constitucionalmente previsto.

O artigo 5º, XIII, da Constituição de 1988, por exemplo, assegura ser livre qualquer trabalho, ofício ou profissão, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. A falta da lei não torna o exercício do direito inviável. Ou seja, o exercício da profissão não será obstado pela ausência de norma que o regule. Por isso, em tal situação, não será caso de mandado de injunção.

Flávia Piovesan apresenta uma equiparação entre a falta de norma regulamentadora e a norma regulamentadora inconstitucional (apresentada no caso de inconstitucionalidade por omissão), uma vez que as duas normas estão afrontando o disposto na Constituição. A autora declara que

“a norma regulamentadora inconstitucional é equiparável à ausência de norma regulamentadora, pela ineficácia da regra de direito contrária à Constituição.

¹⁹⁷ Nesse sentido, cumpre lembrar que a Constituição Federal conferiu ao Congresso Nacional competência para elaborar emendas constitucionais. Por isso, a sua denominação: poder constituinte constituído ou reformador. Ferreira Filho explica que o “poder constituinte de revisão é aquele poder, inerente à Constituição rígida que se destina a modificar essa Constituição segundo o que a mesma estabelece. Na verdade, o Poder Constituinte de revisão visa, em última análise, permitir a mudança da Constituição, adaptação da Constituição a novas necessidades, a novos impulsos, a novas forças, sem que para tanto seja preciso recorrer à revolução, sem que seja preciso recorrer ao Poder Constituinte originário”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional comparado: I – O Poder Constituinte*. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 155-6.

¹⁹⁸ Este é o entendimento do STF, MI 211, relator Ministro Otavio Gallotti, DJ de 18-08-95.

¹⁹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 94, 1990, p. 147.

²⁰⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 368-9.

Nesse raciocínio, admite-se a injunção, cabendo ao legitimado impetrá-la, argüindo a inconstitucionalidade e, por isso, a ineficácia da norma regulamentadora²⁰¹.

Com o devido respeito a esse posicionamento, que se mostra objetivista, na medida em que equipara duas situações diversas, quais sejam, a primeira, dada pela falta de norma regulamentando dispositivo constitucional, e a segunda, pela lei já existente, não satisfazendo os ditames constitucionais, caso de ação de inconstitucionalidade por omissão.

A respeito dessa questão, o STF posicionou-se no sentido de que não cabe mandado de injunção quando houver regulamentação, mesmo que injusta ou inconstitucional, uma vez que o cabimento da injunção está atrelado à falta de norma regulamentadora²⁰².

²⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra as omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 137.

²⁰² MI 79-4 AgR/DF, relator Ministro Octávio Gallotti, DJ de 02-08-90.

CAPÍTULO IV

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

O Supremo Tribunal Federal, após o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, mostrou de forma clara o caráter ativista por parte de seus Ministros. Esse ativismo configurou-se pela mudança da composição dos Ministros, a partir do início do primeiro governo de Luiz Inácio Lula da Silva (2002-2006)²⁰³, por conta do preenchimento de vagas em consequência de aposentadorias.

É sabido o papel de liderança institucional do Supremo Tribunal Federal²⁰⁴ nas questões emblemáticas hodiernas, como a questão da legalidade de se realizar aborto no caso de bebê anencéfalo (ADPF/54), a da demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol (Ação Popular 3388), a da falta de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (MI 670-9/ES, MI 708/DF e MI 712/PA) e, também, a da Reclamação 4335/AC, ainda em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

Os temas levantados abrem caminho para importantes reflexões a respeito de questões tormentosas, como a possibilidade do sistema político brasileiro caminhar para uma *supremocracia*²⁰⁵, a ponto de o Poder Judiciário vir a discutir assuntos de áreas diversas das da sua competência ou de sua alçada.

Cabe elucidar, nesse contexto, o trajeto do Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras e a influência da Suprema Corte americana em sua consolidação

4.1. Panorama constitucional do Supremo Tribunal Federal

Em 1808, o Príncipe Regente, o futuro D. João VI, criou, no Brasil, um Tribunal de porte superior, chamado Casa da Suplicação, com o mesmo modelo do já existente em

²⁰³ Ministro Gilmar Ferreira Mendes (20-6-2002); Ministro Antonio Cesar Peluso (25-6-2003); Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto (25-6-2003); Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes (26-6-2003); Ministro Eros Roberto Grau (30-6-2004); Ministro Enrique Ricardo Lewandowski (9-3-2006); Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (21-6-2006); Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (5-9-2007). Os demais Ministros são mais antigos na Casa: Ministro José Celso de Mello Filho (17-8-1989); Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (13-6-1990) e Ministra Ellen Gracie Northfleet (14-12-2000).

²⁰⁴ SADEK, Maria Tereza. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup233898,0.htm> Acesso em: 28.03.2009.

²⁰⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/1,,EMI19313-15295,00.html>> Acesso em: 25.03.2009.

Lisboa, mas que, com a invasão napoleônica, estava materialmente impossibilitada de continuar a exercer as suas funções no tocante aos processos originários do Brasil. Na Casa de Suplicação do Brasil, configurou-se o primeiro Tribunal que, em nosso país, exerceu papel de disciplina e revisão em relação aos Tribunais locais das Capitanias, unificando a interpretação do Direito, já com característica brasileira.

Mesmo que alguns magistrados fossem oriundos de Portugal, lá formados, e, necessariamente, aplicassem o Direito do Reino, muitas vezes, legislavam para as condições especiais e peculiares do Brasil. Assinala-se, por exemplo, o Alvará de 10 de maio de 1808 como marco inicial, básico da Organização Judiciária do Brasil, dando-lhe por cúpula a Casa de Suplicação, com sede no Rio de Janeiro.

A Constituição do Império, de 1824, estabelecia um Poder Judicial independente e composto por juízes, com previsão de um Supremo Tribunal de Justiça, sem praticamente nenhuma semelhança com o futuro Supremo Tribunal Federal.

O Imperador D. Pedro II, sentindo a necessidade da criação de um órgão que zelasse pelo bom funcionamento do sistema constitucional, designou dois brasileiros para analisarem o funcionamento e a estrutura da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, pois ali estaria a chave para o melhoramento da estrutura judiciária brasileira²⁰⁶. Mesmo com o fim da Monarquia, permaneceu a ideia de se criar um órgão semelhante à Suprema Corte norte-americana.

A Constituição outorgada de 1824 instituiu, no artigo 163, que,

“na Capital do Império, além da Relação que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de – Supremo Tribunal de Justiça –, composto por juízes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades, e serão condecorados com o título de Conselheiros.”

O artigo 164, por sua vez, assim estabeleceu:

“A este Tribunal compete:

- 1º. Conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar.
- 2º. Conhecer os delitos e erros de ofício que cometerem os seus Ministros, os das Relações, os empregados no corpo diplomático e os presidentes das Províncias.
- 3º. Conhecer e decidir os conflitos de jurisdição”.

²⁰⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 1890 – 1898. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, v. I, p. 1-2.

Com essa previsão legal, formaram-se, embora de forma embrionária, algumas das funções e atribuições do Supremo Tribunal Federal, ainda com o nome de Supremo Tribunal de Justiça.

A expressão *Supremo Tribunal Federal* foi adotada na Constituição Provisória, publicada pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, tal como consta, especificamente, nos artigos 54, 55 e 58.

O Supremo Tribunal Federal era composto por 15 membros, escolhidos dentre os 30 juízes federais mais antigos, os cidadãos de notável saber e reputação²⁰⁷. Repetiu-se tal situação no Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890²⁰⁸, que organizou a Justiça Federal.

A influência da Suprema Corte norte-americana teve início com a atuação de Ruy Barbosa na formação da primeira Constituição Republicana (1891). Ruy Barbosa, como se imagina, não era um grande idealizador da República, tampouco participou ativamente do grupo que lutou pela instalação da República. Ele era um federalista antes de um republicano. Com a falta de flexibilidade nos gabinetes imperiais — os quais não permitiam a propaganda republicana —, e sempre defensor das liberdades fundamentais, tornou-se defensor da República. Pode-se dizer que foi o autor dos grandes atos e decretos do Governo Provisório, dentre eles o decreto que cria o Supremo Tribunal Federal²⁰⁹.

Cabe, assim, citar uma passagem da militância de Ruy Barbosa, no início da República, em defesa da causa de um Juiz de Direito do Rio Grande do Sul:

“Alcir de Mendonça Lima, na célebre passagem da vida dele, que havia sido cassado por Julio de Castilhos, então governador daquele Estado, por haver descumprido um dispositivo da Constituição daquele Estado, que teria alterado substancialmente a instituição do júri. A Constituição Federal Republicana dizia:

²⁰⁷ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 17-20.

²⁰⁸ O Ministro da Justiça do Governo provisório, Campos Sales, na exposição de motivos ao Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, explicou que “a Magistratura, que agora se instala no país graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe posta a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regimen decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto, na elevada esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão. [...] Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo”. RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 1890 – 1898. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, v. I, p. 1-2.

²⁰⁹ CAMARGO, Margarida Lacombe. O Supremo Tribunal Federal - aspectos históricos. In: *Anais do Seminário: O Supremo Tribunal Federal na História Republicana*. Brasília: AJUFE, 2002, p. 315 e segs.

Fica mantida a instituição do júri. E a Constituição daquele Estado havia alterado, suspendendo o voto a descoberto e as escusas peremptórias. Rui, portanto, socorre, defende o juiz no Supremo Tribunal Federal, argüindo a independência da magistratura, que ele reputava como ponto inquestionável para todo esse modelo liberal que apregoava, como também pode ser considerado um dos primeiros exemplos de autonomia dos Tribunais e dos Juizes em fazerem frente, em resistirem à norma inconstitucional.”²¹⁰

Proclamada a República e promulgada sua Constituição Federal em 1891, o artigo 55 estabelecia que o “Poder Judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos juizes e Tribunais Federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso criar”. No artigo 56, estipulava que o Supremo Tribunal Federal seria composto por 15 juizes, entre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado, e nomeados pelo Presidente da República, sujeitando-os à aprovação pelo Senado.

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, sob influência norte-americana, surgiu com o papel de intérprete máximo da Constituição Republicana, e que o controle difuso de constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil, com a Lei Federal nº 221, de 20 de novembro de 1894, pela qual se concedeu competência aos juizes e tribunais para apreciarem a validade das leis e dos regulamentos, e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais.

