

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RODRIGO FREITAS DE SANTANA

**A PERDA DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE:
Mudança de Paradigma Procedimental Tendo em Vista a Supremacia do Texto
Constitucional**

**RECIFE
2013**

RODRIGO FREITAS DE SANTANA

**A PERDA DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE:
Mudança de Paradigma Procedimental Tendo em Vista a Supremacia do Texto
Constitucional**

Dissertação apresentada como requisito para
conclusão do Mestrado em Direito da Universidade
Católica de Pernambuco.

Professor Orientador: Dr. Gustavo Ferreira Santos
Professor Co-Orientador: Dr. Walber de Moura Agra

**RECIFE
2013**

SANTANA, Rodrigo Freitas de.

A PERDA DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: MUDANÇA DE PARADIGMA PROCEDIMENTAL TENDO EM VISTA A SUPREMACIA DO TEXTO CONSTITUCIONAL 148f.

Dissertação (Pós-Graduação em Direito) Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). 2013.

Bibliografia f. 143 -148.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Perda do Objeto da A.D.I.. Supremacia Constitucional. Paradigma Procedimental e Fundamento de Mudança.

RODRIGO FREITAS DE SANTANA

**A PERDA DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE:
Mudança de Paradigma Procedimental Tendo em Vista a Supremacia do Texto
Constitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Linha de pesquisa: Jurisdição e Direitos Humanos
Orientador: Professor Dr. Gustavo Ferreira Santos
Co-Orientador: Professor Dr. Walber de Moura Agra

Recife, 25 de setembro de 2013

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos (orientador)

Prof. Dr. Walber de Moura Agra (examinador interno)

Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo (examinador externo)

*“A grandeza da Justiça não consiste em
receber honras, mas em merecê-las!”
(Autor Desconhecido)*

Dedico este trabalho ao ideal de Justiça que todo ser humano carrega consigo no peito e na mente, pois enquanto houver alguém que lute por este valor, a crença da sua realização fica cada vez mais palpável.

Dedico também à busca pela Verdade, e que a jornada para o seu descobrimento comece em cada um, olhando para si como a um espelho, pois para mudar o mundo deve se começar a mudar a si mesmo.

Dedico por fim a Esperança, onde cada indivíduo não veja no outro um meio, mas um fim em si mesmo, e que seu caminho, apesar das pedras que vierem a existir, não lhe retirem o brilho daqueles que acreditam num mundo pleno, repleto de Justiça, Verdade e Amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus pela vida e por todas as graças que Ele proporciona a mim e aos meus;

Agradeço à Jesus e seu Sagrado Coração por ser força viva em minha vida, orientando meus passos;

Agradeço à Maria e seu Imaculado Coração por abrir os caminhos à minha frente, derrubando as barreiras do mundo que me impedem de melhorar;

Agradeço aos meus pais Ari e Lucia, por terem me fornecido os valores mais importantes que um ser humano tem que carregar consigo, que são a humildade, a honestidade, a educação, o respeito ao próximo e a vontade de fazer sempre o melhor para si e para os outros;

Agradeço ao Amor de minha vida, Natália, pelo apoio, incentivo, coragem e determinação que me supriram durante esta jornada, principalmente nos momentos de fraqueza;

Agradeço aos professores do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Católica de Pernambuco pelos ensinamentos transmitidos, em especial ao Professor Gustavo Ferreira Santos, que me orientou com zelo e consideração no caminho trilhado, ao Professor Walber de Moura Agra, pela longa amizade dos idos da graduação e pela ajuda concedida para a apresentação deste trabalho, e a Professora Flávia Santiago, que com sua simplicidade e atenção, me ajudou a enxergar verdadeiro mundo novo no tema abordado;

Por fim agradeço aqueles que torceram por mim e que acreditam na minha verdade, pois saibam que toda gentileza dispensada a mim será retribuída em dobro.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo inicial de analisar o controle de constitucionalidade quanto ao seu modo de atuação como sistema de defesa do texto constitucional face aos atos normativos que integram o ordenamento jurídico brasileiro, estudando suas espécies a partir de vários critérios, bem como analisar os órgãos competentes pelo seu exercício e sua forma de atuação no contexto do referido sistema de defesa. O presente trabalho busca também estudar de forma mais detalhada o controle abstrato de constitucionalidade, analisando as ações constitucionais que o integram, avaliando seus procedimentos e identificando seus efeitos, detendo-se com mais especificidade sobre os seus objetos e a importância destes para a continuidade do processo de julgamento das citadas ações. Busca ainda avaliar de que forma o objeto impugnado pode interferir no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – A.D.I., verificando de que maneira esta ação atua no sentido de garantir a eficácia do controle ao qual faz parte, mesmo quando seu objeto não mais existe antes do seu julgamento. O presente estudo demonstrará as falhas procedimentais existentes no processo de julgamento da A.D.I. quando ocorrer a perda superveniente de seu objeto antes do julgamento da ação, bem como os reflexos de tal situação para o controle abstrato de constitucionalidade. Por fim, visa demonstrar que com base na supremacia constitucional, fundamento básico justificador do controle de constitucionalidade abstrato e concreto, político ou judicial, é possível uma alteração de paradigma procedimental, no sentido de permitir que a perda superveniente do objeto da A.D.I. antes de seu julgamento não impeça que o tribunal constitucional brasileiro possa analisar a questão da inconstitucionalidade suscitada em desfavor de um ato normativo, e uma vez reconhecido seu desrespeito ao texto constitucional, retirar seus efeitos do ordenamento jurídico, significando verdadeira inovação para o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Palavras-Chave: Controle de Constitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Perda do Objeto da A.D.I.. Supremacia Constitucional. Paradigma Procedimental e Fundamento de Mudança.

ABSTRACT

This study has the initial object of analyze the judicial review and its mode of action as a defense system of the Constitution against the normative acts that comprise the Brazilian legal system, studying their species from various criteria, as well as analyzing the competent organs for its exercise and the way it operates in the context of this defense system . This work also seeks to study in more detail the abstract control of constitutionality, analyzing the constitutional actions that integrate it, evaluating their procedures and identifying its effects, detaining with more specificity about their objects and their importance to the continuation of the trial process of the aforementioned actions. It also aims to assess how the contested object can interfere in the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality - ADI, checking how this action operates to ensure the effectiveness of the control to which it belongs , even when its object no longer exists before its trial. This current study will demonstrate the procedural flaws that happen in the ADI process of trial when occurs the supervening loss of its object before the action judgment , as well as the reflections of this situation for the abstract control of constitutionality. Finally, it aims to demonstrate that based on the constitutional supremacy, basic justifying ground of the abstract and concrete, political or judicial review, is possible to make a change in the procedural paradigm, in order to allow that the supervening object loss of ADI before his trial does not prevent the Brazilian Constitutional Court to examine the question of unconstitutionality raised in the detriment of a normative act, and when recognized its disrespect to the constitutional text, remove its effects of the legal system , meaning a factual innovation to the procedure of the Direct Action of Unconstitutionality.

Keywords: Judicial Review. Direct Action of Unconstitutionality. ADI Loss of the Object. Constitutional Supremacy. Procedural Paradigm and Foundation of Change.

ABREVIATURAS E SIGLAS

- A. autor; AA. – autores
- a/a ou a. a. – ao ano
- ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
- ac. – acórdão
- ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
- ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ap. – apud
- art.; arts. – artigo; artigos
- cap.; caps. – capítulo; capítulos
- CC – Código Civil
- CFRB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil (1988)
- CR/88 – Constituição da República (1988)
- Ex.mo (Exmo.) – Excelentíssimo
- fl.; fls. – folha; folhas
- HC – habeas corpus (hábeas, hábeas-córpus)
- Ilmo. ou Il.mo – Ilustríssimo
- INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
- p./pp. – página, páginas
- RE – recurso extraordinário (STF)
- REsp – recurso especial (STJ)
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	16
2.1	Visão Geral, Conceito e Pressupostos	16
2.2	Matrizes do Controle de Constitucionalidade	26
2.3	Espécies de Inconstitucionalidade	33
2.4	Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade	40
2.4.1	Controle de Constitucionalidade Político Brasileiro	41
2.4.1.1	O Controle de Constitucionalidade Exercido pelos Poderes Políticos do Estado	41
2.4.1.2	O Objeto do Controle Político e o Momento da Sua Impugnação	46
2.4.2	Controle de Constitucionalidade Judicial Brasileiro	52
2.4.2.1	Controle de Constitucionalidade Judicial Sob o Modo Difuso	53
2.4.2.2	O Controle Difuso e Seu Objeto: Questão Prática Relevante Acerca da Sua Análise.....	64
3	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL ABSTRATO BRASILEIRO	67
3.1	Ações Constitucionais do Controle de Constitucionalidade Judicial Abstrato	67
3.2	Objeto Das Ações Constitucionais	68
3.2.1	A Perda do Objeto e a Continuidade do Processo.....	70
3.3	Parâmetro das Ações Constitucionais	73
3.4	Legitimidade Ativa Para as Ações Constitucionais	76
3.5	Procedimento das Ações Constitucionais do Controle Abstrato	78
3.5.1	Processo e Procedimento Constitucional: Instrumentos ou Finalidades.....	85
3.6	A Teoria da Nulidade no Controle Abstrato de Constitucionalidade	89
3.7	Efeitos da Decisão nas Ações Constitucionais do Controle Abstrato	94
4	ADI E A PERDA DO SEU OBJETO: MUDANÇA DE PARADIGMA PROCEDIMENTAL TENDO EM VISTA A SUPREMACIA DO TEXTO CONSTITUCIONAL	99
4.1	A ADI e a Perda do seu Objeto	99

4.2	O Objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	101
4.3	Consequência da Perda do Objeto Para a ADI.....	109
4.4	Necessidade de Mudança do Paradigma	119
4.5	A Supremacia Constitucional como Justificativa da Mudança do Paradigma Procedimental da ADI.	137
5	CONCLUSÃO	146
	REFERÊNCIAS	152

1 INTRODUÇÃO

A Constituição é o texto escrito que determina a criação do Estado bem como apresenta a conformação que uma determinada sociedade deve seguir, no sentido que se possa alcançar o pleno desenvolvimento de cada ser humano considerado na sua individualidade e como membro da coletividade.

Com base nessa perspectiva, o texto constitucional carrega no seu seio os valores mais valiosos de uma determinada sociedade, gozando de alto nível de legitimidade, e em virtude de tal conjunto valorativo, é dotada da coercibilidade máxima que significa dizer que ocupa, dentro da estrutura jurídico-normativa, o patamar mais elevado, se apresentando diante dos demais diplomas normativos como valor supremo, ou seja, tem a norma jurídica constitucional o papel mais importante dentre todas que fazem parte de um ordenamento jurídico.

Neste diapasão, a supremacia da Constituição, como decorrência natural do seu conteúdo valorativo, exige que todo o ordenamento jurídico respeite seu conteúdo, por meio do que se pode denominar compatibilidade vertical intra-sistêmica, onde cada ato normativo retira sua validade da norma anterior na medida em que é compatível com esta, sendo o texto constitucional a última base de validade de todos os diplomas legais, o que significa dizer que cada norma jurídica deve, direta ou indiretamente, ser compatível com o diploma que se encontra no topo da estrutura.

No sentido de garantir que esta estrutura jurídico-normativa continue produzindo seus efeitos da forma devida, especialmente no que tange à compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais para com a Constituição, se faz necessário estabelecer um mecanismo ou sistema de defesa desse texto, de forma que qualquer violação a esse conteúdo normativo de caráter supremo seja, após a devida análise pelo órgão responsável que tem como função precípua verificar a constitucionalidade dos atos normativos, retirada do ordenamento jurídico, expurgando também todos os efeitos que tal violação porventura tenha produzido.

Assim, o controle de constitucionalidade assume o papel de ter por finalidade básica a defesa do texto constitucional em face dos demais atos normativos que integram o ordenamento jurídico, atuando no sentido de garantir que o conteúdo e a forma daquele texto sejam respeitados pelos demais diplomas

normativos, sob pena de exclusão do ordenamento jurídico do ato normativo que venha a ofender o diploma constitucional.

Apresenta-se como justificativa básica lógica à este sistema o valor supremo que a Constituição tem dentro do sistema jurídico-normativo. A supremacia do texto constitucional representa um valor que foi construído historicamente ao longo do desenvolvimento humano, na busca pela garantia de melhores condições de vida e na busca por formas de conter o poder estatal face o indivíduo, uma vez que o ente público goza de todo o poder e age com supremacia face ao interesse particular, pois defende o interesse público.

No desenvolvimento desse sistema de controle, várias matrizes foram identificadas ao longo da história, que se inicialmente separadas, ao longo dos tempos e com base na dinâmica social foram pouco a pouco sendo mescladas umas nas outras, mas de tal combinação não significou a perda de suas características originais principais, de forma que ainda servem de parâmetro para a adoção desses sistemas de controle de constitucionalidade nos ordenamentos jurídicos internos.

A República Federativa do Brasil apresenta um histórico constitucional que comprova a combinação dos sistemas de controle, na medida em que todas as matrizes, especialmente a partir do texto constitucional de 1988 estão previstas e bem delineadas nesse documento, fazendo com que o controle de constitucionalidade seja bastante amplo e heterogêneo, o que permite uma proteção mais eficaz da norma constitucional face às ofensas que possam vir a surgir.

A regra do controle de constitucionalidade brasileiro é que seja exercido pelo Poder Judiciário, mas há a previsão de que os poderes políticos também possam exercer o controle de constitucionalidade, cada um na esfera de sua atuação, podendo ainda, a depender do caso, provocar o controle judicial de constitucionalidade, cabendo nesse caso ao Poder Judiciário decidir de forma definitiva a questão de inconstitucionalidade suscitada em torno de um determinado ato normativo.

O controle judicial de constitucionalidade pode ser exercido de duas maneiras distintas, onde na primeira hipótese vários órgãos judiciais participam do controle, cabendo à Corte Constitucional decidir em última instância e de forma definitiva, contudo a regra desse tipo de controle judicial produz efeitos apenas para os envolvidos na lide, mesmo que vários outros indivíduos estejam na mesma situação jurídica, pois esse controle tem como pressuposto a existência de uma

pretensão resistida que foi levada pelos interessados à apreciação do Poder Judiciário.