Ruy Barbosa, como exerceu um papel importante na propagação da mudança de atuação dos tribunais, afirmou que esses órgãos deveriam examinar a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e, se necessário fosse, negar-lhes a execução.

Com o entusiasmo de Ruy Barbosa e a mudança dos membros dos Ministros por motivo de idade, o Supremo Tribunal Federal começou a trilhar seu novo caminho e, assim, construiu-se, na doutrina brasileira, um remédio legal, o *Habeas Corpus*.

Foi uma fase de grande crescimento para a jurisprudência brasileira, tendo como base o surgimento do *Habeas Corpus* — instrumento de defesa dos direitos garantidos na Constituição, embora a questão da cidadania ainda não tivesse sofrido alteração, principalmente no que concernia às classes populares.

Outras situações desagradáveis, decorrentes da instalação de um novo órgão de guarda da Constituição, foram as intervenções do governante, à época, Floriano Peixoto, no Supremo Tribunal Federal. Tal fato ocorreu quando houve a declaração, pelo Supremo

²¹⁰ CAMARGO, Margarida Lacombe. O Supremo Tribunal Federal - aspectos históricos. In: *Anais do Seminário: O Supremo Tribunal Federal na História Republicana*. Brasília: AJUFE, 2002, p. 325.

Tribunal Federal, da nulidade do Código Penal da Marinha. Naquela ocasião, muitos políticos acusaram tal declaração de crime de abuso de autoridade, o que resultou na paralisação do STF por vários meses, já que o *Marechal de Ferro* não preenchia as vagas dos juízes que se aposentavam, nem tampouco nomeava o presidente eleito pelo Tribunal.

Após as crises enfrentadas no período do Marechal Deodoro e de Hermes da Fonseca, torna-se interessante recordar a fase pela qual passou o Supremo Tribunal Federal durante o governo de Getúlio Vargas, a partir de 1930.

O governo Vargas (1930) já se fez notar com a suspensão das garantias judiciais dos magistrados, e a retirada do âmbito do judiciário da apreciação dos atos do governo provisório, por meio do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930.

Após a Revolução de 1930, o governo provisório decidiu reduzir o número de Ministros, de 15 para 11, por meio do Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931.

A Constituição Federal de 1934, entretanto, continuou regulando o controle de constitucionalidade criado em 1890, na forma do controle difuso. No artigo 94, IV, a desta Carta atribuiu-se ao Senado Federal a competência de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Com esse dispositivo, as declarações de inconstitucionalidades proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não estariam mais vinculadas apenas às partes.

Ademais, aludida Constituição inovou ao prever a possibilidade de se fiscalizar a constitucionalidade das leis por via de ação direta. Coube ao Procurador-Geral da República a competência de apresentar ao Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de lei estadual que contrariasse os princípios constitucionais elencados no seu artigo 7º, podendo ensejar intervenção federal (artigo 12, § 2º da CF/34)²¹¹.

Paulo Bonavides aponta quatro importantes inovações legislativas feitas pela Constituição Federal de 1934, em sede de jurisdição constitucional:

²¹¹ A ação direta interventiva prestava-se a submeter à apreciação do Supremo Tribunal Federal não o ato estadual apontado como violador de princípio constitucional, mas de lei federal de intervenção, da qual a constitucionalidade haveria de ser analisada. Com isso, no caso de violação de princípios constitucionais a ação direta interventiva servia para autorizar a execução da intervenção federal. Como será verificado em capítulo específico, o controle de constitucionalidade na forma concentrada será criado com a Emenda Constitucional de nº 16, de 06 de dezembro de 1965. As ações que compõem tal controle são: ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental.

“A primeira novidade foi o instituto da *maioria absoluta* de votos da totalidade dos juízes, como requisito indispensável à declaração, pelos tribunais, da inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público.

A segunda, a competência deferida ao Senado Federal para suspender a execução total ou parcial de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, cuja inconstitucionalidade haja sido declarada pelo Poder Judiciário.

A terceira, a provocação do Procurador-Geral da República para que a Corte Suprema tomasse conhecimento da lei federal que houvesse decretado a intervenção da União no Estado-membro em caso de inobservância de certos princípios constitucionais, e lhe declarasse a constitucionalidade.

A quarta, finalmente, a instituição do mandado de segurança ‘para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.’²¹²

Bonavides também expõe que “os historiadores constitucionais quase todos coincidem em assinalar a importância da Constituição de 1934 como um expressivo marco na progressão do País rumo a um controle direto de constitucionalidade”²¹³.

A Constituição de 1937 gerou muita polêmica no tocante aos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal. Houve a retirada das chamadas questões políticas da competência originária do Supremo Tribunal Federal e, caso o Executivo não concordasse com a declaração de inconstitucionalidade, haveria a possibilidade de que ela fosse alterada pelo Congresso Nacional. Ou seja, esta medida retirava do Supremo Tribunal Federal o poder único e inquestionável de guardião da Constituição.

Já a Constituição de 1946 adotou o sistema de controle difuso de constitucionalidade, implantado em 1891 e aperfeiçoado em 1934, ao instituir a possibilidade de controle de constitucionalidade por via de ação direta nos casos de intervenção federal. A atribuição de levar ao Supremo Tribunal Federal ato arguido de inconstitucionalidade será exercida pelo Procurador-Geral da República, servindo este não só para levar ao Supremo Tribunal Federal conflitos entre a União e os Estados, mas também entre os próprios poderes do Estado que, através de representações ao Procurador-Geral da República, buscarão impugnar atos contrários à Constituição Federal, emanados do legislativo ou do executivo estadual²¹⁴.

A respeito da nova configuração da representação interventiva, Bandeira de Mello assim explica:

²¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 328.

²¹³ *Idem*, p. 328.

²¹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002, p. 122-3.

“O texto da Constituição de 1946 sobre esse caso de intervenção é distinto do da de 1934, embora este seja a sua fonte inspiradora.

No da de 1934, como se viu, a execução de intervenção, que competia ao Presidente da República, só se efetuaria no caso de decretação de intervenção pelo Poder Legislativo, a quem cabia tomar essa medida, na hipótese de violação dos princípios constitucionais da União, se o Supremo Tribunal Federal, mediante provocação da Procuradoria-Geral da República, tomasse conhecimento dessa lei de decretação de intervenção e declarasse a sua constitucionalidade. E essa provocação seria de *moto próprio*, ou por determinação do Presidente da República, ao qual se achava subordinado, e a quem competia executar dita intervenção.

Já na Constituição de 1946, o procedimento era diferente. O Procurador-Geral da República submeteria ao exame do Supremo Tribunal Federal o ato argüido de inconstitucional, em virtude de petição de terceiro, com o seu pronunciamento, pró ou contra: e se aquele órgão judicante declarasse a inconstitucionalidade do ato impugnado, o Congresso Nacional decretaria a intervenção federal. Porém, antes do Executivo efetivá-la, se limitaria o Congresso a suspender a execução do ato considerado inconstitucional, caso essa medida bastasse para estabelecer a normalidade no Estado federado, evitando-se, a concretização da intervenção.”²¹⁵

Após a vigência da Constituição Federal de 1946, a respeito da decretação de intervenção, vários dispositivos de leis estaduais foram declarados inconstitucionais, mas nunca resultando em intervenção. O governo militar ampliou o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal, de 11 para 16, por meio do Ato Institucional nº 2, de 1965, mas suspendeu as garantias constitucionais dos magistrados, como inamovibilidade, vitaliciedade e estabilidade.

Ainda no período militar e com todas as suspensões das garantias (antes asseguradas) aos magistrados, surge no Direito brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade, por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 1965. A competência para processar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade, de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República, é transferida ao Supremo Tribunal Federal.

Na exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, o Ministro da Justiça, Juracy Magalhães, explica que o objetivo maior da reforma era o da diminuição da sobrecarga do Supremo Tribunal Federal, na medida em que, com apenas uma decisão do Supremo, já haveria possibilidade de obstruir várias lides a respeito da mesma inconstitucionalidade.

A questão preocupante surge no momento de formação da legitimidade ativa, uma vez que a atribuição de provocar a jurisdição ao Supremo era do Procurador-Geral da

²¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 188.

República, demissível *ad nutum* pelo Presidente. Esse modo de provocação do Judiciário tornou-se um instrumento de pouco valor no controle dos atos inconstitucionais praticados pelo Executivo. O Supremo Tribunal Federal apenas alcançaria analisar uma questão de inconstitucionalidade por meio de controle concentrado, “se esse alto funcionário, de confiança do Presidente, assim o quisesse”²¹⁶. Conclui-se, por essa caracterização, pela formação de um método de controle concentrado, criado tanto em sentido técnico-jurídico quanto em sentido político.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n° 1, de 1969, no tocante ao Supremo Tribunal Federal (haja vista que os demais pontos relativos a esta Constituição já foram apresentados em capítulo próprio), somente acrescentaram as mudanças estabelecidas pela Emenda Constitucional n° 16, de 1965. Foi um período do regime militar em que o Supremo Tribunal Federal permaneceu em silêncio por algum tempo²¹⁷, até adquirir maior confiança dos militares, confirmada pelo chamamento de alguns Ministros para participarem da reforma judiciária, implantada em 1977.

Será por meio da Emenda Constitucional n° 7, de 1977, que ficará o Supremo Tribunal Federal responsável por julgar:

“as causas processadas perante quaisquer juízos 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 de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido” (artigo 119, I, o da Constituição de 1967).

4.1.1. O papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 não alterou a estrutura do Supremo Tribunal Federal, incorporou algumas inovações, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, a ação declaratória de constitucionalidade (EC 3/93), a arguição de descumprimento de preceito fundamental, já comentado em capítulo anterior. Algumas das competências estabelecidas, que anteriormente eram do Supremo Tribunal Federal,

²¹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002, p. 123.

²¹⁷ A tensão no governo militar é vista de forma clara por meio da Emenda Constitucional n° 1, de 1969, na qual o Poder Executivo fica autorizado a legislar sobre todas as matérias e o Congresso nacional é destituído.

foram remetidas ao Superior Tribunal de Justiça, também criado com a Constituição de 1988.

No tocante às competências do Supremo Tribunal Federal, tem-se: a) *jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade*, referente ao julgamento de ação direta, interventiva ou genérica e por via de exceção; b) *jurisdição constitucional da liberdade*, proteção dos direitos por meio dos remédios constitucionais, como *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção e extradição; e c) *jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade*, na qual estão inseridas questões relacionadas ao julgamento de autoridades, litígios entre Estados membros, conflito de competências, etc.²¹⁸

Além dessas, as competências outorgadas ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988 podem ser classificadas em ordinárias (artigo 102, I, da CF) e em recursais, sendo que estas se dividem em recursais ordinárias (artigo 102, II, da CF) e recursais extraordinárias (artigo 102, III, da CF).

Desse modo, na perspectiva formal, o Supremo Tribunal Federal apresenta dois papéis, pois, além de guardião da Constituição, exerce a função de órgão recursal, representando uma *quarta* instância do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal não seguiu os moldes existentes na Europa, no que se refere à criação de um Tribunal Constitucional, na medida em que, no Brasil, ele não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, vez que há o controle difuso, pelo qual se permite que outro tribunal ou juiz analise a inconstitucionalidade. Isso significa que o seu julgamento deverá ser

“puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar a inconstitucionalidade.”²¹⁹

Dentre os demais Poderes, o Supremo Tribunal Federal é o órgão estatal que apresenta, em suas decisões, maior grau técnico. Algumas decisões do Supremo Tribunal

²¹⁸ A) jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, artigo 102, I, a e p; artigo 102, III da Constituição de 1988; b) jurisdição constitucional da liberdade, artigo 102, I, d, g, i, q e artigo 102, II, a e b da Constituição de 1988; c) jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade, artigo 102, I, b a o. Idem, p. 560/561.

²¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 558.

Federal também apresentam um grau de efeitos políticos, o que não descaracteriza a natureza jurídica de suas decisões.

Ressalte-se que a posição do Supremo Tribunal Federal, diante dessas questões de natureza política, dependerá muito da convicção ideológica do Ministro, fato que provavelmente provocará consequências diretas nos demais poderes e para todos os cidadãos; questões jurídico-políticas que “patenteiam a discricionariedade de que gozam as cortes constitucionais.”²²⁰

Fato é que não há como subsistir um controle de constitucionalidade totalmente jurídico ou político. Entretanto, lembra Agra, “um dos grandes perigos que o ameaça é sua partidarização, passando a decidir de acordo com conveniências políticas, sem respaldo nos mandamentos constitucionais”²²¹.

4.2. A judicialização da política

O termo *judicialização da política* ficou conhecido por meio do trabalho de Tate e Vallinder, na obra *The global expansion of judicial power*²²², publicada nos Estados Unidos.

Para Vallinder, a judicialização da política

“should normally mean either: (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the court or, at least, (2) the spread of judicial-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process”²²³.

²²⁰ AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 47.

²²¹ Idem, p. 53.

²²² TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjörn (orgs). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

²²³ “deve normalmente significar: (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos de decisões judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial” (tradução livre). TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjörn (orgs). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995, p. 13.

No entanto, Eisenberg entende que os dois movimentos apresentados por Tate e Vallinder formam-se diferentemente, sendo o primeiro a judicialização e, o segundo a tribunalização, pois

“(1) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juizes e tribunais – isto é, uma politização do Judiciário; (2) a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes. Em nosso juízo, este segundo movimento é bem mais descrito como uma ‘tribunalização’ da política, em oposição à judicialização representada pelo primeiro movimento. Esta distinção terminológica se faz necessária em virtude dos diferentes processos genéticos que explicam o advento de cada um deles, já que a **judicialização diz respeito a uma transformação das normas e das formas de atuação dos membros do Poder Judiciário**, enquanto a tribunalização se refere a transformações no âmbito dos outros dois Poderes e seus membros.”²²⁴ (grifo nosso)

Sendo assim, entende-se que a judicialização da política forma-se no momento em que certas situações, de grande repercussão política ou social, são levadas, não mais para as instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional e o Poder Executivo, mas para os órgãos do Poder Judiciário.

Marcus Faro de Castro explica ainda que

“a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse público’, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma ‘política de direitos’.”²²⁵

Essa expansão da área de atuação do Poder Judiciário pode acontecer em várias condições políticas, exemplificativamente ora enumeradas: 1) com um sistema político democrático, já que em países autoritários não existe qualquer possibilidade de um processo de expansão do poder judicial; 2) pela separação dos poderes, correspondendo a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos²²⁶; 3) pela existência de direitos políticos formalmente reconhecidos na Constituição; 4) pelo uso dos tribunais pelos grupos de interesse, na medida em que é necessário, para um ambiente

²²⁴ EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 47.

²²⁵ CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, 1997, n. 34, v. 12, p. 147-156.

²²⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Judiciário*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 30.

de judicialização, que grupos de interesse (como entidades de classe ou confederações sindicais, por exemplo) movimentem-se na participação de ações judiciais; 5) pelo uso de tribunais pela oposição, tendo em vista a necessidade de partidos políticos se servirem dos tribunais para conterem as alterações em curso movidas pela maioria do governo (várias ações diretas de inconstitucionalidade são impetradas por partidos políticos, hoje, no Brasil²²⁷); e 6) pela inefetividade das instituições majoritárias, quando não solucionam as demandas sociais. Por isso, alguns tribunais são levados a resolver conflitos políticos, diante da inércia do Poder Legislativo²²⁸.

Como se pode perceber, no Brasil, o processo de judicialização da política iniciou-se somente com o advento da Constituição de 1988, por meio de medidas inovadoras e democráticas, produzindo, dentre outras inovações, normas de direitos e garantias individuais (*habeas data*, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, organização dos Poderes, etc.), que reforçam uma ampla participação popular, por meio de suas entidades de classe e de seus representantes no Congresso Nacional, caracterizando-se como uma *Constituição Cidadã*, expressão cunhada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte.

Com efeito, a Constituição de 1988 redefiniu as relações entre os três Poderes, dando eficácia ao sistema da *judicial review*, principalmente quando admite um rol de legitimados para participar no controle de constitucionalidade das leis. E o Supremo Tribunal Federal passou a intervir no sentido de julgar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que venha a violar a Constituição.

Na mesma linha de pensamento, Citadino aduz o que segue:

“Se hoje nos permitimos discutir o processo de ‘judicialização da política’ é porque fomos capazes de superar o autoritarismo e reconstruir o Estado de Direito, promulgando uma Constituição que, nesse processo, representa um consenso, ainda que formal, em torno dos princípios jurídicos universais [...]. Para isso, o processo de ‘judicialização da política’ não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania

²²⁷ Apenas a título de exemplo, ADI 4050-2/DF impetrada pelo PSDB; ADI 4041-3/DF impetrada pelo DEM; ADI 4037-5/SC, impetrada pelo PSDB, PRB, PP e PV; ADI 3999/DF impetrada pelo PSC (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em 07. 05.2009.

²²⁸ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de sociologia e política*. Curitiba, nov. 2004, v. 23, p. 115-26.

juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer.”²²⁹

Esse fenômeno é verificado por meio de um comportamento institucional, na medida em que a atividade política é exercida pelos membros do Poder Judiciário, no caso os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por dois motivos: “por serem integrantes do aparato de poder do Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas de direito, que são necessariamente políticas.”²³⁰

Ademais, no momento em que o intérprete da lei faz a escolha entre as normas, entre as interpretações, com seus *pré-juízos* e *pré-conceitos*²³¹, existe uma atuação política e, é claro, jurídica, nesta decisão, e, mesmo quando for declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei perante a Constituição, existirá uma conotação política, “pois em qualquer caso haverá efeitos sociais e alguém será beneficiado ou prejudicado”²³².

Agra assim se posiciona:

“As injunções sócio-político-econômicas que cercam as decisões da Egrégia Corte brasileira não retiram a essência de sua natureza jurídica porque suas sentenças são construídas a partir de uma racionalidade peculiar à Ciência do Direito. As influências que circundam o mundo jurídico, para serem estas absorvidas, são transformadas em linguagem própria do sistema, funcionando de acordo com as estruturas que regem o Direito”²³³.

Em várias decisões, o Supremo Tribunal Federal é levado a se manifestar no tocante a questões de natureza política, sendo que sua orientação dependerá de sua convicção ideológica.

Para Canotilho, o “Poder Judiciário faz política quando se proclama o *poder de defesa dos direitos dos cidadãos* contra as orientações das instituições político-

²²⁹ CITADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In VIANNA, Luiz Werneck (org). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: UFMG, 2003, p. 39.

²³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 89.

²³¹ “O intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por assim dizer, arquimédico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade enformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo. Ele atende o conteúdo da norma de uma (pré)-compreensão, que primeiramente lhe torna possível olhar a norma com certas esperanças, projetar um sentido do todo e chegar a um anteprojeto que, então, em penetração mais profunda, carece da confirmação, correção e revisão até que, como resultado da aproximação permanente dos projetos revisados, cada vez, ao ‘objeto’, determine-se univocamente a unidade do sentido”. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 61-2.

²³² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 97.

²³³ AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 48.

representativas e quando se assume como o *poder de revelação dos valores fundamentais* da comunidade”. E conclui que o juiz, sendo o “guardião dos direitos e o *juiz que realiza objetivos* moralmente justos representa hoje, com efeito, os arquétipos de ruptura relativamente ao modelo jacobino de *juiz executor*”²³⁴.

Ora, a *função do juiz*, expressão aqui usada de forma ampla, não é apenas aplicativa, ou seja, não consiste apenas em aplicar o disposto na lei, mas sim interpretativa. O processo de decisão exige que o juiz interprete a norma para, posteriormente, aplicá-la no caso concreto, devendo interpretá-la e valorá-la dentro de determinada situação.

O intérprete *autêntico* irá terminar, finalizar o trabalho do autor do texto normativo: “a finalização desse trabalho, pelo intérprete autêntico, é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um novo texto sobre aquele primeiro texto”²³⁵.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de um comportamento ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência, conquistando áreas que talvez não estivessem no texto original da Constituição?

Um dos grandes perigos que ameaça essa atitude do juiz, agindo de maneira ativista, pode ser ou não constatado pela resposta a uma outra indagação: A “radicação jurídico-política de magistraturas activas conduz ou não a um *estado de juízes* dominado por um activismo politicamente conformador das magistraturas”²³⁶?