A segunda forma de controle de constitucionalidade distingue-se da primeira porque prevê que o exercício do controle cabe apenas a um único órgão, indiciado pelo texto constitucional, e que tem como função precípua guardar esse texto, apenas apreciando questões que envolvam afronta a algum dos dispositivos constitucionais.

Esse tipo de controle judicial é provocado por meio do ajuizamento de ações constitucionais que, em linhas gerais seguem um procedimento bastante similar, bem como no que diz respeito aos seus efeitos, porém que preveem objetivos e objetos impugnáveis diversos, mas deve se entender que todo o aparato processual constituído tem como objetivo principal retirar do ordenamento jurídico qualquer ofensa à Constituição.

Dentro deste sistema judicial de controle de constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade assume um papel de destaque por representar o principal mecanismo de impugnação de atos normativos que pretensamente ofendem o texto constitucional. Esta ação apresenta o maior procedimento dentre todas as ações constitucionais que fazem parte do controle abstrato de constitucionalidade, e como toda ação judicial, baseia sua análise e finalidade no objeto impugnado pela existência de vício de inconstitucionalidade.

Acontece que o procedimento da A.D.I., por se basear na análise do objeto, quando este desaparece antes do julgamento da ação, o entendimento predominante tanto na corte constitucional brasileira, como na doutrina nacional, é de que se encontra ausente uma das condições da ação, qual seja o interesse de agir e por isso deve a ação ser arquivada, pois restou prejudicada.

Com base em tal realidade, o presente trabalho buscar questionar este entendimento jurisprudencial e doutrinário, contrapondo argumentos que visam demonstrar a necessidade de mudança desse paradigma processual, fazendo com que o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade continue sua marcha natural até o seu ultimo ato, qual seja o julgamento da ação, mesmo no caso de perda superveniente do objeto impugnado, justificando que essa ação apresenta na realidade dois objetos impugnáveis, que são o ato normativo eivado de inconstitucionalidade e os efeitos que esse ato produziu no ordenamento jurídico.

Apresenta-se como principal justificativa para a mudança de paradigma o valor da supremacia do texto constitucional, fundamento que criou o próprio controle de constitucionalidade e que exige que seu sistema de defesa apresente, acima de tudo, coerência interna no iter do seu procedimento sob pena de flexibilizar o sentido da Constituição, reduzindo de forma gradativa sua prevalência sobre os demais atos normativos, fazendo até mesmo com que o postulado da segurança jurídica, um dos principais entraves para os efeitos das ações constitucionais do controle abstrato de constitucionalidade, deixe de existir, abalando a própria estrutura do Poder Estatal que se fia, dentre vários motivos, na crença de sua sociedade que este ente público existe com o viés de garantir a proteção dos seus valores mais importantes, bem como está obrigado a perseguir incessantemente a paz social.

Seguindo esta linha o presente trabalho demonstrará ao longo de seus tópicos e capítulos, o surgimento e evolução do controle de constitucionalidade, até chegar ao objeto de estudo em questão, apresentando a viabilidade da proposta aduzida como forma de afiançar a máxima efetividade ao texto constitucional, por meio da garantia de sua supremacia diante de todas as normas do ordenamento jurídico.

Destarte, no primeiro capítulo será apresentado o controle de constitucionalidade, perpassando por suas matrizes históricas e as espécies de inconstitucionalidade existentes, e analisando como esse sistema de defesa constitucional foi adotado e funciona no ordenamento jurídico brasileiro, detendo-se especialmente no controle político exercido pelos poderes políticos do Estado de Direito e pelo controle judicial que é exercido por vários órgãos judiciais.

No segundo capítulo o estudo se focará na análise do controle abstrato de constitucionalidade, que está concentrado na competência do Supremo Tribunal Federal, verificando sua forma de provocação por meio das ações constitucionais que fazem parte desse tipo de controle, se atendo principalmente no objeto das referidas ações e na relação de nulidade que passa a existir entre a decisão judicial e os efeitos do ato normativo impugnado pelo vício de inconstitucionalidade.

No terceiro e último capítulo tem-se o enfrentamento do objeto de estudo, com a apresentação do procedimento da A.D.I. quando há a perda superveniente do objeto antes do seu julgamento, analisando quais as consequências práticas do arquivamento da ação em virtude do desaparecimento do seu objeto antes do julgamento desta e expondo quais os motivos que justificam a necessidade de

mudança procedimental, com o intuito de demonstrar que a continuidade do processo de julgamento é indispensável e imperiosa se se deseja proteger o conteúdo do texto constitucional, guardando seu sentido e seu valor supremo diante de todas as normas que fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Para a elaboração deste trabalho foi adotada a metodologia de análise e estudo da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema proposto, bem como a verificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do objeto de estudo, colacionando no texto do trabalho ementas de julgados que demonstram a evolução do entendimento jurisprudencial da corte no sentido de que gradativamente, vem o tribunal constitucional brasileiro passando a adotar, ainda de forma tímida, o pensamento aduzido nas próximas linhas.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

2.1 Visão Geral, Conceito e Pressupostos

O estudo de qualquer objeto impõe, inicialmente, que o pesquisador apresente uma visão geral sobre o tema, bem como apresente um conceito básico, no qual o estudo possa se orientar e eventuais pressupostos que integrem o objeto analisado.

Neste sentido, na tentativa de se definir o significado do que vem a ser a expressão inconstitucionalidade, Marcelo Neves (1957, p.73) afirma que:

Define-se inconstitucional uma lei cujo conteúdo ou cuja forma contrapõe-se expressa ou implicitamente, ao conteúdo de dispositivos da Constituição. E no sentido rigoroso aqui considerado, é a lei (em sentido formal ou material) em relação imediata de incompatibilidade vertical com normas constitucionais.

Não se pode confundir a constitucionalidade de um ato normativo com a questão deste mesmo ato ser justo ou legítimo. Tais conceitos são divergentes e que devem, em tese, ser colmatar a um mesmo diploma normativo, contudo dentre tais conceitos, pelo valor que cada um carrega e direcionando para a lógica procedimental do controle de constitucionalidade, não há dúvida que o primeiro, qual seja o valor da constitucionalidade é o maior de todos, e deste modo mesmo que o ato normativo impugnado tenha certa aceitação popular ou traduza momentaneamente uma necessidade social, deve se entender que não tem aceitação, reconhecimento e força suficientes para fazer com que o legislador constituinte inclua tal valor no texto da Constituição.

Pensar de forma diversa seria permitir que o texto constitucional vazasse seu conteúdo sempre que paixões aventureiras e tipicamente momentâneas pudessem suplantar o texto constitucional. Ora, se os limites circunstanciais ao poder de reforma tem sentido pelo fato de impedirem a alteração da Constituição em virtude da inexistência da normalidade jurídica necessária para sua reforma, então não se pode admitir que situações passageiras, fulgazes ou de pouca monta possam afastar o brocardo da supremacia, flexibilizando o texto e o valor contidos na norma constitucional.

Neste sentido, Marcelo Neves, (1957, p.69) afirma que:

A inconstitucionalidade, porém, é um problema de relação intra-sistemática de normas jurídicas, abordando do ponto de vista interno, conforme os critérios de validade contidos nas normas constitucionais. Não se confunde com o problema da injustiça ou ilegitimidade social. Uma lei inconstitucional pode ser justa, no sentido de corresponder a um determinado “sistema de Direito natural” (sistema de valores jurídicos), ou por conformar-se à *ideia de direito* como também pode ter uma profunda legitimidade social, no sentido de ter o máximo de aceitação no grupo dos destinatários.

Seguindo esta linha, No caso do controle de constitucionalidade, a princípio e de forma geral, é possível afirmar que se apresenta como um mecanismo de defesa que tem como objetivo proteger o texto constitucional de possíveis afrontas oriundas de normas que estejam em patamar diverso, onde tais afrontas podem ocorrer tanto em face da matéria, como da forma de elaboração de normas, não importando de qual autoridade constituída advieram, tendo o controle de constitucionalidade a possibilidade de, ao final, retirar do ordenamento jurídico o dispositivo legal que desrespeite o texto constitucional.

Na busca pela justificação do controle de constitucionalidade, sua importância e necessidade para o sistema normativo-constitucional e a garantia de sua supremacia, Antonio Manuel Penã Freire (1997, pp. 212-213), analisando questões práticas que podem surgir da regularidade da atividade do poder público, diz o seguinte:

De las superaciones expuestas se deducen las dos causas inmediatas que justifican el *control d constitucionalidad de las leyes*, para garantizar la supremacía constitucional: la posibilidad de desviación de la práctica legislativa y el sometimiento del poder legislativo a la constitución.

Logo entende-se que, pela própria tese da separação dos poderes e da independência de cada poder no exercício de sua função, se faz necessário corrigir e coibir abusos perpetrados por qualquer dos poderes quando do exercício de tal função, de forma que independente do caso, a supremacia constitucional seja sempre obedecida e garantida pelo Estado.

Importante salientar que nem sempre este mecanismo de defesa existiu, ficando o texto constitucional por vezes, desprotegido frente às ações do legislador infraconstitucional, causando insegurança jurídica não só na população mas, principalmente nas instituições do Estado, algo bastante prejudicial à afirmação de um texto de tamanha importância, considerando que o mesmo foi fruto de luta e

perseverança do povo contra a ordem estabelecida, na busca por liberdade e democracia.

Quanto a importância do controle de constitucionalidade, Hans Kelsen, (2003, p.148) afirma que:

Entre as medidas técnicas precedentemente indicadas, que têm por objeto garantir a regularidade das funções estatais, a anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição.

Ainda quanto a importância deste mecanismo de defesa para a garantia do texto constitucional, leciona Hans Kelsen, (2003, p.170) que:

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

No tocante à conceituação do controle de constitucionalidade, esta é uma tarefa árdua, pois, este mecanismo de defesa tem variações, não se apresentando da mesma forma a depender da situação enfrentada, tendo 3 (três) matrizes distintas, cada uma com suas características próprias e diferentes, na maior parte, das demais e por isso torna-se difícil conceituar com exatidão, de forma satisfatória a alcançar todas as possibilidades o controle de constitucionalidade.

Entretanto, se faz necessária tal atividade, pois o estudo de um determinado objeto, por vezes, se orienta ou ao menos inicia seu caminho pela apresentação de um conceito acerca do mesmo. Assim, trazendo um conceito que possa abranger todas as possibilidades que o controle de constitucionalidade alcança, pode-se conceituá-lo como um instrumento jurídico, que tem por finalidade impedir qualquer vilipêndio dos mandamentos previstos no conteúdo constitucional, de forma preventiva ou repressiva, prospectiva ou regressiva, por meio de todos os poderes do Estado constituídos, excluindo do ordenamento jurídico todo e qualquer ato que seja considerado como inconstitucional.

Em relação aos pressupostos que integram o controle de constitucionalidade, em regra, são apontados como sendo a supremacia constitucional e a rigidez constitucional. Quanto ao primeiro pressuposto, qual seja a supremacia constitucional, tem-se que a própria ideia de Constituição evoluiu ao

longo da história, passando de um texto meramente solene, para um diploma normativo dotado da mais alta significação e coercibilidade, servindo de parâmetro para todo o ordenamento jurídico.

Em relação a supremacia do texto constitucional, Walber de Moura Agra, (2000, p. 53-54) ensina que:

A Constituição é, basicamente, dotada de três características: a supremacia, a suprallegalidade e a imutabilidade relativa. Destas características, relevante posição ocupa a supremacia, sendo as demais oriundas dela. [...] A constituição se torna a norma suprema do ordenamento jurídico porque é, teoricamente, a primeira lei, constituindo-se na própria soberania do Estado, sendo criada pelo Poder Constituinte Originário. Ela funciona como *norma-origem*, a primeira cronologicamente instituída. [...] Ela se coloca, segundo a Escola de Viena, na sua concepção de ordenamento jurídico unitário, composto de um conjunto hierarquizado de leis, cujo ápice da pirâmide normativa, a norma de auto-referência, funda o sistema jurídico e legitima as demais normas. Constitui-se na norma primária por excelência, referenciando as restantes normas derivadas. Schmitt a denomina de último princípio sistematizador da unidade política e do conjunto do ordenamento.

A doutrina nacional continua lecionando acerca da supremacia constitucional como elemento fundamental para a própria coerência do sistema jurídico-normativo, neste sentido, Luís Roberto Barroso (2001, p.158) afirma que:

Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. Na prática brasileira, já demonstramos em outra parte, no momento da entrada em vigor de uma nova Carta, todas as normas anteriores com ela contrastantes ficam revogadas. E as normas editadas posteriormente à sua vigência, se contravierem os seus termos, devem ser declaradas nulas. A supremacia da Constituição manifesta-se, igualmente, em relação aos atos internacionais que devam produzir efeitos em território nacional.

No sentido de apenas ilustrar a posição não só da doutrina, mas também da própria corte constitucional brasileira, o Ministro Celso de Melo no ano de 1994 na ADI 293-7/600 de sua Relatoria, em trecho retirado do julgado, aduziu o seguinte:

A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos.

Desta feita, a supremacia do texto constitucional não é valor relativo ou passageiro que possa o poder público ou o indivíduo desconsiderar quando do

exercício de seu mister social, devendo sempre ser respeitado e utilizado como orientação para a prática de toda e qualquer conduta no Estado de Direito atual.

Acerca desta evolução e do resultado ao qual chegou o conceito de Constituição ao longo do tempo, Hans Kelsen, (2003, p.130) afirma que um valor sempre esteve presente no texto, tendo sempre influencia na construção conceitual do texto constitucional. Assim o autor afirma que:

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer aprender.

Neste diapasão, seguindo uma construção histórica, foi considerada em um primeiro plano, quando da identificação dos primeiros documentos que poderiam ser enquadrados como diplomas semelhantes ao que se entende hoje por Constituição, como textos escritos solenes, ou seja, como marcos referenciais históricos relevantes elaborados por cada sociedade onde foram identificados, mas que por outro lado lhes faltava o fator da coercibilidade aplicável a todos, característica típica de uma norma jurídica, e sendo assim, de acordo com a doutrina, estaríamos diante do chamado conceito histórico de Constituição.