A resposta a tal questionamento, feito por Canotilho, de extrema importância e de relação direta com a presente dissertação, será explorada no tópico seguinte, com base na conceituação de *ativismo judicial* e de suas consequências nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

²³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes e BERARDI, Luciana Andrea Accorsi (Orgs.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem à professora Maria Garcia*. São Paulo: IOB-Thomson, 2007, p. 230-41.

²³⁵ GRAU. Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 60.

²³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes e BERARDI, Luciana Andrea Accorsi (Orgs.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem à professora Maria Garcia*. São Paulo: IOB-Thomson, 2007, p. 230-41.

4.3. Ativismo judicial

Convém destacar a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial. No contexto brasileiro, judicialização “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”²³⁷. O ativismo judicial dá-se por meio de uma atitude do julgador, uma opção de interpretar a Constituição, difundindo seu alcance e propósito. O ativismo judicial está ligado a uma atuação mais intensa e vasta do Judiciário na interpretação da Constituição, ocasionando maior interferência nos demais Poderes.

Quando da promulgação da atual Constituição em 1988, o controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal era visto de forma mais defensiva, com uma jurisprudência direcionada aos temas de direito privado. No entanto, tal situação faz parte do passado, por conta do aumento das questões voltadas ao Direito Constitucional e, também, pela alteração dos valores que perpassam a própria composição do colegiado de Ministros, uma vez que são magistrados advindos de um cenário voltado para a valorização do acesso à justiça e do acesso à Constituição²³⁸.

Em decorrência das alterações incorporadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e pela modificação da composição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a partir de 2002, fica nítido o ativismo judicial da Corte, ou seja, a atitude mais intensa e vasta no modo de decidir dos Ministros, de interpretar a Constituição, alargando os limites do Judiciário.

A expressão *ativismo judicial* é tomada por várias denominações, como criatividade judicial, ativismo partidário, ativismo remedial, dentre outras. No dicionário brasileiro, por exemplo, o conceito de ativismo é o de “Doutrina ou prática que preconiza ação política vigorosa e direta; militância”²³⁹.

Neste trabalho, o emprego se dará no tocante à atuação do Supremo Tribunal Federal em trilhar caminhos muitas vezes diversos dos estabelecidos pela Constituição, levando o país a uma *supremocracia*. Ou seja, o ato de ignorar o significado da Constituição, em prol da visão pessoal do juiz. Nos dizeres de Sadek:

²³⁷ BARROSO, Luis Roberto. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375> Acesso em: 02.02.09.

²³⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 42.

²³⁹ Dicionário Aurélio/Folha de São Paulo. São Paulo: Nova Fronteira.

“Na medida em que se robustece o protagonismo do Judiciário, crescem e se acirram as posições favoráveis e as contrárias a esse fenômeno. A valorização do ativismo judicial e do constitucionalismo tem seu contraponto na contenção, nos riscos da extrapolação de suas funções, nos preceitos majoritários (...) Hoje o que está em discussão não é o protagonismo do Judiciário, mas sua extensão e limites”²⁴⁰.

Os comentários de Sadek seguem a mesma linha de pensamento deste trabalho, na medida em que o Supremo Tribunal Federal, por meio de uma postura ativista, em algumas decisões, vem atuando de forma a extrapolar seus limites estabelecidos na Constituição, alcançando áreas e temas, até então, nunca antes abrangidos.

Contrária ao ativismo judicial, encontra-se a teoria do *self-restraint*, configurando uma limitação da atuação do Judiciário, na medida em que busca conter o *judicial activism*, para que este se limite a interpretar a Constituição. Defende uma “ética de autocontrole do órgão que tem a prerrogativa de exercer a jurisdição constitucional, para que ele não se transforme em tutor dos demais poderes”²⁴¹. Trata-se de vertente típica da doutrina constitucional dos Estados Unidos.

4.3.1. Ativismo judicial na Suprema Corte dos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos, a primeira atuação da Suprema Corte para frear o Congresso e o Executivo ocorreu no caso *Marbury v. Madison*, em 1803. No entanto, a Suprema Corte mostrou-se mais ativista no período de 1890 a 1937; fase esta, marcada pela defesa de um liberalismo econômico sem limites²⁴². A Corte Suprema, nesse período, preocupou-se em defender os interesses das grandes empresas americanas, criando uma jurisprudência com fundamentos, muitas vezes, fora do previsto na Constituição, garantindo a defesa do livre mercado e limitando os poderes do Estado.

No período de 1937 a 1953, a Suprema Corte americana passou a atuar de forma mais passiva, preocupando-se com as liberdades civis.

A expressão *ativismo judicial*, nos Estados Unidos, foi retomada no ano de 1947, pela revista americana *Fortune*. O jornalista Arthur Schlesinger Junior delineou o perfil dos

²⁴⁰ SADEK, Maria Tereza. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup233898,0.htm> Acesso em: 28.04.09.

²⁴¹ AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 136.

²⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 61.

juízes da Suprema Corte norte-americana²⁴³. A partir disso, a expressão vem sendo empregada por vários constitucionalistas, com um direcionamento crítico negativo, para caracterizar um comportamento não condizente com os ditames constitucionais.

A decisão da Suprema Corte americana mais próxima do ativismo deu-se no caso *Brown versus Board of Education of Topeka*, em 1954, na *Era Warren*, na qual teve início o processo de integração dos negros aos sistemas escolares²⁴⁴. Earl Warren foi nomeado por Eisenhower, para a função de *Chief of Justice*, em 1953, e, a partir de então, a Supremo Corte passou a adotar uma postura que modificou o perfil dos Estados Unidos.

No caso *Brown versus Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte modificou consideravelmente os limites de sua própria ação, cessando o pensamento de posição passiva que, até então, limitava-se a impedir decisão parlamentar ou governamental contrária à Constituição.

O caso *Brown versus Board of Education of Topeka* tinha como objetivo incorporar as crianças negras ao sistema público de educação de Topeka, provando que uma socialização segregada resultava em consequências negativas ao desenvolvimento das crianças. Ao final, declarou-se inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas, dissolvendo-se, assim, a doutrina dos *iguais, mas separados*²⁴⁵.

Nos dizeres de Vieira:

“Ativismo judicial não é sinal de uma Corte socialmente progressista. Assim como um tribunal mais recatado não significa necessariamente conservadorismo. Pois quando a Corte se abstém de interferir e bloquear medidas progressistas, ela atende aos interesses desta ideologia circunstancialmente promovida pela vontade da maioria. Mas caso a vontade da maioria esteja promovendo interesses conservadores, abster-se em favor da vontade da maioria significa permitir a consolidação desses valores.

Portanto o que se pode notar é que independentemente da ideologia interpretativa predominante na Corte, a sua função no sistema político americano tem variado. Em determinados momentos assume o papel de limitador da vontade da maioria, substituindo decisões tomadas pelo parlamento, por julgados fundamentados na sua interpretação da Constituição. Em outros períodos limita-se apenas a

²⁴³ “Schlesinger Jr., ganhador do Prêmio Pulitzer e responsável por uma obra dedicada à crítica social americana, com ênfase na exploração do liberalismo exercitado por importantes políticos na história daquele país, tinha no ativismo judicial um elemento condicionante de sua análise, ao reconhecer, em uma linha divisória entre juízes ativistas e os de autolimitação, um reflexo de uma tendência liberal ou conservadora na atividade judicante de cada magistrado”. VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 20.

²⁴⁴ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Trad. Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 43.

²⁴⁵ No Caso *Plessy v. Ferguson*, em 1896, estabeleceu-se que as companhias ferroviárias deveriam providenciar acomodações *iguais, mas separadas* para as raças brancas e de cor. Em consequência disso, o serviço de transporte e educação eram prestados de forma separada também.

buscar tutelar os procedimentos estabelecidos pela Constituição para o funcionamento do procedimento democrático”²⁴⁶.

Após o período *Warren*, a função de *Chief of Justice* passa para William H. Rehnquist, nomeado, em 1972, por Richard Nixon. Rehnquist assume uma posição menos ativista e mais restritiva, gerando o chamado *self restraint*. Essa doutrina limita a atuação dos juízes, que passam a ser intérpretes da Constituição e, assim, estariam impedidos de “transformar essa prerrogativa em um monopólio de dizer o direito de acordo com suas conveniências, sem respaldo da Lei Maior, ferindo a atuação dos poderes estabelecidos”²⁴⁷.

Rehnquist julgava a Corte de Warren como demasiadamente ativista, motivo pelo qual aconselhava os demais membros da Corte a atuarem de forma mais restritiva (*judicial restraint*).

O falecimento de Rehnquist e a aposentadoria de Sandra O'Connor, a primeira mulher nomeada à Suprema Corte, permitiu ao Presidente George W. Bush nomear novos membros.

Não se pode esquecer de uma decisão emblemática, ocorrida nas eleições pela Presidência da República, na disputa entre George W. Bush e Albert Gore, que enfraqueceu a credibilidade da Suprema Corte americana²⁴⁸. A decisão declarou vitória a George W. Bush, negando a recontagem manual de votos na Flórida, com base na cláusula de igual proteção (XIV Emenda Constitucional). Tal decisão foi questionada por vários autores porque, negando a recontagem, pareceu a Suprema Corte, na verdade, recusar o direito ao sufrágio a vários negros²⁴⁹.

Após algumas decisões emblemáticas, nos Estados Unidos, vários doutrinadores apresentaram severas críticas à atuação da Suprema Corte. Um dos livros mais comentados na época (2005) foi o chamado *Men in Black: How the Supreme Court is Destroying America*²⁵⁰, de Mark Reed Levin, que relata a atuação ativista de juízes americanos, cujas decisões judiciais baseiam-se nas crenças dos próprios julgadores e

²⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 62.

²⁴⁷ AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 137.

²⁴⁸ SOUZA, Artur César de. As Cortes de Warren e Rehnquist: *judicial activism* ou *judicial self-restraint*. *Revista dos Tribunais*, ago. 2008, ano 97, volume 874, p. 11-44.

²⁴⁹ Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u13354.shtml> > Acesso em: 17.05.09. e SOUZA, Artur César de. As Cortes de Warren e Rehnquist: *judicial activism* ou *judicial self-restraint*. *Revista dos Tribunais*, ago. 2008, ano 97, volume 874, p. 11-44.

²⁵⁰ “Homens de preto: Como a Suprema Corte está destruindo os Estados Unidos” (tradução livre).

que, como consequência, resultam na elaboração de leis e não na sua devida interpretação²⁵¹. Além disso, estes juízes, em algumas situações, extrapolam seus poderes e interferem nos demais poderes.

4.3.2. Ativismo judicial e separação dos poderes

Como se pode perceber, a questão do ativismo judicial está presente não apenas no Brasil, mas também em outros países, notadamente nos Estados Unidos da América.

No entanto, convém direcionar o enfoque do estudo para os casos ocorridos no Brasil, para que se possa chegar a uma conclusão no tocante à atuação do Supremo Tribunal Federal perante os demais poderes.

O princípio da separação dos poderes²⁵² surgiu com Aristóteles, que distinguiu a assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo do judiciário na *Política*; mas foi com Montesquieu, em *O espírito das leis*, que houve uma definição e uma divulgação da separação dos poderes.

Montesquieu aplicou o princípio da separação dos poderes como forma de garantia da liberdade, expondo que “a liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro”²⁵³.

Depois de mencionar a liberdade política, Montesquieu afirma que todo homem que se encontra no poder está propenso a abusar do mesmo²⁵⁴. E explica ainda que cada um dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) desenvolve determinadas funções. No tocante à função judicial, Montesquieu acreditava que “os juízes da nação [...] são apenas

²⁵¹ Disponível em: <<http://www1folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1405200809.htm>> Acesso em: 10.05.09.

²⁵² Existe um questionamento a respeito da expressão separação dos poderes, seria melhor dizer separação das funções? Clève explica que “o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, todavia, não poderia consistir numa estratégia de partição de algo, por natureza, uno e indivisível [...]. A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividade entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos denominados de poderes. O poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, confere o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda diferentes funções. Ademais, o poder é indivisível por natureza. Não corresponde a uma coisa que a ela se possa aceder, algo com fim e começo, um objeto capaz de ser tomado, destruído ou multiplicado. O poder político soberano substancia uma relação de forças entre as classes e grupos antagônicos; relação sem forma definida, mas que, de qualquer modo se condensa e, por vezes, se materializa, dando origem a instituições, práticas e sociais, convenções, aparatos funcionais, como inclusive, o Estado e o direito. Logo, não pode ser dividido. Quando a doutrina tradicional trata do poder, dentro do contexto da célebre teoria em discussão, certamente, com esse significante está querendo fazer menção a um órgão estatal autônomo ou a uma função de Estado.” CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 30-1.

²⁵³ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987, p.165.

²⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 148.

a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”²⁵⁵.

Para Montesquieu, os órgãos que legislam não podem ser os mesmos que executam, assim como nenhum deles pode ser destinado a dirimir as controvérsias. Um poder não deve interferir no outro, pois assim não haveria liberdade²⁵⁶.

Hodiernamente, o princípio da separação dos poderes não representa mais aquela rigidez sustentada por Montesquieu. A maior extensão das atividades do Estado contemporâneo repercute numa nova visão da teoria da separação dos poderes, e em “novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário”²⁵⁷, buscando uma *harmonia entre os poderes*²⁵⁸.

Vieira expõe que o processo judicial deve se pautar em certos critérios para que o Supremo Tribunal Federal cumpra seu papel, estabelecido na Constituição, como os que seguem:

“1) tomar decisões com base em decisões anteriores que lhes foram pré-ordenadas pelos Poderes representativos, portanto, seguir a normatividade (que é composta por regras e princípios) e não outros critérios extraconstitucionais ou legais, como a comumente invocada comoção popular ou a pretensa eficiência econômica, pois não tem legitimidade democrática para fazer este tipo de escolha; 2) plena obediência ao princípio do devido processo legal, que permita um procedimento justo, *fair*, onde as partes possam, com igual peso e espaço, apresentar seus argumentos; 3) o imperativo da imparcialidade do juiz, que decorre do princípio da igualdade, do igual respeito e consideração com que todos devem ser tratados; 4) a decisão deve ser a decorrência mais correta, mais bem justificada, desse procedimento que busca a realização da justiça”²⁵⁹.

Streck, ao criticar as atitudes recentes dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no tocante à substituição do Direito por concepções subjetivas do julgador, assim se pronuncia:

“Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de

²⁵⁵ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 176.

²⁵⁶ *Idem*, p. 165.

²⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 109.

²⁵⁸ Artigo 2º da Constituição de 1988 dispõe que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

²⁵⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência e política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 229.

panprincipiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo que princípio é norma, o que fazer com um princípio como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa?”²⁶⁰

Na omissão do Congresso, é salutar que o Judiciário atue para criar algum tipo de parâmetro legal, sem com isso ferir o princípio da separação dos poderes. O Supremo Tribunal Federal, sendo um órgão inevitavelmente político, uma vez que suas decisões repercutem nos demais Poderes e na sociedade em geral, não pode, no entanto, decidir com fundamento retirado de princípios estrangeiros, diversos dos estabelecidos na Constituição, e aplicados de forma inconsequente nos seus votos.

Caso em que se observou essa *supremocracia* do Supremo Tribunal Federal – mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 –, foi na ADI 3105, referente à contribuição previdenciária sobre inativos. Pautaram-se os Ministros nos princípios da solidariedade, do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como nos objetivos constitucionais de universalidade, de equidade na forma de participação, no custeio e na diversidade da base de financiamento para instituir contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria.

Neste momento, cabe ressaltar a atuação jurídico-política de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal; diz-se *alguns*, haja vista que os Ministros Ellen Gracie Northfleet, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello votaram contra o desconto das aposentadorias e pensões a título de contribuição previdenciária:

“Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidores públicos o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição

²⁶⁰ “Princípios têm a função de resgatar o mundo prático no Direito. Por outro lado, decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia. Se cada um decide como quer, os tribunais – mormente o STJ e STF – acabam entulhados de processos”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em 15.03.09.

previdencial.” (ADI 3105-8/DF, relatora Ministra Ellen Gracie Northfleet, DJ 18.02.05).

Vale relembrar um trecho do voto da Ministra Ellen Gracie Northfleet, em que se verifica o equívoco a respeito da contribuição sobre proventos de aposentadoria e pensões como incidência tributária, e no qual ainda declara a inconstitucionalidade do artigo 4º, *caput*, § 1º, incisos I e II, da Emenda Constitucional nº 4 1, de 2003:

“[...] com a finalidade de alcançar o saneamento das finanças da previdência social, aposentados foram ‘reinstalados’ na condição de contribuintes do sistema, e pensionistas – que, estes, nunca estiveram na situação de contribuintes – passaram a sê-lo.

O equívoco em que, a meu sentir, incorrem os defensores da alteração introduzida pelo artigo ora em exame consiste em confundir sistemas diversos, de um lado o sistema estatutário a que se submetem os servidores públicos ao longo de sua vida funcional; de outro, o sistema previdenciário para o qual contribuem eles, quando em atividade e ao qual são agregados, quando ingressam na inatividade, passando a receber não mais vencimentos, mas proventos, desligados que estão, para todos os efeitos, do serviço público [...].

A emenda nº 41/03, em seu artigo 4º, portanto, quebra o sinalagma da relação jurídica previdenciária, forçando aposentados e pensionistas a efetuarem verdadeira ‘doação’ de parte de seus proventos, em nome do princípio da solidariedade intergeracional, que, embora respeitável, nem por isso faz tábula rasa de outros princípios de igual dignidade constitucional, como a garantia contra a bi-tributação (CF, artigo 154, I) e o princípio do não-confisco (CF, art, 150, IV)”. (ADI 3105-8/DF, relatora Ministra Ellen Gracie Northfleet. DJ 18.02.05).

Os argumentos amplamente justificados pelos Ministros vencidos não obtiveram eco suficiente para impedir a aprovação da respectiva medida, e o Supremo Tribunal Federal acabou por assumir uma postura de *legislador negativo*, de acordo com a doutrina de Hans Kelsen.

Como já explicitado anteriormente, a política está ligada à Constituição, não se podendo compreender a Constituição fora da realidade da política. “A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas”²⁶¹.

Mas a questão política não pode ultrapassar os ditames estabelecidos na Constituição, muito menos anular cláusulas pétreas, como no caso da ADI 3105, que anulou a garantia de direito adquirido, estabelecida no artigo 5º, XXXVI, da Constituição

²⁶¹ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: revista de cultura e política*. Curitiba, 2006, n. 61, p. 5-24.

de 1988, sendo este um direito individual, resguardado sua proteção por meio do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição²⁶².

Nos dizeres de Cappelletti, “o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na ‘equidade’ ou em análogos e vagos critérios de valoração.”²⁶³.

4.3.3. Ativismo judicial e segurança jurídica

Depois das várias mudanças ocorridas na Constituição de 1988, por meio das Emendas Constitucionais e das alterações dos Ministros no Supremo Tribunal Federal, as atuais concepções e interpretações – um tanto quanto intrigantes – dos Ministros têm provocado um ar de incerteza, de insegurança no mundo jurídico.

O homem demanda um grau de segurança para conseguir desenvolver seus atos na vida civil, familiar e profissional. Por conta disso, cabe ao Estado a responsabilidade de garantir segurança aos cidadãos, por meio dos atos administrativos, legislativos e judiciais.

Nessa linha de pensamento, Canotilho assim declara:

“O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito (...). Em geral considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos”²⁶⁴.

²⁶² Dalmo de Abreu Dallari apresentou críticas a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal: “Antes de apresentar os aspectos jurídicos da lamentável decisão, é interessante lembrar que a contribuição previdenciária, exigida sem que o contribuinte tenha podido discutir sua conveniência e seu montante, visa a garantir uma poupança para o trabalhador aposentado. E a contribuição do inativo teria por fim a formação de uma poupança para sua situação futura. Mas qual será esta, depois da aposentadoria? Em 1997, Gilmar Mendes, um dos Ministros que agora votaram pela anulação da cláusula pétreia, afirmou que tais cláusulas traduzem um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Carta. Como se vê, o tempo, ou algum outro fator, impediu o doutrinador de seguir o melhor caminho quando Ministro”. Disponível em: <<http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/brasil/2004/08/29/jorbra20040829004.html>> Acesso em: 15.02.09.

²⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 25.

²⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 257.

Ademais, o princípio da segurança jurídica irá abranger a proteção aos atos normativos (como a precisão das normas jurídicas, proibição de pré-efeitos de atos normativos e proibição de normas retroativas aos atos jurisdicionais e aos atos administrativos²⁶⁵), já que o indivíduo precisa de uma garantia para confiar na administração do Estado.