Afirma-se ainda que pelo fato de servir apenas como referencial, a Constituição não criava o Estado, devendo este ser construído e se apresentar de acordo com os mandamentos daquela, mas era justamente o oposto, onde era o ente estatal que criava o texto constitucional, e neste mister, a Constituição deveria ser um espelho do Estado, trazendo em suas linhas tudo aquilo que caracteriza a realidade social do mesmo.

Posto isto, e em um segundo plano, vem um outro conceito de Constituição denominado histórico-material em que este texto, mais uma vez, não era anterior ao Estado, mas o inverso, da mesma forma que no conceito anterior. Contudo, neste conceito, o texto constitucional já passa a gozar de normatividade, que aqui deve ser entendida como a coercibilidade típica da norma jurídica, trazendo em seu seio a previsão de prerrogativas aplicáveis aos cidadãos, bem como algumas limitações do poder estatal.

Para entender este conceito é de fundamental importância situá-lo no contexto histórico, em que as insatisfações da população com o poder constituído à

época, fizeram com que este, para assegurar a manutenção do poder, tivesse que avaliar ao povo algumas garantias que lhe serviriam de proteção em face do próprio Estado.

Por fim, no terceiro momento da construção histórica do conceito de Constituição, apresenta-se o denominado conceito moderno, que é justamente aquele ao qual os ordenamentos jurídicos atuais estão atrelados, em que o texto constitucional é o diploma normativo mais importante dentre todos os que fazem parte do ordenamento jurídico interno, sendo anterior ao próprio Estado, tendo em vista que o poder que a cria, qual seja, o Poder Constituinte Originário, é o ponto de partida de toda construção jurídica de um país, e por consequência, cabe ao texto constitucional criar e conferir ao ente estatal todos os seus contornos e delineamentos, apontando não só suas atribuições, mas também as limitações destas atribuições, por vezes configuradas na previsão de direitos fundamentais em favor dos indivíduos.

No tocante o Poder Constituinte e suas funções, Walber de Moura Agra (2012, pp. 25-26), traz uma reflexão impositiva acerca da classificação do Poder Constituinte em 3 (três) espécies distintas, a partir da função a ser desempenhada. Assim, tem-se o seguinte entendimento:

A taxionomia do Poder Reformador é diferente da taxionomia do Poder Constituinte. Enquanto este tem uma natureza política, aquele tem uma natureza jurídica, formulada dentro de moldes legais. [...] A denominação de Poder Reformador é tecnicamente mais precisa, em vez de Poder Secundário ou de Poder Constituinte Derivado, pelos seguintes motivos: é um poder, porque somente um poder pode modificar outro; e é reformador, porque modifica um texto já constituído. Constituinte provém do latim *constituire*, constituir, e o que modifica algo existente não pode ser originário.

Neste sentido, considerando as características inerentes ao Poder Constituinte, quais sejam ser inicial, incondicionado e ilimitado, não se pode comparar sua função com o poder que apenas reforma o texto constitucional, pois, a princípio, não estaria de forma originária, criando algo, mas tão somente reformando algo previamente estabelecido.

Entretanto, J.J Gomes Canotilho (2003, p. 74), analisando a posição de Sieyés, apresenta o seguinte posicionamento:

Esta tensão entre poder constituinte incondicionado e obrigatoriedade jurídica da constituição justificará a introdução do conceito de poder

constituente derivado ou poder de revisão constitucional a quem compete alterar, nos termos da constituição, as normas ou princípios por esta fixados.

Do trecho acima, pode-se entender que o Poder Constituinte tanto pode ser aquele que cria o texto constitucional, como aquele que reforma tal texto.

Ainda no esforço de conceituar a Constituição, Jorge Miranda (1996, pp.32-33) apresenta um viés de classificação baseado na função do texto constitucional nos seguintes termos:

As três facetas do conceito, que sobressaem, são:

1º) *A Constituição como acto* (o acto constituinte) – aquele pelo qual um povo (a Nação, na acepção revolucionária da palavra), se dota de organização, tendo adquirido uma convicção jurídica de necessidade e exercendo por si poderes de soberania. Constrói-se, propõe-se, aprova-se, cria-se a Constituição e toda a ordem jurídica assenta ou parte deste acto, porque é por ele que o povo se obriga e obriga os seus representantes livremente eleitos.

2º) *A Constituição como lei* - [...] Em primeiro lugar, a Constituição, agregado de preceitos jurídicos, revela-se de modo decisivo e explícito, preside à sua formação uma vontade normativa particularizada e reflectida de órgãos diferenciados, e não uma vontade normativa diluída e espontânea da colectividade. No plano das fontes de Direito, a Constituição surge como lei e não como costume. Em segundo lugar, a Constituição redonda na Constituição escrita e é nela, como tal, que se apoiam as pretensões de direitos.

3º) *A Constituição como norma* – norma da totalidade das relações jurídico-públicas ou, quanto mais não seja, do que há de capital a contemplar nessas relações.

Arremata Jorge Miranda (1996, p.30) lecionando que:

Seja como for, a Constituição traduz algo de diverso e original. Traz consigo uma limitação nova e envolve todo um modo de ser concebido o poder. Na Constituição se plasma um determinado sistema de valores da vida pública, dos quais é depois indissociável. Um conjunto de princípios filosófico-jurídicos e filosófico-políticos vêm-na justificar e vêm-na criar.

Neste diapasão, entendendo que o texto constitucional tem um papel fundamental a desempenhar no ordenamento jurídico, se permitir que os efeitos do ato normativo reconhecido como inconstitucional perdurem no tempo, sob o argumento da manutenção da segurança jurídica, como valor contido naquele texto e que acaba por superá-lo enquanto valor impositivo, coloca em risco tudo aquilo

que a Constituição representa, bem como as funções que a mesma precisa desempenhar dentro do sistema jurídico-normativo.

No tocante as funções que a Constituição desempenha, Konrad Hesse (2001, pp. 3-5) afirma o seguinte:

Tareas fundamentales de la Constitución: a) Integración [...] Pues cualquier proceso necessita del ordenamiento jurídico: la colaboración, aquella que conduce a la formación de una unidad política y en la que deben ser llevadas a cabo tareas del Estado, necessita de la organización y de un proceso ordenado, y la conciliación de voluntades no depende menos de que se configure el contenido del ordenamiento de modo tal, que encuentre la adhesión de las personas que han de vivir bajo el mismo. Esta tarea fundamental la cumple la Constitución mediante sus derechos fundamentales; en esa medida la Constitución puede considerarse como el ordenamiento jurídico del proceso de integración estatal. b) Organización [...] Se trata constituir de constituir órganos a los que confiar en función de su naturaleza objetiva los diferentes, determinados y delimitados ámbitos de tareas de incidencia estatal y las competencias correspondientes, necesarias para el cumplimiento objetivo de tales tareas: la Constitución funda competencias, creando de esta manera poder estatal conforme a Derecho con el alcance del respectivo mandato. c) Dirección Jurídica: La función que cumple el ordenamiento jurídico no sólo se aplica al Estado. En sentido amplio se necesita para toda la convivencia en comunidad dentro del territorio del Estado, que no sería posible sin el ordenamiento jurídico. Este constituye un fin en sí mismo, no se trata de ordenar por ordenar; lo importante es el contenido de dicho ordenamiento: debe ser el moralmente recto y, por ende, legítimo.

Posto isto, deve se enxergar a Constituição como um valor que transcende seu próprio conteúdo, considerando as funções que tem que desempenhar dentro do Estado, como norma mais importante do ordenamento jurídico, de forma que tais funções, só serão adequadamente cumpridas se sua supremacia seja garantida em qualquer situação.

Não se pode admitir relativizações acerca da importância do texto constitucional, muito menos transformar um valor que nele está contido, dentre vários outros e considerado na sua individualidade, em algo superior ao conjunto valorativo do todo, ou seja, reduzir a importância do sentido total da Constituição face um de seus próprios valores.

Assim, o reconhecimento que um determinado ato normativo é inconstitucional, faz com que o efeito da decisão que o reconhece como tal alcance naturalmente e inevitavelmente todos os efeitos que tal ato produziu enquanto era considerado constitucional.

Posto isto, seguindo o conceito de Bernardo Gonçalves Fernandes, onde se tem o denominado conceito moderno de Constituição, pode-se entender que dentro do ordenamento jurídico interno, o texto constitucional é aquele que goza de especial condição, pois traz em seu bojo tudo aquilo que é considerado como de fundamental importância para o Estado, que é criado por ele, e para a sociedade, que a partir de então será regulada por este diploma legal, devendo pautar suas condutas, assim como o ente estatal, de forma compatível com a norma máxima.

Desta forma, entendendo que o Estado constitucional é fruto da Constituição, em que este texto cria tal ente público, determinando as regras gerais da sua atividade, Jorge Miranda, (1996, p.33) acerca da simbiose existente entre estes dois valores reza que:

O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos preceitos que sejam alçados a um plano hierarquicamente superior. A Constituição é a primeira garantia dos direitos individuais.

Neste interim, como forma de garantir a tese da supremacia constitucional, importante se faz ressaltar que todos os atos normativos infraconstitucionais devem guardar com a Constituição uma relação de validade e compatibilidade, sendo esta o vértice de orientação, enquanto que aqueles são apenas complementos normativos ao texto constitucional.

Quanto à necessidade da referida compatibilidade normativa dos atos normativos infraconstitucionais para com a Constituição, Jorge Miranda (1996, p. 241) entende que:

Na verdade, estamos raciocinando nos quadros peculiares do Estado constitucional ou de direito, que é aquele onde encontramos o princípio da constitucionalidade. [...] Essa base tem como substância o seguinte: a submissão de todas as normas e de todos os actos do poder político ao Direito. Cada acto deve estar previsto numa norma, deve ser jurídico. Cada norma e cada acto devem dotar-se de um conteúdo compatível com uma norma de grau superior (da qual recebem validade). Uma norma e um acto estão em relação com outra norma, é de norma para norma que se passa de grau para grau na ordem jurídica. Logo, e como a constitucionalidade ou inconstitucionalidade é uma dessas relações entre graus, a submissão do poder político ao Direito postula a garantia da conformidade das normas e dos actos de grau inferior (imediatamente inferior, como veremos melhor) com normas constitucionais determinadas.

Saliente-se que não se vai discutir aqui o sentido do texto constitucional dentro do ordenamento jurídico a partir do papel que vem a cumprir no seio social, ou ainda a partir da forma em que foi elaborado, mas tão somente a sua posição no ordenamento jurídico frente às demais disposições normativas.

No que tange ao segundo pressuposto, qual seja o da rigidez constitucional, tem-se que o mesmo consiste na previsão de alteração do texto constitucional de forma diversa e mais complexa que a dos demais atos normativos integrantes do ordenamento jurídico, pois como consequência lógica do primeiro pressuposto, a rigidez vem garantir a supremacia na medida em que não permite que a Constituição seja livremente alterada pelo legislador constituinte, da mesma maneira em que se pode alterar leis de menor significação material, conferindo assim à norma constitucional, além da diferenciação material já existente, uma diferenciação formal diante das demais normas jurídicas.

A alteração do texto constitucional não flexibiliza seu conteúdo e nem desestabiliza a segurança jurídica proporcionada pela força da Constituição, mas ao contrário, afirma sua posição e mantém a unidade do sistema, pois a alteração do direito garante sua atualização cotidiana onde, uma vez que, se a norma jurídica está baseada nas relações sociais e estas mudam diuturnamente, deve também a norma mudar para não se tornar letra morta, sem aplicação por ausência de proximidade com a realidade, ou como nas palavras do ex-presidente Thomas Jefferson, quando disse que “a ausência de possibilidade de mudança do Direito, seria o mesmo que ter o governo dos mortos sobre os vivos”.

Por fim, uma diferenciação é importante ser feita ainda nos aspectos iniciais do estudo do objeto em questão, que é aquela que envolve a denominada Jurisdição Constitucional e o próprio controle de constitucionalidade. Assim, Jurisdição Constitucional consiste na aplicação do ordenamento jurídico constitucional por todos aqueles que fazem parte do Poder Judiciário nos julgamentos das demandas, seja de forma direta, quando o texto constitucional diretamente apontar o caminho a ser seguido, seja de forma indireta, quando a norma constitucional serve de referencial para a identificação do sentido que uma regra jurídica deva tomar.

Já o controle de constitucionalidade, como já foi visto, consiste em um sistema de proteção do texto constitucional que visa garantir a manutenção de sua supremacia dentro do ordenamento jurídico, face às demais normas.

2.2 Matrizes do Controle de Constitucionalidade

Vencida a etapa da construção de um conceito adequado ao controle de constitucionalidade, bem como a discussão acerca dos pressupostos que integram este sistema, urge agora a necessidade lógica de apontar onde se encontram as fontes deste mecanismo de defesa constitucional, quais suas formas de atuação e quais seus reflexos para os demais ordenamentos jurídicos nacionais que vieram a adotar o referido sistema.

Apontar as matrizes do controle de constitucionalidade tem relevância para o estudo do objeto proposto porque a depender do sistema adotado, a análise do ato normativo impugnado pelo vício de inconstitucionalidade, bem como os efeitos decorrentes de eventual reconhecimento de inconstitucionalidade, irão variar tanto para quem se aplica o referido reconhecimento, como pelo momento em que os efeitos serão reproduzidos.

Cumprido ressaltar que as matrizes do controle de constitucionalidade, devido à dinâmica da sociedade que faz surgir novas necessidades, encontram-se combinadas nos ordenamentos jurídicos nacionais de forma que os Estados não se limitam à adoção de um único sistema, contudo, cada matriz guarda ainda suas características originais principais, o que permite que ainda sirvam de base para a adoção do controle de constitucionalidade.