Na Constituição de 1988, a expressão *segurança*, em sentido amplo, é encontrada já no Preâmbulo²⁶⁶, e reiterada no *caput* do artigo 5º²⁶⁷. A segurança contida no Preâmbulo e no artigo 5º vem a ser genérica, incluindo a segurança jurídica, a segurança à educação, à saúde, ao lazer, ao desenvolvimento econômico, à liberdade, à dignidade humana, entre outros direitos e garantias individuais e sociais.

O princípio da segurança jurídica é considerado um dos princípios necessários em um Estado Democrático de Direito²⁶⁸, uma vez que detém a função de garantir, de tutelar os direitos conferidos aos indivíduos. O artigo 5º, incisos XXXVI a LXXIII²⁶⁹, da Constituição de 1988, dispõe a respeito do princípio da segurança jurídica²⁷⁰.

²⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 257.

²⁶⁶ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (grifo nosso).

²⁶⁷ “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade...” (grifo nosso).

²⁶⁸ “Ato do Tribunal de Contas da União. Competência do STF. Pensões civil e militar. Militar reformado sob a CF de 1967. Cumulatividade. **Princípio da segurança jurídica**. Garantias do contrário e da ampla defesa. No julgamento do MS n. 25.113/DF, Rel. Min. Eros Grau, o Tribunal decidiu que, ‘reformado o militar instituidor da pensão sob a Constituição de 1967 e aposentado como servidor civil na vigência da Constituição de 1988, antes da edição da EC 20/98, não há falar-se em acumulação de proventos do artigo 40 da CB/88, vedada pelo artigo 11 da EC n. 20/98, mas a percepção de provento civil (artigo 40 CB/88) cumulado com provento militar (artigo 42 CB/88), situação não abrangida pela proibição da emenda’. Precedentes citados: MS n. 25.090/DF, MS n. 24.997/DF e MS n. 24.742/DF. Tal acumulação, no entanto, deve observar o teto previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal. A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Este aspecto temporal diz intimamente com o **princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito**. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do artigo 5º). Segurança concedida.” MS 24.448/DF, relator Ministro Carlos Britto. DJ de 14-11-07. (grifo nosso).

²⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122.

²⁷⁰ “SERVIDOR PÚBLICO. Funcionário. Aposentadoria. Cumulação de gratificações. Anulação pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Inadmissibilidade. Ato julgado legal pelo TCU há mais de cinco (5) anos. Anulação do julgamento. Inadmissibilidade. Decadência administrativa. Consumação reconhecida. Ofensa a direito líquido e certo. Respeito ao princípio da confiança e segurança jurídica. Cassação do acórdão. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do artigo 5º, inc. LV, da CF, e artigo 54 da Lei federal nº 9.784/99. Não pode o Tribunal de Contas da União, sob fundamento ou pretexto algum, anular aposentadoria que julgou legal há mais de 5 (cinco) anos”. MS 25963/DF, relator Ministro César Peluso, DJ de 21-11-08.

A Lei nº 9868, no artigo 27, estabelece que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, poderá, com justificativa na segurança jurídica ou no excepcional interesse social, limitar os efeitos, a partir do trânsito em julgado, ou seja, *ex nunc*.

O Supremo Tribunal Federal já se declarou, em algumas decisões, pela constitucionalidade e possibilidade de tal medida, alegando que em casos excepcionais haverá uma *modulação temporal*²⁷¹ dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Exemplo disso é o AI 474.708-AgR:

“A norma contida no artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social”. (AI 474.708-AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ de 18-4-08).

Já os argumentos pela inconstitucionalidade do artigo 27, da Lei nº 9868/99, dizem que um ato inconstitucional não poderá ser mantido no ordenamento jurídico por conta do princípio da segurança jurídica. Sua manutenção é diversa da segurança jurídica, e a aceitação aos efeitos deste ato inconstitucional altera a hierarquia constitucional, vez que subordina a Constituição a lei infraconstitucional²⁷².

A importância de mencionar o princípio da segurança jurídica se faz necessária para que se possa questionar a atuação ativista de certos julgadores, na medida em que,

²⁷¹ “(...) A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex tunc* (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (Pleno). Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 — RTJ 145/339) —, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade (...).” RE 395902-AgR/RJ, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 25-8-06.

²⁷² Sobre este assunto: SORMANI, Alexandre. *Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: uma visão crítica da Lei nº 9868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 137-142.

tendo como base teorias e conceitos estrangeiros diversos dos prescritos pelo Direito Brasileiro, declaram uma posição pessoal a respeito de um caso concreto. Cada julgador possui convicções próprias, com seus *(pré)juízos e (pré)compreensões*, mas isso não significa que a decisão expresse esse subjetivismo. O julgador, ao se manifestar, deve utilizar argumentos baseados nos princípios e não em suas convicções pessoais.

Por conta dos termos vagos, ambíguos, tomam-se decisões de cunho pessoal, com base apenas na política, na economia, ou na moral. Nos dizeres de Streck, “acabamos por confundir a era dos princípios e a abertura semântica, que sempre existe, com autorização para uma livre atribuição de sentido, como se existisse um grau zero de sentido”²⁷³.

Exemplo de tal situação foi o caso do Ministro Humberto Gomes de Barros, que, mesmo pertencendo ao seleto quadro do Superior Tribunal de Justiça, mostrou-se desinteressado pelo pensamento doutrinário:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade de minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. **A eles porém, não me submeto.** Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme a minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado(...). Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico.”²⁷⁴ (grifo nosso)

Se todos os julgadores seguirem a atitude do Ministro, como se dará o controle das decisões?

No Brasil, a atuação do controle de constitucionalidade, de forma concentrada ou difusa, necessita de uma maior limitação. Exemplo disso são as análises do princípio da segurança, de acordo com o artigo 27 da Lei nº 9868/99²⁷⁵, na medida em que não têm sido tratadas de forma homogênea, suscitando divergências.

²⁷³ STRECK, Lênio. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2> Acesso em: 10.05.09.

²⁷⁴ Eresp 279889, relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 28-10-03.

²⁷⁵ A Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizaram Ação direta de inconstitucionalidade nº 21 54/DF, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 26, parte final e artigo 27 da Lei nº 9868/99. Após o voto do Ministro Sepúlveda Pertence pela inconstitucionalidade do artigo 27. Em 16.08.2007, a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha pediu vista dos autos (19.05.09).

Já a ADI 2240/BA evidencia um caso de divergência entre os Ministros, resolvido, a final, com a retificação do voto pelo relator, saída estratégica, própria do exercício de um ativismo judicial, criada e permitida pelos membros do Supremo Tribunal Federal.

O Partido dos Trabalhadores – PT ingressou com ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei n. 7619/00, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães, decorrente do desmembramento do Município de Barreiras/BA. O objeto da ação é a falta de lei complementar federal, exigida no artigo 18, § 4º, da Constituição de 1988.

O Ministro Eros Grau entendeu que não era caso de inconstitucionalidade, pois o Município já existe, elegeu seu Prefeito e Vice-Prefeito, recebe verbas federais, não sendo assim possível retornar ao passado para retomar a realidade, ferindo, com isso, o princípio da segurança jurídica. E, como o Município já existe de fato, como ente federativo, dotado de autonomia municipal, por meio de uma decisão política, instalou-se uma situação excepcional não prevista no ordenamento jurídico, formada, contudo, pela *força normativa dos fatos*²⁷⁶. A proposta do relator considerou a força normativa dos fatos suficiente à formação de outra entidade federativa; caso contrário, estaria traindo o princípio federativo.

A formulação do relator, no entanto, não progrediu. O Ministro Gilmar Mendes, ao pedir vista dos autos, apresentou a tese de que o Tribunal, em vários julgados, havia declarado a inconstitucionalidade de leis estaduais instituidoras de municípios, por falta de lei complementar federal, de acordo com o § 4º do artigo 18 da Constituição de 1988. E, por conta do artigo 27, da Lei nº 9868/99, declarou a inconstitucionalidade, sem pronúncia da nulidade da lei impugnada, pelo prazo de 24 meses²⁷⁷.

Vale salientar que não foi a primeira vez que o Ministro Eros Graus proferiu seu voto e, logo em seguida, reviu sua posição. No caso da ADI 1923/MC/DF²⁷⁸, o seu voto foi

²⁷⁶ A *força normativa dos fatos* é explorada por Jellinek, citado pelo Ministro Eros Grau. Jellinek expõe uma teoria em converter o real em norma, aduzindo que: “lo real puede ser racionalizado después; pero su significación normativa radica en la propiedad de nuestra naturaleza, la cual reproduce más fácilmente lo que ha sido ya fisiológica y psicológicamente realizado que lo que le es nuevo”. JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. 2. ed. Trad. Fernando de los Rios. Granada: Comares, 2000, p. 333.

²⁷⁷ Por unanimidade dos votos, a ADI foi julgada procedente, e, por maioria, para não pronunciar a nulidade do ato impugnado, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 meses.

²⁷⁸ “Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 9637, de 15 de maio de 1998. Qualificação de entidades como organizações sociais. Inciso xxiv do artigo 24 da lei n. 8666, de 21 de junho de 1993, com a redação conferida pela lei n. 9648, de 27 de maio de 1988. Dispensa de licitação. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 5º, 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º e 2º; 129; 169, § 1º; 175, *caput*; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208 (...). Ideferimento da medida cautelar em razão de descaracterização do *periculum in mora*.”

pela declaração de inconstitucionalidade da lei 9637/98 e, mais tarde, declarou que, “diante dos fatos e da realidade, reconsidero minha decisão anterior para negar a liminar”.

Por tal motivo, com demonstrações de variação nas opiniões, tem-se perpetuado uma forma de ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.

4.3.4. Ativismo judicial e mutação constitucional

Na Rcl 4335-5/AC, encontra-se uma criação jurisprudencial com intenção de alterar a Constituição, sem alteração no seu texto, chamada *mutação constitucional* pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. O objeto da questão está na alteração dos efeitos da decisão em sede de controle difuso, de *inter partes* para *erga omnes*.

A reclamação está pautada na declaração de inconstitucionalidade firmada em relação ao artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8072/90 (lei de crimes hediondos), que veda a progressão de regime penal em crimes hediondos. Já se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes (relator), Eros Grau, Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence. O Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos, em 19 de abril de 2007²⁷⁹.