Neste diapasão, Marcelo Neves (1957, p.81) afirma que:

Espécie de norma inválida, a lei inconstitucional pode ser classificada, conforme a doutrina tradicional, como nula ou anulável. Esta classificação dependerá da espécie de sistema orgânico e processual de controle da constitucionalidade que seja adotado, principalmente no que concerne à eficácia da decisão sobre a inconstitucionalidade das leis. Nos sistemas de controle difuso, no modelo norte-americano, onde a inconstitucionalidade poder ser declarada em qualquer tempo, no julgamento de um caso concreto, por qualquer juiz ou tribunal, com eficácia *ex tunc* e *inter partes*, evidentemente a lei inconstitucional aproxima-se do conceito típico de nulidade (→ não convalidação e eficácia *ex tunc* da declaração de invalidade). [...] Já no sistema austríaco de tribunal especial, embora mantido o princípio da imprescritibilidade da lei inconstitucional, e atribuída eficácia *erga omnes* à decretação de inconstitucionalidade (elementos característicos da nulidade), há uma correspondência com o conceito típico de anulável, pois a decretação de inconstitucionalidade tem eficácia genérica *ex nunc*, atingindo retroativamente apenas o caso concreto *sub judice*.

Isto posto, pode-se de plano afirmar que são 3 (três) as matrizes do controle de constitucionalidade, onde duas delas tem um viés judicial, enquanto que a outra matriz tem um viés político. Tais matrizes serviram de fonte para a adoção e desenvolvimento do controle de constitucionalidade pelos ordenamentos jurídicos nacionais espalhados pelo mundo, havendo muitas vezes uma verdadeira mescla de tais matrizes em um mesmo sistema normativo.

Destarte, adotando-se um critério cronológico, a primeira matriz do controle de constitucionalidade é aquela surgida no direito norte-americana, a partir de uma decisão da Suprema Corte Americana, em lide célebre envolvendo *Marbury vs Madison*, no ano de 1803. Como consequência mais visível deste julgamento tem-se o fato do reconhecimento da supremacia do texto constitucional sobre os demais textos normativos, bem como a criação do controle de constitucionalidade.

Inicialmente cumpre informar que existem precedentes judiciais anteriores a referida decisão judicial, em que se verifica que o controle de constitucionalidade concreto foi suscitado pelo Poder Judiciário em outros casos concretos submetidos a sua apreciação.

Neste sentido, Ronaldo Poletti, (2000, p.24) afirma que:

O princípio, portanto, da exigência de compatibilidade da lei com o disposto na Constituição é um produto da jurisprudência americana e peculiar a ela. No Brasil a *judicial review*, mesmo no tocante à constitucionalidade das leis, está, com todas as letras, descrita no texto constitucional. Nos Estados Unidos da América, todavia, os elaboradores da Constituição discutiram o assunto, sem, contudo, formalizá-lo no texto pactuado que faria nascer o novo Estado. [...] Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão, não porém quanto à substância da ideia. Ela já era correntia na jurisprudência, conforme os precedentes lembrados e outros que lhe foram seguindo. A justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, os juizes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte, invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da confederação. [...] Um dos antecedentes mais importantes foi o decidido em Rhode Island, 1786, *Trevett v. Weeden*, no qual os juizes, embora deixando de conhecer o caso, por ausência do pressuposto de jurisdição, declararam a lei inválida, numa antecipação que guarda alguma similitude lógica com o aresto de Marshall, no qual se construiu a doutrina da inconstitucionalidade, embora desconhecendo-se e negando-se provimento ao *writ* justamente por aquilo.

Na mesma linha, Gustavo Binenbojm (2001, p.26) leciona em sua obra que:

O Direito norte-americano *receptionou*, desde os tempos coloniais, as teses desenvolvidas durante o século XVII, na Inglaterra, por Edward Coke, já anteriormente expostas, segundo as quais os juizes deveriam controlar a

legitimidade das leis votadas pelo Parlamento, negando aplicação àquelas contrárias à *common law*.

Posto isto, detendo-se especificamente na matriz americana do controle de constitucionalidade, pode-se apontar como principais características deste primeiro sistema de controle que, inicialmente, o controle de constitucionalidade sobre atos normativos em face do texto constitucional seria judicial e difuso, ou seja, realizado pelo Poder Judiciário e por todos os órgãos que integram este poder.

Outra característica é que a análise da questão de constitucionalidade é incidental, com efeitos *inter partes*, ou seja, a análise da constitucionalidade está subsumida a um caso concreto submetido à apreciação judicial, que em primeiro plano, deve buscar a resolução deste conflito, e em segundo plano analisar a constitucionalidade de uma lei trazida a lide e que pode servir de fundamento legal para a decisão sobre o caso concreto, e uma vez que esta análise de constitucionalidade está baseada em uma relação processual envolvendo partes individualizadas, o efeito da decisão de inconstitucionalidade apenas alcança estas mesmas partes.

Apointa-se ainda como característica que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, o que significa dizer que a norma é considerada como inconstitucional desde o dia em que entrou em vigor.

Sendo assim, entendendo a função que o controle de constitucionalidade desempenha dentro do sistema jurídico-normativo, a atribuição do seu exercício ao Poder Judiciário já vem de longa data, quando do desenvolvimento do próprio sistema de defesa constitucional, indicada de forma expressa no texto da obra O Federalista, onde Alexander Hamilton, em conjunto com James Madison e Jonh Lay fazem ponderações acerca desta atribuição ao órgão judicante do Estado, bem como sobre a independência necessária para que este Poder exerça livremente sua função.

Assim, os autores Alexander Hamilton, James Madison e Jonh Lay, (1984, pp. 579-580) afirmam que:

Entretanto se o conflito ocorrer entre atos de autoridades de hierarquia diferente, a lógica e a natureza das coisas indicam que deve ser observada regra diferente, devendo o ato anterior da autoridade mais hierarquizada ter preferência sobre o subsequente de subordinada; em consequência, sempre que uma lei ordinária contrariar a Constituição, é dever dos Tribunais obedecer o prescrito por esta e ignorar aquela. [...] Esta independência dos juízes é igualmente necessária à defesa da Constituição

e dos direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que, através das intrigas dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas algumas vezes envenenam o povo e que – embora este rapidamente se recupere após ser bem informado e refletir melhor – tendem, entretantes, a provocar inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela minoritária da comunidade.

Acerca desta matriz, Marcelo Cassab Continentino (2008, p.180) aponta uma característica importante, afirmando o seguinte:

Modelo por excelência em prática nos Estados Unidos, a *strong-form of judicial review* caracteriza-se pela autoridade geral da decisão do tribunal constitucional na determinação do significado da Constituição e pelo caráter impositivo e obrigatório (*authoritative and binding*) da interpretação constitucional em relação aos outros Poderes [...].

No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão tem-se posicionado acerca de efeito *ex tunc* nas decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de um ato normativo impugnado. Neste sentido, Leonardo Martins (2005, p. 152) traz um trecho do seguinte julgado:

5. Uma decisão que declara uma lei nula não tem apenas força de lei (§ 31 II BVerfGG), como também vincula, nos termos do § 31 II BVerfGG, conjuntamente com os fundamentos da decisão, todos os órgãos constitucionais da União, de tal sorte que uma lei federal de mesmo teor não possa ser promulgada novamente. 6. Se o Tribunal Constitucional Federal constatar que uma lei promulgada após a entrada em vigor da *Grundgesetz* é nula por causa de sua incompatibilidade com a *Grundgesetz*, tal lei não tem, desde o início (*ex tunc*), eficácia jurídica.

Isto significa dizer que o tribunal que tem por função precípua a guarda do texto constitucional, detém autoridade geral sobre a interpretação do texto constitucional e uma vez fixada a significação deste texto, tem ainda o poder de vincular sua decisão aos demais poderes do Estado.

No sentido de demonstrar a influência deste modelo no direito pátrio, a doutrina nacional advoga a importância e necessidade do sistema concreto de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. É nas lições de Gilmar Mendes, (1999, p.19) que verifica-se o seguinte:

No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro qualquer juiz ao Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei que tenha de ser aplicada a um caso concreto.

Deste modo, a análise da constitucionalidade na aplicação das leis e demais atos normativos pelo Poder Judiciário, em todos seus níveis, aos casos

concretos submetidos a sua apreciação, é possível graças a presença deste sistema no ordenamento jurídico nacional.

Vencida a primeira matriz, a segunda fonte do controle de constitucionalidade é o modelo austríaco, que teve por base a Constituição da Áustria de 1920. De acordo com a doutrina, o sistema teria sido elaborado por Hans Kelsen, e foi no segundo pós-guerra adotado pela maioria dos ordenamentos jurídicos da Europa.

Este modelo apresenta uma grande e visceral diferença em relação ao sistema norte-americano, conforme aduz Gustavo Binbenbim (2001, p.36) no seguinte trecho:

O sistema de jurisdição constitucional concentrada difere fundamentalmente do sistema denominado difuso pela atribuição da fiscalização da constitucionalidade das leis, em caráter exclusivo, a um único órgão jurisdicional – mas não necessariamente integrante da estrutura do Poder Judiciário – criado especialmente para tal fim. Mas, além disso, o sistema concentrado obedece a postulados jurídicos diversos daqueles que fundamentam o *judicial review*.

Assim, adotando-se um critério cronológico, a primeira matriz do controle de constitucionalidade é aquela surgida no direito ianque, a partir de uma decisão da Suprema Corte Americana, em lide célebre envolvendo *Marbury vs Madison*, no ano de 1803. Como consequência mais visível deste julgamento tem-se o fato do reconhecimento da supremacia do texto constitucional sobre os demais textos normativos, bem como a criação do controle de constitucionalidade.

Neste sentido, pode-se apontar como principais características deste primeiro sistema de controle as seguintes: inicialmente, o controle de constitucionalidade sobre atos normativos em face do texto constitucional seria judicial e difuso, ou seja, realizado pelo Poder Judiciário e por todos os órgãos que integram este poder; em segundo, que a análise da questão de constitucionalidade seria incidental, com efeitos *inter partes*, ou seja, a análise da constitucionalidade estaria subsumida a um caso concreto submetido à apreciação judicial, que em primeiro plano, deve buscar a resolução deste conflito, e em segundo plano, analisar a constitucionalidade de uma lei trazida a lide e que pode servir de fundamento legal para a decisão sobre o caso concreto e, uma vez que esta análise de constitucionalidade está baseada em uma relação processual envolvendo partes individualizadas, o efeito da decisão de inconstitucionalidade apenas alcança estas

mesmas partes; em terceiro, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, o que significa dizer que a norma é considerada como inconstitucional desde o dia em que entrou em vigor.

A segunda matriz do controle de constitucionalidade é o modelo austríaco, tendo como base a Constituição da Áustria de 1920. De acordo com a doutrina, o sistema teria sido elaborado por Hans Kelsen, e foi no segundo pós-guerra adotado pela maioria dos ordenamentos jurídicos da Europa.

Tal modelo de controle de constitucionalidade tem como principais características as seguintes: primeiro, e neste ponto há similitude com o modelo ianque, o controle também é realizado pelo Poder Judiciário, contudo, não são todos os órgãos deste poder que podem praticar o controle, mas apenas um único tribunal, que concentra a análise constitucional das leis em sua competência, o que faz com que o modelo austríaco seja também concentrado.

Em segundo, que a análise de constitucionalidade não está baseada em um caso concreto, mas ao revés, está calcada na análise em abstrato de uma lei em face do texto constitucional, não havendo previsão de um contraditório propriamente dito, e em virtude deste tipo de análise, o efeito da decisão de inconstitucionalidade alcança a todos, ou seja, é este modelo abstrato, com o efeito *erga omnes*; sendo assim considerado como abstrato este modelo.

Em terceiro, que o objetivo da análise de constitucionalidade é tão somente a eventual declaração de inconstitucionalidade sobre um ato normativo, não perseguindo outro objetivo senão apenas este, fazendo que o modelo seja então principal, tendo em vista a forma de controle de constitucionalidade.

E em quarto, que a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos apenas para o futuro, a partir da decisão que reconhece a ofensa do ato normativo em face do texto constitucional, sendo assim um modelo com um efeito *ex nunc*.

Por fim, como última matriz do controle de constitucionalidade, existe o modelo francês, com características bem distintas das descritas nos modelos anteriores.

Sobre a matriz francesa Gustavo Binbenjy (2001, p.42) nos ensina acerca das suas peculiaridades que:

O modelo francês de controle político e preventivo da constitucionalidade, exercido pelo Conselho Constitucional anteriormente à promulgação da lei;

juízes e tribunais são também incompetentes para conhecer e decidir qualquer questão de constitucionalidade;

Acerca da origem desta terceira fonte do controle de constitucionalidade, a doutrina estrangeira também se posiciona no sentido de reconhecer sua existência de forma autônoma e relevante, a tal ponto que influenciou na própria conformação do sistema de defesa do texto constitucional.

Neste sentido, Gustavo Zagrebelsky (2003, p. 61), analisando a evolução das funções do órgão constitucional francês no exercício do controle de constitucionalidade, afirma o seguinte:

[...] De ahí que sean igualmente claras las razones por las que, em Francia, el control de constitucionalidade de la ley sólo se há desarrollado recentemente y como instrumento de tutela objetiva de la Constitución, mas que como garantia de los derechos. La reciente afirmación del *Conseil Constitutionnel* (ecisión nº 197 de 23 de agosto de 1985): la loi votée n'exprime la vonlonté générale que dans le respect de la Constitutuion, es el punto de llegada de uma evolución que há menoscabado el absolutismo de la ley, sometiendo su validez a la condición del principio de constitucionalidade.

Assim, pode-se concluir que cabe ao Conselho Constitucional francês a responsabilidade de promover a tutela objetiva da Constituição, como forma de garantir os direitos, significando, em outras palavras dizer que o exercício do controle de constitucionalidade francês é de competência do referido conselho, que na busca pela efetivação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional bem como os que estão previstos no bloco de constitucionalidade francês, garante a supremacia deste bloco face às disposições normativas infraconstitucionais que venham a afrontar seu conteúdo.

Destarte, as características deste modelo são as seguintes: primeiro, que é um controle político de constitucionalidade, sem a participação do Poder Judiciário, pois o órgão que realiza o controle tem natureza política, sendo chamado de Conselho Constitucional, e que é formado por 9 (nove) membros, onde 3 (três) são indicados pelo Presidente da Republica, 3 (três) pelo presidente da Assembleia Nacional e 3 (três) pelo Presidente Nacional, tendo cada membro um mandato de 9 (nove) anos a cumprir, fazendo ainda parte deste conselho todos os ex-presidentes da França.

Em segundo, o controle em regra é prévio, ou seja, pode ser realizado em face de projetos de lei e atos normativos, bem como em face de tratados que ainda

não entraram em vigor. Cumpre salientar que os dois modelos anteriores são repressivos, pois exercem seus controles quando o ato normativo já está em vigor.

E em terceiro que, em regra, a provocação depende da vontade de autoridades políticas, tais como os Presidentes da República, da Assembleia Nacional e Senado, o Primeiro Ministro, ou ainda de sessenta deputados ou senadores. Ressalte-se que a provocação que pode ser feita por este quantitativo de parlamentares tem o objetivo de garantir que as minorias possam participar do modelo francês.

Tal modelo foi severamente reformado em 2008 e de acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes, (2012, p.1109) adquiriu outras características, senão vejamos:

Em virtude de uma reforma constitucional a França passou a trabalhar com a possibilidade de apreciação de constitucionalidade de leis ou atos normativos mediante um controle abstrato (de nítido viés kelseniano) que permite ao Conselho de Estado, bem como a Corte de Cassação a possibilidade de alegar a intitulada exceção de inconstitucionalidade (*exception d'Inconstitutionnalité*) perante o Conselho Constitucional.

Deste modo, percebe-se que o controle de constitucionalidade realiza uma análise vasta, com a participação de poderes constituídos distintos e com efeitos que podem ou não retroagir, a depender do *modus operandi* do controle, onde tudo está justificado no pensamento que considera que o texto constitucional é a norma mais importante do ordenamento jurídico e que por isso, merece e precisa da mais ampla proteção possível.

2.3 Espécies de Inconstitucionalidade

Após a análise das matrizes que deram origem ao controle de constitucionalidade, se faz necessário enfrentar agora a questão que trata sobre as formas de inconstitucionalidade, ou seja, de que forma a ofensa ao texto constitucional pode ocorrer e assim, por consequência, de que forma ou a partir de qual matriz o controle de constitucionalidade vai atuar.

Posto isto, cumpre inicialmente informar que não há na doutrina ou jurisprudência uniformidade na classificação acerca das formas de inconstitucionalidade, o que não irá prejudicar a discussão acerca deste tema, contudo, será apresentada uma visão particular sobre as formas de

inconstitucionalidade, com um enfoque nas corriqueiramente indicadas pela doutrina, como formas que um ato normativo tem de tentar violar o texto constitucional.

Neste sentido, é possível classificar as formas de inconstitucionalidade da seguinte maneira:

- Inconstitucionalidade Material e Formal: a primeira é aquela em que a matéria do ato normativo fere a matéria do texto constitucional. A segunda é aquela em que a produção do ato normativo desobedeceu as regras estabelecidas pela Constituição para a sua elaboração;
- Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão: no primeiro caso ocorre em virtude de um agir, ou seja, de um fazer do Poder Público, e o resultado desta ação fere o texto constitucional. Já no segundo caso ocorre justamente o oposto, pois a Constituição determina que o Poder Público aja e este não o faz, então esse não-fazer, essa inércia, desobedece a norma maior, devendo então ser declarada por inconstitucional;
- Inconstitucionalidade Originária ou Superveniente: na primeira, tem-se que o ato normativo já nasce inconstitucional, ou seja, o vício da inconstitucionalidade encontra-se no ato desde o seu princípio. Na segunda hipótese, o ato nasce constitucional, mas devido a mudanças no ordenamento jurídico ou do ordenamento jurídico fazem com que o ato torne-se posteriormente inconstitucional;
- Inconstitucionalidade Direta e Indireta: na primeira, a inconstitucionalidade se opera diretamente do objeto impugnado em face do texto constitucional; na segunda, a inconstitucionalidade ocorre em um ato normativo que está ligado a uma norma mediadora posicionada entre a Constituição e este ato normativo.

Acerca do critério utilizado para classificar as espécies de inconstitucionalidade, se faz necessária uma primeira observação em que não se pode afirmar que uma determinada classificação está correta ou mais precisa nos

seus termos do que outra, pois toda classificação é elaborada a partir de um dado ponto de vista, por meio de critérios estabelecidos por aquele que defende tal classificação.

Neste sentido, ocorre que a maioria da doutrina constitucional, quanto a classificação das espécies de inconstitucionalidade, se posiciona de forma semelhante, utilizando critérios bastante próximos para indicar e definir as hipóteses em que um ato ou uma omissão podem ofender o texto constitucional. Saliente-se que tal classificação, conforme será apresentada a seguir, traz critérios que não se excluem mutuamente, mas ao contrário se somam, sendo cada caso de inconstitucionalidade um verdadeiro leque de hipóteses de ofensa ao texto constitucional.

Vista esta classificação, contudo, outra parte da doutrina traz classificação acerca da mesma matéria de forma diversa, pois enxergam a forma de ofensa ao texto constitucional de forma diferente, sob a utilização de critérios distintos e por isso com hipóteses específicas no que diz respeito a classificação das espécies de inconstitucionalidade.

Sendo assim, Walber de Moura Agra (2012, pp. 662-666), seguindo os ensinamentos de Jorge Miranda, apresenta a seguinte classificação as espécies de inconstitucionalidade:

No ordenamento jurídico brasileiro pode-se falar em quatro tipos de inconstitucionalidades: a) por ação, que se subdivide em formal e material; b) por omissão; c) por descumprimento de preceito fundamental; d) valorativa. A inconstitucionalidade por ação pode ser de dois tipos: material ou formal. A primeira ocorre quando a norma infraconstitucional contraria o conteúdo de um dispositivo constitucional, atingindo o sentido de sua determinação. Ela afeta apenas a parte da norma que afronta a Constituição; as demais partes, se forem autônomas, permanecerão em vigor. A inconstitucionalidade material permite sua convalidação: uma vez retirada a parte da norma que contraria a Constituição, o vício deixará de existir. [...] A inconstitucionalidade formal acontece quando as normas infraconstitucionais não obedecem ao procedimento estabelecido na Lei Maior, ou seja, o processo legislativo previsto, nos arts. 59 a 69 da Constituição. Por ferir o procedimento devido, ela atinge toda a norma que foi gerada. A inconstitucionalidade formal é classificada como inconstitucionalidade formal objetiva quando fere as regras procedimentais estipuladas pela Constituição. É o caso, por exemplo, de uma lei ordinária que não foi aprovada pelo Senado Federal. A inconstitucionalidade formal subjetiva existe quando há um vício na propositura da norma, por ter sido encaminhada por um órgão que não tem legitimidade para tanto. Seria o caso, por exemplo, de um projeto de lei que, tendo sido proposto por um parlamentar, versasse sobre o aumento do efetivo das Forças Armadas,

pois a Constituição estabelece a legitimidade exclusiva do Presidente da República para iniciativa de projeto de lei sobre a matéria. A inconstitucionalidade formal não permite convalidação, já que o processo legislativo tem de ser obedecido de forma integral, devendo ser seguidos todos os trâmites expostos na Lei Maior. [...] Com a regulamentação do art. 102, § 1º, da Constituição Federal pela Lei nº 9.868/1999, surgiu um novo tipo de inconstitucionalidade: o descumprimento de preceito fundamental. Sua peculiaridade é proteger exclusivamente preceitos fundamentais que não possam ser assegurados por intermédio de outras medidas jurídicas. Sendo necessário, na maior parte dos casos, uma prestação material do Estado no sentido de proporcionar aos cidadãos o gozo de seus preceitos fundamentais. Devido ao fortalecimento da concepção que a Constituição possui caráter dialógico, mantendo uma sincronia com o desenvolvimento das relações sociais, acentuou-se a convicção da natureza valorativa que permeia os mandamentos constitucionais. Cada dispositivo contido na Constituição, além de sua estrutura normativa, textual, dispõe de determinada carga valorativa, que vai sendo preenchida em decorrência de circunstâncias fáticas. Então, quando um dispositivo constitucional for aplicado descurando de seu núcleo axiológico, distanciando-se do sentido como ele vem sendo empregado, estar-se-á configurada uma inconstitucionalidade valorativa. Exemplo claro desse tipo de afronta a Lei Maior ocorre na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, em que se declara a inconstitucionalidade de certa interpretação que afronta a base valorativa dominante.

Acrescente-se ainda as lições de Otto Bachof (1994, pp. 50-63) que traz um critério bem peculiar quanto a classificação das espécies de inconstitucionalidade, pois o referido autor utiliza como critério para identificar as hipóteses em que o texto constitucional é desrespeitado, o estudo das próprias normas constitucionais, trazendo interessante visão acerca do tema.

Desta feita, tem-se a seguinte classificação:

a) *Inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais* [...] É isto o que acontece, em primeiro lugar, quando o próprio documento constitucional torna a sua entrada em vigor dependente de condições. Assim, se por hipótese a Lei Fundamental tivesse sido promulgada e publicada *sem* a aceitação do órgão de representação popular em dois terços dos Estados Federados alemães, prescrita obrigatoriamente no seu art. 144, n.º 1, de modo nenhum teria surgido uma Constituição válida – conclusão esta que também em nada seria alterada por uma eventual declaração inexacta, no momento da publicação, de que a aceitação se verificara. Mas também pode carecer de legalidade uma norma constitucional *isolada*, se é apenas esta norma que não corresponde aos requisitos postos pela Constituição, como, por exemplo, a ratificação através dum plebiscito [...]. b) *Inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição* [...] Uma lei de alteração da Constituição (isto é, na medida que se trate da Lei Fundamental, uma lei de alteração do *texto* da Constituição: art. 79, n.º1) pode infringir, formal ou materialmente, disposições da Constituição formal. Dá-se o *primeiro* caso, quando não são observadas as disposições

processuais prescritas para a alteração da Constituição contrariamente à declaração da *imodificabilidade* destas inserta no documento constitucional. [...] c) *Inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior* [...] Assim, delimitada, cifra-se a questão em saber se uma norma do documento constitucional pode ser inconstitucional – ou em todo caso, se se quiser evitar aqui esta expressão, não vinculativa – em virtude da infração de uma norma de maior valor do mesmo documento, mas estabelecida *autonomamente* pelo legislador constituinte. [...] Enquanto o legislador constituinte actua autonomamente, estabelecendo normas jurídicas que não representam simples transformação positivante de direito supralegal, mas a expressão da livre decisão de vontade do *pouvoir constituant*, pode ele, justamente por força desta sua autonomia, consentir também excepções ao direito assim estabelecido. [...] É certo que o legislador constituinte não pode, ao admitir tais excepções, infringir simultaneamente uma norma de direito supralegal, em especial a proibição do arbítrio imanente a qualquer ordem jurídica! Se o fizer, a norma excepcional será sem dúvida não vinculativa – não, porém, em virtude do carácter arbitrário da excepção. [...] d) *Inconstitucionalidade resultante da “mudança de natureza” de normas constitucionais. Cessaçãõ da vigência sem disposição expressa* [...] No entanto, em vista da particular missão de integração da ordem constitucional, será lícito admitir também como possível que normas singulares da Constituição se tornem automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em consequência da mudança da situação real, já não puderem cumprir a sua função integradora, e porventura comecem até a desempenhar uma função desintegradora. [...] e) *Inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional: À “Constituição” e à Constituição não só em sentido material, mas também em sentido formal, pertence igualmente o direito supralegal, na medida em que tenha sido positivado pelo documento constitucional. Uma norma jurídica que infrinja direito constitucional assim positivado será, portanto, simultaneamente “contrária ao direito natural” e inconstitucional. Se uma norma constitucional infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, “contrária ao direito natural” e, de harmonia com o exposto supra, carecerá de legitimidade, no sentido de obrigatoriedade jurídica. Mas não tenho nenhuma dúvida em qualificá-la também, apesar de pertencer formalmente à Constituição, como “inconstitucional”, se bem que o fundamento último da sua não obrigatoriedade esteja na contradição com o direito supra legal: a “incorporação material” (IPSEN) dos valores supremos da Constituição faz, porém, com que toda a infração de direito supralegal, deste tipo, apareça necessária e simultaneamente como violação do conteúdo fundamental da Constituição.*

Sobre a inconstitucionalidade direta leciona Marcelo Neves (1957, p.72):

Neste sentido, a abordagem do problema da inconstitucionalidade das leis (lato sensu: em sentido formal ou material) circunscreve-se às relações intra-sistemáticas entre as normas constitucionais e normas infraconstitucionais, sejam relações nomoestáticas ou nomodinâmicas. Mas só as relações imediatas entre normas constitucionais e normas legais (lato sensu) são levadas em conta nesta abordagem. A denominada “inconstitucionalidade mediata ou indireta” é antes uma questão de

ilegalidade, ou de invalidade por infração de dispositivo infra-legal, inconfundíveis com a noção rigorosa de inconstitucionalidade; porque, admitindo-se o contrário, todas as questões de invalidade normativa seriam questões constitucionais.

Posto isto, e sobre a classificação apresentada, se faz necessário tecer algumas considerações pontuais para melhor compreensão da mesma. Assim, seguindo a mesma sequência que foi utilizada para classificar as formas de inconstitucionalidade, tem-se que, segundo a Bernardo Gonçalves Viana (2012, pp. 1098-1102), a inconstitucionalidade formal divide-se em 3 (três) espécies, quais sejam a formal propriamente dita, que é aquela que se refere ao desrespeito ao previsto nos artigos 59 a 69 da Constituição da República de 1988; a formal orgânica, que é aquela que tem por base o descumprimento das regras de competência, que determinam a criação do ato; e a formal por descumprimento de pressuposto objetivo para a produção do ato, que é aquela que ocorre quando o ato normativo prevê pressuposto para a sua existência e mesmo sem estes existirem, o ato normativo é produzido.

Outro ponto a ser esmiuçado é o de que a inconstitucionalidade por omissão tem por objeto as normas constitucionais de eficácia limitada, que são aquelas que, apesar de estarem no texto constitucional, não produzem efeitos e que por isso, precisam de um complemento normativo do legislador infraconstitucional, contudo, tal complemento não é feito. O Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade, ainda adota a posição não concretista no que diz respeito à omissão oriunda do Poder Legislativo.

Ainda no sentido de esclarecer as formas de inconstitucionalidade, tem-se que constitucionalidade superveniente, apesar de ser trazida pela doutrina, não é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, pois a corte entende que os casos em que esta espécie de inconstitucionalidade poderia ocorrer seriam, na realidade, casos de direito intertemporal.