O voto do Ministro Gilmar Mendes questionou o comunicado do Juiz da Vara de Execuções Penais do Estado do Acre, assim descrito:

“Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral, que a RECENTE DECISÃO PLENÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL proferida nos autos do ‘habeas corpus’ nº 82.959, A QUAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS QUE VEDAVA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL (ART. 2º § 1º, da Lei nº 8072/90), SOMENTE TERÁ EFI CÁCIA A FAVOR DE TODOS OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS OU A ELES EQUIPARADOS QUE ESTEJAM CUMPRINDO PENA, a partir da expedição, PELO SENADO FEDERAL, DE RESOLUÇÃO SUSPENDENDO A EFICÁCIA DO DISPOSITIVO DE LEI declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Rio Branco, 02 de março de 2006. Marcelo Coelho de Carvalho. Juiz de Direito’ (fls. 05/06).”

Organizações sociais – pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo – os atos normativos impugnados foram publicados em 1988 – seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com definição de sentença aditiva.

Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. Medida cautelar indeferida.” ADI 1923/MC/DF, relator Ministro Eros Grau. DJ de 21-09-07.

²⁷⁹ Até a publicação deste trabalho, os autos encontravam-se no gabinete do Ministro Ricardo Lewandowski.

O Ministro Gilmar Mendes não esteve de acordo com o comunicado do Juiz e manifestou a posição do Supremo Tribunal Federal. Após várias citações de estudos de doutrinadores, o Ministro relator concluiu pela mutação do artigo 52, inciso X, da Constituição.

Ademais, procura caracterizar o atual esvaziamento do sistema de controle difuso por meio do fortalecimento do controle concentrado, argumentando que em poucas situações o Senado atuou por conta do dispositivo constitucional. Outro ponto levantado pelo Ministro relator, no tocante ao controle de constitucionalidade e à atuação do Senado, foi o princípio da nulidade: uma vez que, inexistente o ato normativo, não caberia ao Senado suspender a sua execução, mas apenas divulgar a declaração de nulidade conferida pelo Supremo Tribunal Federal:

“Assim parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais [...].²⁸⁰ (grifo nosso)

De acordo com a posição relatada, não se vislumbra a necessidade do Senado intervir para suspender os efeitos da decisão declarada pelo Judiciário, pois seus efeitos já serão *ex tunc*²⁸¹. Ou seja, o Judiciário não reclama pela ingerência do Legislativo nas questões de controle de constitucionalidade por via difusa. Tal atitude leva à mitigação do princípio da separação dos poderes, ou seja, o Judiciário declara a inconstitucionalidade de leis, sem qualquer diálogo com o Legislativo.

²⁸⁰ Rcl 4335/AC, Voto do relator Ministro Gilmar Mendes, fls. 48.

²⁸¹ “Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.” Idem, fls. 23.

O Ministro Eros Grau proferiu seu voto-vista, primeiramente concentrando-se nas questões de interpretação constitucional²⁸², para, após, acompanhar o relator, no tocante à mutação constitucional.

Mutação constitucional, para o Ministro Eros Grau, vem a ser a “transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. [...] Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro”. E mais, “na mutação constitucional não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado é alterado”²⁸³.

Os Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence proferiram seus votos, divergindo no tocante à proposta para o artigo 52, X, da Constituição de 1988.

O Ministro Joaquim Barbosa expôs que a suspensão da execução pelo Senado Federal não é vista como empecilho à “ampla efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal”. Para o Ministro, o Supremo Tribunal Federal independe do Senado Federal para conceder efeito erga omnes nas declarações de inconstitucionalidade em controle concreto, já que, “se o STF entender, com base na gravidade da questão constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito”.

No tocante à mutação constitucional, o Ministro Joaquim Barbosa discorda da proposta do Ministro relator, na medida em que o resultado será uma “mudança no sentido da norma constitucional em questão”, e tal situação não se caracteriza como uma modalidade aceita de mutação constitucional.

O Ministro Sepúlveda Pertence também não abriga a questão a respeito da mutação constitucional, pelo fato de que, “às visões mais radicais, **poderia ter o cheiro de golpe de Estado**”. Ademais, “**às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista**” (grifo nosso).

²⁸² “o intérprete há de construir a norma respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma” (...) O intérprete detém legitimidade para atuar plenamente no plano da dimensão normativa, fazendo-o porém na língua dos textos normativos”. Voto-vista do Ministro Eros Grau, fls. 8.

²⁸³ Rcl 4335/AC, voto do Ministro Eros Grau, fls. 9.

Para este Ministro, “reduzir-se a nada o papel do Senado – que todos os textos constitucionais subseqüentes a 1934, com exceção do Estado Novo, mantiveram – parecem-me ir, com todas as vênias, além da marca”²⁸⁴.

Streck, em artigo referente aos polêmicos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Rcl 4335-5/AC, concluiu que

“deixar de aplicar o artigo 52, X significa não só abrir precedente de não cumprimento da norma constitucional – enfraquecendo sobretudo a força normativa da Constituição – mas também suportar as consequências, uma vez que a integridade também supõe integridade da própria Constituição. E, não se pode esquecer que a não aplicação de uma norma é um forma de aplicação. Incorreta. Mas é.”²⁸⁵

Diante de tantas discussões a respeito do tema, cabe agora aguardar a decisão final do Supremo Tribunal Federal com relação à Reclamação ora em análise.

4.4. Supremo Tribunal Federal: o guardião da Constituição

Como visto nos casos aludidos, o Supremo Tribunal Federal vem centrando suas decisões no ativismo judicial, para assegurar a ampliação de suas competências, conduzindo a um *governo de juízes*²⁸⁶. Ou, ainda, instituindo a *supremocracia*²⁸⁷, na medida em que o Supremo Tribunal Federal detém funções que, em outros países, estão distribuídas a outros órgãos.

Note-se que o Supremo Tribunal Federal, ao exercer várias funções, dentre elas a de guardião da Constituição, detém a prerrogativa de definir os limites de sua própria

²⁸⁴ Rcl 4335/AC, voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

²⁸⁵ Streck explica ainda que, caso se adote essa nova concepção, ocorrerão mudanças no controle de constitucionalidade, no equilíbrio entre os Poderes da República e do sistema federativo, já que “a questão está ancorada em dois pontos: primeiro, o caminho para a decisão que equipara os efeitos do controle de constitucionalidade difuso aos do controle concentrado, que só pode ser feito a partir do que – *nos votos* – foi denominado de ‘mutação constitucional’, que consistiu, na verdade, não a atribuição de uma (nova) norma a um texto (*Sinnggebung*), mas sim a substituição de um texto por outro texto (constituído pelo Supremo Tribunal Federal); o segundo ponto é saber se é possível atribuir efeito *erga omnes* e vinculante as decisões emanadas do controle difuso, dispensando-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões”. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1&Itemid=2> Acesso em: 18.04. 2008.

²⁸⁶ Como se sabe, a expressão *governo de juízes* é parte de um capítulo do livro escrito por Yves Lemoine (*Le complot des juges*. Paris: du Félin, 1993). Para o autor, essa expressão não comporta sentido, já que a magistratura continua exercendo a função de servir aos interesses do Estado, determinados pelo governo.

²⁸⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Vivemos uma supremocracia*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/1,,EMI19313-15295,00.html>> Acesso em: 28.03.09.

jurisdição, ao passo que as demais funções do Estado – Executivo e Legislativo – possuem suas respectivas competências interpretadas pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do chamado controle de constitucionalidade. Somente o Poder Judiciário é responsável por definir os limites de sua própria competência. Mas qual é o seu limite?

O Supremo Tribunal Federal, ao exercer a função de guardião da Constituição, em um Estado Democrático de Direito, precisa submeter-se aos ditames da Carta Maior e ao princípio da separação dos poderes nela contido.

Canotilho assim se posiciona:

“Mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como ‘legisladores negativos’ (ao declararem a inconstitucionalidade de normas) ou criadores de direito (ao elaborarem ‘normas’ para a decisão do caso), **os juízes estão vinculados à constituição e à lei**, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de poderes e ao princípio democrático. É certo que estes limites jurídico-constitucionais não têm sido suficientes para evitar aquilo que os autores chamam de ‘activismo judicial’ à sombra do desenvolvimento e complementação jurisprudencial do direito. O desenvolvimento tem passado – sobretudo a nível dos tribunais constitucionais e dos tribunais ordinários com funções constitucionais – pela *descoberta* de novas funções e novas dimensões do direito”²⁸⁸ (grifo nosso).

A descoberta de novas funções e novas dimensões do direito, com base em teorias estrangeiras, não pode superar os ditames estabelecidos na Constituição.

Não se pode esquecer que o limite da atuação do Supremo Tribunal Federal está na Constituição. Em sendo seu Guardião, o Supremo Tribunal Federal não tem o direito de ultrapassar os limites estabelecidos pela Carta.

Nos dizeres de Agra, os limites para a jurisdição constitucional

“são os princípios dispositivos da Lei Maior, que não poderão ser desrespeitados, principalmente por um órgão que tem a função de defendê-los e assegurar sua eficácia. O tribunal ou corte constitucional incumbido de velar pela supremacia da Carta Magna não pode declarar a inconstitucionalidade das normas produzidas pelo Poder-Constituinte, nem pode deixar sem concretização nenhum de seus mandamentos”²⁸⁹.

²⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. In RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi (Orgs). *Estudos de Direito Constitucional: em homenagem à professora Maria Garcia*. São Paulo: IOB - Thomson, 2007, p. 230-41.

²⁸⁹ AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 136.

O próprio Ministro Moreira Alves afirma a impossibilidade de reformar, por meio do Supremo Tribunal Federal, dispositivos elencados na Constituição, pelo Poder Constituinte originário:

“Na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (artigo 102, ‘caput’), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário [...]”²⁹⁰.

A questão aqui não está na possibilidade ou não do juiz (expressão em sentido amplo) fazer uso da interpretação. Ademais, a interpretação será sempre necessária, na medida em que não existe norma jurídica, *senão norma jurídica interpretada*²⁹¹. Cabe ao intérprete aplicar a norma, somente após a passagem pela interpretação, já que esta irá imputar o significado da norma a um caso concreto.