Neste sentido, a inconstitucionalidade superveniente pode ocorrer em duas situações distintas, sendo as seguintes: na primeira hipótese, o ato normativo é feito a partir de uma determinada ordem constitucional e compatível com esta, ocorre que há uma posterior mudança de ordem constitucional sobrevindo uma nova Constituição e a partir deste momento, aquele ato normativo passa a ser incompatível com o novo texto constitucional. Segundo o Supremo Tribunal Federal, tal situação é caso de não recepção do ato normativo pela nova ordem

constitucional, não sendo possível se reconhecer a existência de inconstitucionalidade superveniente.

A segunda hipótese ocorre quando o ato normativo é feito sob a égide de uma ordem constitucional e compatível com esta, contudo, posteriormente ocorre uma mudança na mesma ordem constitucional fazendo com que aquele ato normativo passe a ser agora incompatível com o texto constitucional. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, ocorrendo tal situação, haverá então uma revogação tácita do ato normativo que agora é incompatível, e não o reconhecimento de inconstitucionalidade superveniente.

Importante salientar que a posição do Supremo Tribunal Federal é mais acertada, porque, apesar da construção da tese da inconstitucionalidade superveniente pela doutrina ser razoável, o reconhecimento da ofensa de um ato normativo em face do texto constitucional depende de vários fatores, alguns aqui já explicados e outros ainda a serem analisados, mas apenas a título exemplificativo, o controle de constitucionalidade pode ou não retroagir o efeito da inconstitucionalidade do ato a depender do modelo adotado, contudo, adotando a tese da doutrina, não há certeza sobre qual efeito será aplicado.

Outra questão importante é saber de quem advirá o reconhecimento da inconstitucionalidade superveniente e para quem o efeito desse reconhecimento será dirigido, se para todos ou se apenas para indivíduos em específico, ou ainda, se a questão da ofensa superveniente não fere postulados constitucionais como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Desta feita, diante de tais argumentos e com base em vários outros que se pode tecer em favor da posição do Supremo Tribunal Federal, tem-se que a tese da inconstitucionalidade superveniente não deve ser adotada por não garantir segurança jurídica e nem tampouco um procedimento específico para que possa ser, validamente, reconhecida.

Por fim, quanto ao detalhamento das questões mais relevantes quanto às formas de inconstitucionalidade, tem-se que a inconstitucionalidade indireta vai gerar um fenômeno denominado pela doutrina de “inconstitucionalidade por arrastamento”, alcançando não apenas o objeto impugnado, mas também outros atos que mesmo não impugnados, são conexos ao ato normativo reconhecido por inconstitucional. Assim, sendo um ato normativo tido por inconstitucional, o efeito da declaração recai

sobre tal ato e sobre todos os outros que estejam de alguma forma vinculados a ele, sendo então, todos os atos reconhecidos como inconstitucionais.

Posto isto, passa-se agora à análise do ordenamento jurídico nacional acerca do *modus operandi* do controle de constitucionalidade praticado pelo Brasil, identificando suas matrizes e eventuais alterações que foram adotadas pelo modelo brasileiro, para assegurar a supremacia do texto constitucional nacional.

2.4 Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade

O sistema jurídico brasileiro adota o entendimento de que o texto constitucional é o diploma normativo mais importante dentre todos os que compõem o ordenamento jurídico nacional, sendo supremo perante os demais, devendo todos os atos normativos guardar com o texto máximo uma relação de compatibilidade vertical, servindo aquele de base de validade última para todos os diplomas legais.

Afirma ainda o sistema brasileiro que, como consequência lógica da supremacia do texto constitucional, por entender que os conteúdos mais importantes para a sociedade e para o Estado estão nele contidos, estabelece-se como sua forma de alteração pelo legislador constitucional o procedimento mais rigoroso existente no ordenamento jurídico, garantindo assim, a rigidez ao texto constitucional, face ao sentido dos seus elementos textuais descritos.

Diante deste quadro, prevê o ordenamento jurídico brasileiro um sistema de defesa do texto constitucional, que visa garantir sua posição de supremacia em face dos demais atos normativos, expurgando do ordenamento jurídico eventuais diplomas legais que venham a ferir o disposto no texto constitucional que dá base à sociedade e ao Estado brasileiro.

Destarte, o estudo do controle de constitucionalidade brasileiro perpassa várias etapas, cada uma com suas peculiaridades no que tange à competência, procedimento e efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, pois a princípio, já se pode afirmar que o sistema de defesa constitucional adotado pelo Brasil é heterogêneo, na medida em que adota as 3 (três) matrizes do controle de constitucionalidade acima apontadas, indo além disso, pois prevê alterações às matrizes originais, trazendo características específicas para o modelo brasileiro.

2.4.1 Controle de Constitucionalidade Político Brasileiro

2.4.1.1 O Controle de Constitucionalidade Exercido pelos Poderes Políticos do Estado

Iniciando o estudo do controle de constitucionalidade brasileiro, opta-se por analisar em primeiro plano o controle político de constitucionalidade dos atos normativos, pois não é muito extenso e encontra um número menor de questões conflitantes em relação ao controle judicial de constitucionalidade.

Deste modo, principiando o estudo, tem-se que o modelo político brasileiro de controle de constitucionalidade tem por base a matriz francesa, pois não oferta a um órgão judicial o exercício do controle, mas cabe aos poderes políticos constituídos no Estado Democrático de Direito exercer o controle, contudo, as similitudes ficam até este ponto, pois em todas as demais características há uma total dessemelhança entre os dois modelos.

É necessário ainda salientar que, o controle político de constitucionalidade divide-se em duas espécies a depender do poder político que o exerça, podendo ser exercido ora pelo Poder Executivo, ora pelo Poder Legislativo, cabendo ainda a participação de um tribunal que tem por função fiscalizar a prestação de contas de ambos os poderes, de acordo com entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal.

Posto isto, inicia-se o estudo pelo controle político de constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo, que pode ser tanto preventivo, pois é exercido sobre um projeto de lei, quando do procedimento de sua aprovação e posterior transformação em lei. Neste sentido, o controle de constitucionalidade exercido por este poder tem seu momento quando do processo legislativo, uma vez que, ao final deste processo, cabe ao chefe do Executivo sancionar ou vetar o projeto de lei. Saliente-se que tal controle também pode ser repressivo, que é aquele que é exercido quando o ato normativo já existe e produz seus efeitos, entretanto, existe certa controvérsia acerca desta possibilidade.

De acordo com a doutrina, o ato de sanção é aquele que aprovando-o, transforma o projeto de lei em lei, podendo ser tácito, quando o chefe do Executivo não se pronuncia expressamente em até 15 (quinze) dias acerca da sanção, sendo

considerado seu silêncio como aceite, ou pode ser expresso, quando expressamente há um ato de sanção aprovando o ato.

Ocorre que o controle de constitucionalidade político se manifesta ou quando há sanção parcial ou, como mais comumente é denominado, quando há veto ao projeto de lei. O veto significa a recusa do chefe do Executivo ao projeto de lei, impedindo que o mesmo se transforme em lei. Tal ato só pode ser expresso, não cabendo o veto tácito, sendo ainda relativo, irrevogável, supressivo e nunca aditivo, ou seja, pode apenas retirar temas do projeto sem jamais acrescentar, pois caso contrário estaria se permitindo que o chefe do Executivo pratique atividade legiferante sem sequer submeter a matéria ao Poder Legislativo, sem contar que tal atividade é função típica do Poder Legislativo.

Quanto à recusa do chefe do Poder Executivo ao projeto, precisa ainda ser motivado, ou seja, precisa esta autoridade política apresentar motivos que sustentem a sua recusa, justificando porque o referido projeto não pode ser transformando em lei.

Ocorre que as razões ou motivos do veto podem ser de 3 (três) ordens distintas, quais sejam a motivação política, a motivação jurídica e a motivação político-jurídica. A primeira é aquela que se baseia no argumento de que o projeto de lei não busca, defende ou atende ao interesse público nacional; a segunda está calcada justamente no controle de constitucionalidade, onde se veta o projeto por entender que o mesmo é inconstitucional; e a terceira é aquela em que afirma ser o projeto de lei, ao mesmo tempo, prejudicial ao interesse público e inconstitucional.

Por outro lado, o controle político de constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo, como já foi afirmado, também pode ser repressivo, existindo em relação a ato normativo vigente e produzindo seus efeitos.

Neste sentido, ocorre que, para um completo entendimento do tema, se faz necessário regressar ao ordenamento constitucional de 1967, pois tal possibilidade surgiu neste período. Assim, previa o texto constitucional antecedente ao presente que o único legitimado ativo para a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – A.D.I. era o Procurador Geral da República – P.G.R., e por consequência caso este legitimado não entendesse ser o ato normativo inconstitucional, não haveria discussão acerca do tema no Supremo Tribunal Federal por meio da A.D.I., não podendo o Executivo deixar de aplicar o ato normativo mesmo que o entendesse inconstitucional.

Por tal motivo, para que o Executivo não ficasse a mercê da vontade do P.G.R., foi desenvolvido jurisprudencialmente o entendimento de que o Executivo poderia deixar de aplicar normas que entendesse inconstitucionais, garantindo também ele a supremacia do texto constitucional.

Acontece que a ordem constitucional estabelecida a partir de 1988 trouxe um novo rol de legitimados para a propositura da A.D.I., incluindo neste rol o chefe do Executivo nacional, estadual e distrital, ficando de fora o chefe do Executivo municipal. E em virtude deste novo rol de legitimados, em especial, da presença do chefe do Executivo, é que se passou a discutir a regra estabelecida quando da Constituição de 1967, se posicionando parte da doutrina de modo a não mais aceitar a não aplicação de ato normativo pelo Executivo quando entendê-lo inconstitucional, sob o argumento de que caso se posicione pelo reconhecimento da ofensa do ato normativo em face do texto constitucional, deve então propor a medida cabível que é o ajuizamento de uma A.D.I. em face do ato.

Entretanto, mesmo diante de tais argumentos, ocorre que a doutrina majoritária e decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal na década de 1990 sustentam a continuidade da regra que permite que o chefe do Executivo determine a seus órgãos subordinados que deixem de aplicar norma que entenda inconstitucional. Ressalte-se que no caso do Presidente da República e Governador de Estado-Membro e do Distrito Federal devem ajuizar A.D.I. em face do ato normativo eivado de inconstitucionalidade.

Por fim, não se pode deixar de citar a possibilidade do ajuizamento por parte do chefe do Executivo nacional, estadual e distrital de Ação Direta de Inconstitucionalidade, como forma de exercício do seu controle político de constitucionalidade, na medida em que provoca a manifestação do Poder Judiciário acerca da inconstitucionalidade de um determinado ato normativo.

Posto isto, analisa-se a partir de agora o controle político de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo no Brasil, que suscite menos questionamentos que o controle político do Poder Executivo.

Destarte, tem-se que o Poder Legislativo pode exercer, assim como o Poder Executivo, o seu controle de forma preventiva e de forma repressiva. No que tange ao controle preventivo, este ocorre quando da submissão de um projeto de lei à apreciação da Comissão de Constituição e Justiça – C.C.J., dentro do processo legislativo. A Comissão de Constituição e Justiça têm por objetivo analisar a

constitucionalidade dos projetos de lei apresentados no Parlamento e que busquem se tornar lei ao final do processo legislativo. Caso a C.C.J. entenda que o projeto é inconstitucional deverá então arquivar a matéria, que só poderá ser novamente apreciada pelo Parlamento, em regra, na sessão legislativa seguinte, salvo se por maioria absoluta dos membros da casa legislativa, houver o desarquivamento do projeto de lei.

Já em relação ao controle repressivo exercido pelo Poder Legislativo, tem-se que o mesmo ocorre, segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, (2012, p.1114),

quando o Congresso Nacional susta os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem os limites da delegação legislativa (ou seja, susta uma lei delegada já em vigor) com base no artigo 49, V da C.R./88; e ainda, quando rejeita uma Medida Provisória (em vigor) por entender que a mesma fere a Constituição no seu conteúdo ou por não preencher os pressupostos constitucionais (relevância e urgência), conforme prevê o artigo 62, § 5º da C.R./88.

Em relação a este tipo de controle exercido pelo Poder Legislativo, importante aqui suscitar uma questão com base em um dispositivo constitucional que acaba por influir neste controle, ampliando seu alcance.

Neste sentido, é sabido o decreto de Intervenção Federal sofre controle político pelo Congresso Nacional – C.N., salvo nos casos do artigo 34, VI e VII da C.R./1988, em até 24 horas a contar da decretação do estado de exceção jurídica. Assim, quando da realização pelo Congresso Nacional, que vai analisar a decretação da medida, seus objetivos, seu período, sua amplitude e seus efeitos, deve-se entender também ser possível o exercício do controle de constitucionalidade por parte do parlamento, pois se a ideia de determinar que o controle político seja realizado imediatamente após a decretação da medida excepcional, tendo em vista que seus efeitos começam a partir da decretação, então no mesmo momento, deve se garantir a possibilidade de que o Congresso Nacional realize concomitantemente o controle de constitucionalidade sobre a medida, evitando que apenas em momento posterior, quando talvez da total implementação desta, é que o Poder Judiciário venha a declarar a inconstitucionalidade da mesma, podendo encontrar um quadro agora irreversível, tornando inócua a declaração de inconstitucionalidade.

Segundo Luiz Roberto Barroso (2011, p. 95) e seguindo a linha de raciocínio traçada para o controle de constitucionalidade político exercido pelo Poder Executivo, no que diz respeito ao veto ao projeto de lei, tem-se que

cabe ao Congresso Nacional, em sessão conjunta, apreciar o ato presidencial, podendo rejeitar o veto, pela maioria absoluta dos deputados e senadores, em escrutínio secreto (artigo 66, § 4º). Nessa hipótese, o juízo do Legislativo acerca da constitucionalidade ou não da norma prevalecerá sobre o do Executivo, convertendo-o em projeto de lei (artigo 66, §§ 5º e 7º).

Continuando na mesma esteira de pensamento, tem-se ainda, no tocante à aprovação de emenda constitucional superadora da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, que “salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso Nacional, no exercício do seu poder constituinte derivado”. Isto quer dizer que, havendo por parte do Supremo Tribunal Federal a fixação de um determinado entendimento acerca de uma matéria, e tal entendimento não seja compartilhado pelo Congresso Nacional, pode este criar emenda constitucional que supere o entendimento do tribunal, fixando novo parâmetro a ser seguido.

Outra possibilidade do exercício do controle político de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo é quando da possibilidade do ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por parte das mesas da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Assembleias Legislativas Estaduais e da Assembleia Distrital.

Por fim, e como ato lógico e integrante da sua função típica, tem-se a possibilidade que o Poder Legislativo tem de revogar atos normativos que entenda serem inconstitucionais, contudo não pode atribuir à revogação caráter retroativo, mas apenas para o futuro.

Ainda dentro do controle político de constitucionalidade brasileiro, inclui-se a possibilidade que o Tribunal de Contas de União – T.C.U. tem de, com base na Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, realizar o controle de constitucionalidade quando do exercício da sua função, qual seja analisar a prestação de contas de todos os que estiverem envolvidos com o poder público.

Em suma, o controle político de constitucionalidade brasileiro apresenta características bem distintas da matriz francesa, tendo como similitude o exercício do controle por um órgão político e não judicial, e a possibilidade de que o controle

possa ser exercido tanto de forma preventiva, como de forma repressiva, mas em relação às demais situações, o modelo político brasileiro apresenta-se de maneira mais ampla, corroborando a preocupação de garantir ao texto constitucional sua posição de supremacia, já a partir da produção dos atos normativos que devem ser compatíveis com aquele.

2.4.1.2 O Objeto do Controle Político e o Momento da Sua Impugnação

Analisando o controle político de constitucionalidade, entende-se que seu objeto não se enquadra no rol dos atos normativos uma vez que, sendo este modelo de controle preventivo e tal característica levar em consideração o fato de que a norma a ser impugnada pelo vício da inconstitucionalidade ainda não existe, então é de se concluir que se trata de controle de constitucionalidade exercido sobre projetos de atos normativos que estão na iminência de adquirir existência, validade e vigência dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que uma importante discussão acerca do objeto do controle de constitucionalidade político é a de que, caso o Legislativo ou o Executivo seja omissos, se recuse ou atue de forma leniente no exercício deste controle, haveria para os mesmos outro momento de tentar impugnar o objeto eivado de vício de inconstitucionalidade ou uma vez perdida a possibilidade, não caberia mais para tais poderes o exercício do seu controle.

Neste sentido, cumpre lembrar quando tais poderes podem exercer o controle político de constitucionalidade.

Portanto, o Legislativo, em linhas gerais, exerce seu controle político principalmente quando da análise do projeto de ato normativo, dentro do processo legislativo, por meio de uma comissão parlamentar denominada Comissão de Constituição e Justiça. No caso do Poder Executivo o exercício do seu controle se manifesta quando da análise do projeto de ato normativo pelo chefe do Executivo, podendo este vetar no todo ou em parte o referido projeto com base no fato de ser o mesmo inconstitucional.

Desta feita, trabalhando as hipóteses acima suscitadas, é possível, qualquer dos poderes, por conveniência política, desídia ou descuido, não exercer o controle da forma mais apropriada, deixando passar para as fases seguintes do processo legislativo um projeto de ato normativo que encontra-se eivado de vícios

de inconstitucionalidade, o que coloca em risco tanto a ideia de supremacia do texto constitucional como, em decorrência desta supremacia, a compatibilidade hierárquica vertical que deve haver dentro do ordenamento jurídico tendo como norma-referência a Constituição, localizada no mais alto patamar normativo.

Nesse diapasão, perdida a oportunidade de expurgar do processo legislativo, antes que se torne um ato normativo capaz de produzir seus efeitos, em tese, o Executivo e o Legislativo não podem mais exercer o controle de constitucionalidade.

Entretanto, o próprio sistema jurídico-normativo brasileiro, ao prever o controle de constitucionalidade das normas estabelece que tais poderes podem mais uma vez exercer o referido controle por meio de outros mecanismos, porém, o controle político de constitucionalidade não poderá mais ser exercido.

É o que se verifica quando a Constituição, em seu artigo 103, prevê como legitimados ativos para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade os seguintes agentes e órgãos:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; [...].

Assim, fica evidenciado por meio de expressa autorização constitucional que, por meio do chefe do Executivo nacional e estadual, e por meio do órgão administrativo máximo das casas legislativas nacional, estadual e distrital, podem os Poderes Executivo e Legislativo participarem do controle de constitucionalidade quando perdido o momento de exercício do controle político.

Sobre este assunto, cumpre frisar que a previsão constitucional acima exposta traz a participação dos poderes políticos de duas formas diferentes daquela prevista para o exercício do controle político, quando detém o poder necessário para, individualmente, extirpar um projeto de ato normativo eivado de inconstitucionalidade do processo legislativo, evitando que o mesmo venha a produzir efeitos contrários ao texto constitucional.

Nesta linha, os poderes Executivo e Legislativo, a partir da leitura do rol do artigo 103 da Constituição da República de 1988, participam do controle abstrato de constitucionalidade, que é judicial e que é provocado por meio de ações constitucionais e que tem como legitimados ativos para sua propositura, aqueles que

estão previstos no referido rol do artigo 103. Outro aspecto importante é que sua participação limita-se tão somente a ajuizar a demanda, ficando desprovido de qualquer poder decisório acerca da retirada do ato normativo agora existente, válido e eficaz no ordenamento jurídico.

É possível cogitar se não seria necessária uma reflexão acerca da perda do momento do exercício do controle de constitucionalidade político por parte do Executivo e Legislativo por conveniência política, desídia ou descuido, e com base em tais hipóteses se pudesse suscitar eventual responsabilização do agente político responsável pela perda da oportunidade do exercício do controle político, bem como a possibilidade de participarem do controle de constitucionalidade em momento e modelo diverso.

Uma reflexão se faz necessária acerca da perda do momento do exercício do controle político de constitucionalidade por parte do Executivo e Legislativo por conveniência política, desídia ou descuido, suscitando eventual responsabilização do agente político responsável pela perda da oportunidade do exercício do controle político, e a possibilidade de participarem do controle de constitucionalidade em momento e modelo diverso.

Em primeiro plano, diante da supremacia do texto constitucional e de sua força normativa dentro do ordenamento jurídico, presume-se que todo aquele que ocupa um espaço no poder público, principalmente se detentor de um mandato eletivo tem por prerrogativa defender o texto constitucional, pois aqueles que o escolheram com fins de representação no órgão que forma a vontade nacional, foram os mesmos que escolheram os valores a serem inscritos na Constituição, e dessa forma, a defesa desse texto é algo inerente e lógico à função daquele que faz parte do poder político do País.

Ocorre que mesmo diante de tal perspectiva lógica, é justamente e principalmente, mas não exclusivamente, dos poderes políticos do Estado de Direito que surgem os atos normativos que ofendem o texto constitucional e que por isso, precisam ser retirados do ordenamento jurídico.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade, chegará a um momento que deverá passar a responsabilizar os detentores do poder político pela elaboração de atos normativos que ofendem o texto constitucional, pois atentam não só contra este texto, mas atentam contra aqueles que os escolheram como representantes.

Segundo Helmut Simon (2001, p. 842), a decisão do tribunal constitucional tem o poder de vincular os tribunais e autoridades que estão vinculados a sua decisão, devendo obediência a tal decisum. É o que se depreende da seguinte passagem:

Se subraya el peso del *Bundesverfassungsgericht* em la medida em que los órganos constitucionales de la Federación y los *Länder*, así como todos los tribunales y autoridades están vinculados por sus decisiones, y em que las mismas tienen fuerza de ley em cuanto afecten a la constitucionalidade o inconstitucionalidade de normas (art. 94.2 GG; § 31 BVerfGG).

Assim, seria até possível se pensar em uma aplicação com maior alcance da teoria dos motivos determinantes, que não servisse apenas como forma de aplicar o sentido de uma decisão da corte constitucional brasileira sobre determinada matéria reconhecida como inconstitucional, a outras suposições normativas que trouxerem o mesmo conteúdo, mas que pudesse atuar até mesmo na atuação do poder público, impedindo-lhe a pratica de atos que apresentem conteúdo semelhante aquele que já foi reconhecido como ofensivo ao texto constitucional.

Essa discussão é relevante e necessária tendo em vista a forma em que o Estado tem agido, por vezes de forma deliberada, no sentido de desrespeitar a Constituição, contudo não faz parte do objeto proposto em análise e por isso não será debatida de forma mais aprofundada, ficando apenas o registro dessa possibilidade.

Se por um lado é bem verdade que não há previsão normativa acerca dessa possibilidade e com base na separação dos poderes o Legislativo é livre para atuar na sua função típica, por outro lado não se pode deixar de lembrar que aqueles que integram o poder público tem responsabilidade pelos atos que praticam, e considerando que a Constituição significa para este poder não apenas uma referência, mas uma imposição, então não é possível se admitir que continuem produzindo atos normativos diretamente ofensivos ao texto constitucional, sob a justificativa do manto da liberdade legislativa.

O mesmo raciocínio também se aplica ao Poder Executivo que, de forma deliberada atua no sentido de permitir que um ato normativo adentre no ordenamento jurídico brasileiro e passe a produzir efeitos inconstitucionais. Este poder deve ser considerado como responsável solidário na produção do ato

normativo e caberá ao Supremo Tribunal Federal responsabilizar da forma devida todos os envolvidos na prática do ato normativo inconstitucional.

Quanto à possibilidade de fazer parte do controle abstrato de constitucionalidade judicial, seria até ilógico entender-se que o mesmo responsável pela edição do ato normativo inconstitucional venha a ajuizar em face deste uma ação constitucional cujo objetivo é retirá-lo do ordenamento jurídico.

Contudo, não só pelo fato de que é previsão constitucional expressa a autorização para os poderes políticos participarem deste modelo de controle de constitucionalidade, é característica da República que o mandato eletivo seja temporário, o que garante a mudança periódica de eleitos e que com isso sejam escolhidos novos representantes, que, por não terem participado do processo legislativo que produziu o ato normativo inconstitucional, podem desejar a retirada de tal ato do ordenamento jurídico.

Entretanto, a necessidade de uma mudança de viés do procedimento do controle de constitucionalidade quanto a possibilidade da responsabilização dos agentes públicos responsáveis pela edição de atos normativos abertamente inconstitucionais, cabendo ao Egrégio Tribunal Constitucional decidir como atuar neste sentido, fica comprometida pela própria tese da separação dos poderes estatais, que atribui como função típica do Poder Legislativo a atividade legiferante, garantindo-lhe plena e total liberdade para o exercício de sua função.

Sobre esse assunto, Gustavo Ferreira Santos (2002, p.62) ensina que:

Como é do conhecimento geral, três são as funções estatais que fundamentam a organização do Estado em distintos poderes: função legislativa, função executiva e função jurisdicional. A função caracteriza-se pela inovação originária na ordem jurídica, com a edição de normas gerais e abstratas a serem observadas por todos, ou seja, o órgão que exerce a função legislativa fixa novas regras de conduta, independentemente do estado anterior da regulação daquela matéria. No Estado constitucional, no entanto, a função legislativa apenas pode ser exercida no quadro da Constituição. As funções executiva e jurisdicional são funções de aplicação da lei ao caso concreto. Nos dois casos, não há a inovação originária na ordem jurídica, mas uma aplicação das normas gerais e abstratas à realidade. Enquanto a administração edita atos individuais que executam a vontade da lei, a jurisdição soluciona conflitos de interesse surgidos sob a vigência do direito legislado.

E continua Gustavo Ferreira Santos, (2002, p.62) afirmando que:

Afinal o legislador não pode ser tomado como um mero aplicador da Constituição, mas merece ser visto como alguém legitimado para, nos

marcos da Constituição, inovar na regulação da vida social. Muito mais compatível com a natureza da sua atividade está a ideia de conformação da Constituição. Assim há limitações explícitas e implícitas ao agir do legislador, apesar de um certo grau de liberdade que marca a sua atuação. É de interesse da comunidade que, diante das possibilidades de abuso, existam instrumentos que viabilizem um controle por parte do Judiciário, capaz de impedir os excessos na Legislação e na Administração. Alguns desses instrumentos devem alcançar as limitações implícitas, pois nem toda conduta contrária à Constituição fere diretamente uma norma constitucional, atingindo-a, no mais das vezes, indiretamente.

Na mesma esteira de pensamento, Walter Claudius Rothenburg, (2005, p.196) se posiciona da seguinte forma:

Em sentido oposto, a regra é que as decisões em sede de controle judicial objetivo de constitucionalidade vinculem, em relação ao ato examinado, todos os órgãos públicos. [...] Excetua-se ainda, na hipótese de procedência da alegação de inconstitucionalidade ou reconhecimento da inconstitucionalidade, o Poder Legislativo (ou outro com competência normativa), que não fica impedido de fazer suas opções legislativas, mesmo sob o risco de vê-las novamente infirmadas.

Cumprе ressaltar que considerando que o Supremo Tribunal Federal não se vincula as suas próprias decisões, aquilo que é considerado inconstitucional de acordo com o contexto social atual, pode vir a ser considerado como constitucional no futuro, a partir de uma mudança de valores sociais que influenciam na interpretação do próprio texto constitucional.

Deste modo, impedir que o Poder Legislativo legisfere por meio da responsabilização dos seus membros, fere não só o princípio da separação dos poderes, mas também fere a própria noção de que o ordenamento jurídico é dinâmico, volátil e temporal, mudando de acordo com a mudança da sociedade.

Em todo caso, é preciso uma mudança de viés do procedimento do controle de constitucionalidade quanto a possibilidade da responsabilização dos agentes públicos responsáveis pela edição de atos normativos abertamente inconstitucionais, cabendo ao Egrégio Tribunal Constitucional decidir como atuar neste sentido, ficando autorizado para tanto pela supremacia constitucional e pela força normativa do texto, que se impõe a todos, principalmente àqueles que fazem parte do poder público.

2.4.2 Controle de Constitucionalidade Judicial Brasileiro

Ao lado do controle político de constitucionalidade, o Brasil também adotou em seu ordenamento jurídico o controle de constitucionalidade judicial, que é mais amplo que aquele, tendo por base as matrizes judiciais que já foram aqui analisadas, quais sejam a ianque e a austríaca, contudo, assim como ocorre no controle político, o modelo judicial brasileiro também aponta características peculiares que o diferenciam das matrizes internacionais, conferindo o caráter heterogêneo anteriormente afirmado ao controle de constitucionalidade brasileiro.