A interpretação constitucional serve para apreender o sentido, o significado do texto constitucional.

No entanto, a esta interpretação impõe-se um limite, limite este fundamental para a estabilidade da Constituição, para a garantia da *força normativa da Constituição*²⁹², vez que o intérprete deve obedecer à superioridade da Constituição, e não deve considerá-la a parte mais fraca:

“Se o Tribunal Constitucional interpreta aqui a Constituição com efeito vinculativo não só para os cidadãos mas também para os órgãos do Estado restantes [...], então a idéia, fundamentadora e legitimadora dessa vinculação, da vinculação de todo poder estatal à Constituição, somente então pode converter-se em realidade quando **as decisões do tribunal expressam o conteúdo da Constituição** – embora na interpretação do tribunal. Ainda que o tribunal esteja autorizado para determinar com obrigatoriedade esse conteúdo **ele, contudo, não é superior à Constituição, à qual ele deve sua existência**. Para o cumprimento da tarefa do tribunal e para a vida constitucional em conjunto é, por isso, essencial como é vencida a problemática da interpretação constitucional”²⁹³ (grifo nosso).

No momento em que o intérprete despreza a Constituição, ele não a interpreta, mas a altera ou a rompe, hipóteses estas proibidas pelo Direito vigente.

²⁹⁰ ADI 815-3/DF, relator Ministro Moreira Alves, DJ de 10-05-96.

²⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 143.

²⁹² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 22.

²⁹³ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 54-5.

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal, instituído com auxílio de Ruy Barbosa quando da promulgação da Constituição de 1891, foi objeto de transformações ao longo da história constitucional brasileira. A mais importante delas é sua incipiente competência para atuar como guardião da Constituição, adquirida na atual Carta, consoante o disposto em seu artigo 102, *caput*. Vale dizer, guardião, no vernáculo comum, significa aquele que guarda, que preserva.

A forma pela qual o Supremo Tribunal Federal *guarda* a Constituição ocorre por meio do controle de constitucionalidade, ao atuar na fiscalização de normas infraconstitucionais. Tal prerrogativa advém do princípio da supremacia da Constituição.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o Supremo Tribunal Federal adquiriu mais força e responsabilidade, mediante: (i) o estabelecimento do requisito da necessidade de comprovação de repercussão geral para conhecimento do recurso extraordinário; (ii) a criação da súmula vinculante em matéria constitucional; (iii) a competência para processar e julgar ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público; (iv) a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante nas decisões de mérito na ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Destaca-se: As ações direta de inconstitucionalidade tornaram-se um instrumento de significativa importância, não apenas para a defesa de direitos da cidadania, mas também para a melhoria e eficiência da administração pública²⁹⁴.

Tais mudanças atreladas com a realidade política, com o anseio dos cidadãos de se obter justiça, obriga os tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, a adotarem posturas mais amplas, expansivas, transformando o cenário apenas jurídico, para jurídico-político.

A política nunca esteve longe do Direito, mas, agora, com decisões envolvendo questões mais amplas, surge a chamada *judicialização da política*. Esta corresponde à

²⁹⁴ VIANNA, Luiz Werneck e outros (org). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47

transferência de poder para juízes e tribunais com relação a questões antes discutidas somente nos demais Poderes.

A judicialização pode ser vista de forma positiva, quando se busca a constitucionalização do Direito e a efetividade da Constituição. Temas antes não ventilados no âmbito legislativo, hoje se encontram consagrados na Constituição, abrindo caminho para a judicialização e a prática da jurisdição constitucional. Se a Constituição de 1988 prevê em seus dispositivos valores imprescindíveis ao exercício da cidadania, por exemplo, nada mais importante do que a procura jurídica e também política para sua realização.

No entanto, em decorrência da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e a alteração dos Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal a partir de 2002, constata-se o ativismo judicial com o objetivo de uma redefinição institucional por meio da mutação constitucional.

Casos emblemáticos, como a Reclamação nº 4335-5/AC e a Ação direta de inconstitucionalidade nº 2240-7/BA, comprovam a posição ativista dos Ministros. Por muitas vezes, com vistas em substituir os ditames da Constituição por uma teoria ou um princípio criado para solucionar o caso concreto.

No momento em que o intérprete aplica a norma, com sua *(pré)compreensão*, afloram-se todos os seus *(pré)conceitos* e *(pré)juízos* no tocante ao caso concreto, mas, de forma alguma, o magistrado deve decidir com base apenas em questões políticas, econômicas e sociais. O juiz deve sempre buscar agir de forma justa; contudo, em certos momentos, será influenciado pelas circunstâncias de sua vida. Sua posição será política quando se decide por uma norma dentre tantas outras.

O que prejudica a decisão pelo Supremo Tribunal Federal é a clara presença de uma dinâmica ativista no sentido de atuar de modo a alterar dispositivos constitucionais pelo fato de considerá-los *obsoletos*. O papel dos Ministros na definição de questões políticas controversas na sociedade brasileira tem-se mostrado ativista, sob referido *prima*, por muitas vezes aviltando-se o princípio da separação dos poderes.

Não cabe ao Poder Judiciário agir como Poder Constituinte originário. Os dispositivos da Constituição não estão *obsoletos*; e, sim, formam a estrutura básica fundamental, que determina e regula conflitos gerados na coletividade.

O papel do Supremo Tribunal Federal é, fundamentalmente, o de resguardar a Constituição por meio do controle de constitucionalidade e manter-se vinculado a ela. O Supremo Tribunal Federal somente deverá decidir com base na efetiva violação da Constituição, e não levar em consideração apenas teorias diversas.

A iniciativa de igualar o controle difuso ao concentrado institucionalizará um poder ainda maior ao Supremo Tribunal Federal e, por conseguinte, determinará a interpretação de uma norma constitucional e sua fixação aos demais processos de controle difuso. Caso seja atribuída eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em sede de controle difuso, qual o motivo para haver no País, desde a Constituição de 1891, o controle difuso. Existe clara diferença entre controle concentrado e difuso.

No momento em que o intérprete considera certos dispositivos da Constituição como *obsoletos*, não está mais interpretando, mas modificando ou rompendo a Constituição. Ambas são formas violadoras da Constituição. Quando uma situação não pode ser solucionada pela concretização, “o juiz está vinculado à Constituição”²⁹⁵, sem oportunidade de *livre escolha*.

O ativismo não traz benefícios para um Estado Democrático de Direito, vez que procura engessar os demais Poderes com decisões judiciais, ocasionando um *Governo de Juízes*.

A Constituição é a norma maior que todo cidadão deve se valer. A Constituição “não pode ser apenas um espelho da sociedade e de suas relações, mas deve expressar as aspirações e os ideais dos cidadãos, deve apontar sempre para o que o conjunto dos indivíduos encara como o objetivo último da vida em comum”²⁹⁶.

O limite encontra-se, portanto, na Constituição, na observância dos dispositivos constitucionais pelo intérprete, afastando-se, pois, qualquer forma de ativismo contrário aos ditames constitucionais. Essa *ordem jurídica fundamental da sociedade*²⁹⁷ é a única *medida de medir*, nos dizeres da Juíza Jutta Limbach²⁹⁸.

²⁹⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 70.

²⁹⁶ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 9ª Ed. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 487.

²⁹⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal Alemã*. 20ª Ed. Alemã. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 37.

²⁹⁸ Ex - Presidenta do Tribunal Constitucional Alemão.

BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES Jr, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Trad. Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____ e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 9ª Ed. Brasília: OAB Editora, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. *In*: RIBEIRO, Lauro e BERARDI, Luciana Andrea Accorsi (org). *Estudos de Direito Constitucional: em homenagem à professora Maria Garcia*. São Paulo: IOB-Thomson, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª Ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1999.

_____. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de sociologia e política*. Curitiba, v. 23, p. 115-126, novembro de 2004.

CASTANHATO, Camila. *O processo histórico do controle de constitucionalidade e as Constituições do Brasil*. Dissertação de mestrado em Direito na PUC/SP, 2006.

CITADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. *In* VIANNA, Luiz Werneck (org). 1ª reimpressão. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFMG, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O poder dos juízes*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional comparado: I – O Poder Constituinte*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. Ação Declaratória de Constitucionalidade – Inovação Infeliz e Inconstitucional. *Revista Trimestral de Direito Público*, RTDP, nº 9, 1995, Malheiros Editores.

GARCIA, Maria. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: direito do cidadão. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, n. 32, julho-setembro, 2000.

_____. O cidadão, intérprete da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, n. 48, julho-setembro, 2004.

_____. Opinião pública e a interpretação da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, n. 54, janeiro-março, 2006.

_____. A Constituição de 1824: a instituição do Brasil. As metamorfoses do Estado e a Constituição permanente: o pacto fundacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, n. 56, julho-setembro, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. SAFE, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. 20ª Ed. Alemã. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. 2ª Ed. Tradução de Fernando de los Rios. Granada: Comares, 2000.

JÚNIOR, André Puccinelli. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição Constitucional*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª Ed. Madrid: Ariel, 1970.

MALUF, Sahid. *Curso de Direito Constitucional*. vol. II. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar. *Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários a Lei n. 9868, de 10-11-1999*. 2ª. Ed, 2. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. O controle de constitucionalidade das leis na atualidade. In: DIREITO, Carlos Alberto (org). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª. Ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 6ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA DA SILVA, Paulo N. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: RT, 1992.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas Corpus n. 82424- RS. *In* SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: RT, 1999

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

SADEK, Maria Tereza Aina. Disponível em:

<http://www.estadao.com.br/suplementos/not_sup233898,0.htm> Acesso em: 10.11.08.

SANTOS, Aloysio Vilarino dos. *A defesa da Constituição como defesa do Estado: controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional*. São Paulo: RSC Editora, 2007.

SCAFF, Fernando Facury e MAUÉS, Antonio G. Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: RT, 2005.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª Ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SORMANI, Alexandre. *Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: uma visão crítica da Lei nº 9868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SOUZA, Artur César de. As Cortes de Warren e Rehnquist: *judicial activism* ou *judicial self-restraint*. *Revista dos Tribunais*, ano 97, volume 874, agosto 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____ e OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. (Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1&Itemid=2> Acesso em 18.04. 2008.

_____. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2> Acesso em: 10.05.09.

SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de injunção. *Revista de Direito Público*, n. 94. São Paulo: RT, 1990.

TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (org). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei n. 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____ ; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001