Neste diapasão, cumpre inicialmente informar que o controle de constitucionalidade judicial brasileiro é um trabalho, em regra esmagadora, de forma repressiva, contando apenas com um único caso em que pode agir o Poder Judiciário de forma preventiva.

Em relação ao único caso em que o Poder Judiciário atua de forma preventiva, tem-se que isto é possível no iter do processo legislativo, quando este é desrespeitado e assim se suscita do órgão judicial uma resposta que venha a coibir tais ofensas. Posto isto, ocorre que toda vez que uma das fases do processo legislativo for desrespeitada, pode um parlamentar, seja deputado federal ou senador da República, interpor diretamente no Supremo Tribunal Federal um writ específico, qual seja o mandado de segurança, para que declare o processo legislativo inconstitucional. Interessante notar que esta hipótese de controle judicial está baseada em um caso concreto, com análise incidental da questão da constitucionalidade, mas que é realizada ao mesmo tempo de forma concentrada, pois apenas o Supremo Tribunal Federal pode exercê-lo.

Em outro lado, como regra esmagadora no Brasil, o controle judicial de constitucionalidade é repressivo, se impondo sobre atos normativos já em vigor e produzindo seus efeitos. Acontece que este modelo de controle acaba por se dividir em 2 (duas) espécies bastante distinta entre si, quais sejam o modo difuso de controle e o modo abstrato de controle de constitucionalidade.

Para fins de apresentação coordenada do tema em questão, se analisará em primeiro plano o modelo difuso de controle de constitucionalidade, postergando a outro momento a análise do modo abstrato de controle, indicando em cada um, suas características principais, bem como eventuais pontos de convergência, caso existam.

2.4.2.1 Controle de Constitucionalidade Judicial Sob o Modo Difuso

Sendo assim, inicialmente se informe que o controle de constitucionalidade judicial no modo difuso guarda as mesmas características da matriz ianque já aqui explicada, quais sejam estar baseado em um caso concreto, com análise incidental da questão da inconstitucionalidade, e por estar calcado em uma lide os efeitos se aplicam apenas às partes envolvidas, retroagindo o efeito até o início da vigência da norma reconhecida por inconstitucional.

Seguindo o que preleciona Marcelo Novelino (2012, p.258), tem-se que “o parâmetro invocado poderá ser qualquer norma formalmente constitucional, mesmo quando já revogada, desde que vigente ao tempo da ocorrência do fato (*tempus regit actum*)”.

Continuando, afirma ainda que:

como objeto admite-se qualquer ato emanado dos poderes públicos. Não existe restrição quanto à natureza do ato questionado (primário, secundário; normativo ou não-normativo) ou quanto ao âmbito de sua emanção (federal, estadual ou municipal). Não importa, ainda, se o ato impugnado foi revogado, exauriu os seus efeitos ou se é anterior à Constituição em vigor.

De acordo com o modelo brasileiro, têm legitimidade para suscitar no caso concreto a questão incidental de inconstitucionalidade os seguintes sujeitos: o autor da demanda, já da apresentação do pedido no 1º (primeiro) grau de jurisdição, seja por meio da petição inicial, seja em momento posterior do processo, pois uma vez que a questão de inconstitucionalidade é matéria de ordem pública, não há preclusão para o seu oferecimento.

Contudo, Medina e Wanbier aduzem (2009, pp.112-128; 2008, pp.397-420) que o Supremo Tribunal Federal criou uma barreira temporal para ser possível alegar o incidente, exigindo do interessado o denominado pré-questionamento da matéria constitucional em graus de jurisdição anteriores ao do S.T.F., tema este que será tratado de forma mais detalhada quando da análise do Recurso Extraordinário – RE; Conforme Luiz Roberto Barroso (2011, p.111) o réu em matéria de defesa, justificando sua conduta pelo fato de que a norma que lhe está sendo oposta fere o texto constitucional e em virtude disto, deu prevalência ao cumprimento da norma maior do ordenamento jurídico. Já conforme Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2011, p.298) o Ministério Público, seja quando atuar como parte, seja quando atuar como custos legis; seguindo a mesma doutrina, “terceiros que eventualmente

participam do processo podem, a qualquer tempo, alegar inconstitucionalidade de norma, cuja aplicação influencia o resultado do processo”; e o juiz, de ofício, pois como já foi dito, a questão da inconstitucionalidade é questão de ordem pública, não havendo preclusão para ser suscitada, respeitada a barreira temporal do pré-questionamento.

O incidente de inconstitucionalidade pode ser suscitado em qualquer tipo de processo, obedecendo ao que Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2011, p.299) chamam de regra da universalidade. Existe questão importante envolvendo a ação civil pública, pois, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser esta ação meio viável para discutir a constitucionalidade de um ato normativo desde que não seja o objeto principal da demanda, mas atenha-se a uma análise incidental da questão.

No tocante ao procedimento, como já foi dito anteriormente, a questão incidental de inconstitucionalidade de um ato normativo poderá ser submetida a qualquer grau de jurisdição respeitada a barreira do pré-questionamento.

Deste modo, um juiz de primeiro grau pode, monocraticamente, decidir pela inconstitucionalidade de um ato normativo impugnado e submetido a sua apreciação. Cabendo recurso da decisão, pode o interessado levar a discussão ao juízo *ad quem* para que reveja ou mantenha a decisão do juízo *a quo*. Observe-se que é possível arguir o incidente de inconstitucionalidade em sede de 2º (segundo) grau de jurisdição.

Neste sentido, sendo a demanda submetida à reapreciação pelo Poder Judiciário sob a via recursal, o tribunal, ao receber o recurso, encaminhará a peça a um de seus órgãos fracionários (turmas ou câmaras) que ficará responsável pelo julgamento da demanda. Ocorre que neste ponto, uma regra constitucional regulamentada pelo Código de Processo Civil Brasileiro estipula um procedimento diverso do padrão para o julgamento.

Destarte, quando uma demanda é submetida aos órgãos fracionários do tribunal em que há arguição incidental de inconstitucionalidade de ato normativo, em que este órgão decida ou pugne pela declaração de inconstitucionalidade, de acordo com o que preleciona o artigo 97 da Constituição da República de 1988, deve a turma ou câmara submeter a matéria à apreciação do pleno do tribunal ou do órgão especial se existir.

Disto se depreende que não pode o órgão fracionário decidir, unilateralmente, sobre a questão incidental de inconstitucionalidade, pois tal

prerrogativa cabe ao órgão deliberativo máximo do tribunal ou ao órgão especial se este existir. Esta regra é chamada de cláusula de reserva de plenário e caso seja descumprida pela turma ou câmara, a decisão será considerada nula de forma absoluta.

Acerca da aplicação da cláusula de reserva de plenário, algumas observações são relevantes, pois existem exceções à sua aplicação geral. Neste sentido, segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2012, p.1125), a não aplicação da cláusula não gera nulidade absoluta da decisão nos seguintes casos: utilização do princípio da interpretação conforme a constituição; declaração de constitucionalidade da norma; direito pré-constitucional.

Em relação à primeira hipótese, segundo o Recurso Extraordinário nº 460.971, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, com julgamento no dia 13 (treze) de maio de 2007, tem-se que:

[...] Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CR, artigo 97) "Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o artigo 97 da Constituição".

Assim, significa dizer, a partir do julgado, que a manipulação da interpretação da norma conforme o texto constitucional não se equipara ao reconhecimento do incidente de inconstitucionalidade, podendo ser feito pelo órgão fracionário do tribunal sem desrespeito à cláusula geral.

Já em relação à segunda hipótese, tem-se que a vedação estabelecida pela cláusula da reserva de plenário é pela decisão unilateral da turma de reconhecimento da inconstitucionalidade da matéria, sem submetê-la ao pleno ou ao órgão especial. Mas no caso de reconhecimento de constitucionalidade não há qualquer vedação, pois, todo ato normativo goza em seu favor de uma presunção, mesmo que relativa, de constitucionalidade, e dessa forma, a turma ou câmara ao confirmar esta presunção não fere a cláusula, mas ao revés, a confirma, pois a própria cláusula consiste em um mecanismo criado na defesa de tal presunção de constitucionalidade.

Acerca da presunção de constitucionalidade das leis e demais atos normativos e sua necessidade para a garantia e manutenção do ordenamento jurídico, importante lição é dada por Jorge Miranda, (1996, pp.242-243) quando afirma que:

Um sistema de garantia imediata da Constituição como totalidade seria inconciliável com o Estado Constitucional. Devemos dizer que um sistema de garantia da Constituição evidentemente não poderia ser erguido, dirigindo-se, caso a caso, acto de garantia por acto de garantia, para a Constituição como totalidade (para a Constituição genérica). Na garantia da Constituição, como na da constitucionalidade, torna-se sempre forçoso olhar para uma ou mais normas determinadas. O que a diferencia, o que faz dela uma garantia imediata da Constituição, está em que é a Constituição (e não a norma ou as normas) que se toma para fulcro do sistema.

Quanto à terceira hipótese, trata-se de direito intertemporal, com a questão da recepção ou não recepção do ato normativo pelo novo texto constitucional, matéria que pode ser apreciada pelos órgãos fracionários de um tribunal.

Posto isto, verifica-se agora que o órgão fracionário do tribunal, em uma determinada situação, pode, unilateralmente, reconhecer a inconstitucionalidade de matéria submetida a sua apreciação sem ter que remetê-la ao pleno ou órgão especial do tribunal.

Tal situação é possível porque, desde a década de 1990, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desenvolveu hipótese em que autorizava o órgão fracionário a decidir sozinho, sem precisar de conhecimento do pleno. Assim, isto será possível quando a mesma matéria já tiver sido julgada anteriormente pelo pleno ou órgão especial do tribunal e tiver sido reconhecida por inconstitucional, ou ainda pelo pleno do Supremo Tribunal Federal.

Neste caso, quando a turma ou câmara enfrenta esta mesma matéria em demanda posterior e lhe reconhece de plano a inconstitucionalidade, na realidade está apenas reproduzindo decisão já prolatada pelo órgão deliberativo máximo do tribunal ao qual está vinculada ou da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal.

Existe uma relevante indagação a ser feita acerca desta hipótese: caso a turma ou câmara pugne pela constitucionalidade da matéria, pode decidir unilateralmente neste sentido, considerando que todo ato normativo goza em seu favor de presunção relativa de constitucionalidade? A resposta a esta indagação deve ser no sentido de que se aplica mais uma vez a cláusula da reserva de plenário, pois uma vez que a matéria já tenha sido considerada como inconstitucional pelo órgão deliberativo máximo do tribunal, este posicionamento passa a ser presunção aplicável à matéria, e em caso de discordância por parte do

órgão fracionário, deve, mais uma vez, o pleno ou o órgão especial se manifestar sobre o tema, mantendo ou não sua decisão.

É bem verdade que a aplicação desta regra pode gerar um retorno eterno das decisões tomadas pelo pleno ou órgão especial, por isso, cada tribunal deve estipular em seu regimento interno o momento ou período oportuno em que passa a ser possível a rediscussão das decisões destes órgãos, tendo como pano de fundo o brocardo jurídico-constitucional da segurança jurídica. Cumpre informar que tal cláusula se aplica ao Supremo Tribunal Federal em todas as suas linhas conforme foi aqui explicitado.

Outra questão importante a ser debatida é a possibilidade do Superior Tribunal de Justiça – S.T.J., analisar questões de inconstitucionalidade pela via incidental quando na realidade sua função básica, enquanto tribunal superior, consiste em interpretar e uniformizar a legislação federal, cabendo ao Supremo Tribunal Federal fazer a guarda do texto constitucional, decidindo acerca da inconstitucionalidade de atos normativos em sede incidental.

Neste diapasão, entende Luiz Roberto Barroso (2011, p.122) que cabe ao Superior Tribunal de Justiça o exercício do controle difuso “[...] nas causas de sua competência originária (C.F., art. 105. I) ou naquelas que lhe caiba julgar mediante recurso ordinário (C.F., art. 105, II). E dessas decisões, quando envolverem questão constitucional, caberá recurso extraordinário”.

No caso de uma determinada matéria julgada por tribunal comportar simultaneamente tanto um Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, como um Recurso Especial – REsp, ao Superior Tribunal de Justiça, já decidiu aquele tribunal, em sede de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 145.589, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado no dia 02 (dois) de setembro de 1993 que:

[...] Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o S.T.J., a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, das duas uma: ou usurpa competência do S.T.F., se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria já preclusa.

Assim, conclui-se que a via a ser escolhida, quando há matéria constitucional a ser discutida por um tribunal superior, deve ser o Recurso

Extraordinário endereçado ao Supremo Tribunal Federal sob pena de preclusão da matéria, uma vez que não é possível alcançar tal intento utilizando-se apenas do Recurso Especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça.

Adentrando neste tema específico sobre a via adequada para a discussão da matéria constitucional pelo modo difuso perante os tribunais superiores, tem-se que o Recurso Extraordinário é o meio cabível pelo qual o interessado apresenta sua demanda ao Supremo Tribunal Federal, para que decida definitivamente acerca da questão, cujos efeitos podem ou não ultrapassar as pessoas dos litigantes.

Em relação ao Recurso Extraordinário, inicialmente se faz necessário trazer os casos de cabimento do mesmo, bem como os pressupostos necessários à sua interposição, sob pena de não conhecimento da matéria.

Quanto às hipóteses de cabimento, de acordo com o artigo 102, III, a-d, da Constituição da República de 1988, tem-se o seguinte: da decisão judicial que contrariar dispositivo da Constituição vigente, devendo ser de forma direta e frontal, pois caso haja entre a decisão judicial e o texto constitucional outro diploma normativo, será caso de outra espécie recursal; declaração de inconstitucionalidade de tratado internacional ou lei federal, devendo esta última ser entendida em seu aspecto restrito, ficando de fora da apreciação do tribunal outros atos normativos federais que não sejam leis; decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição de 1988, trazendo nesse caso a possibilidade de rever atos normativos estaduais e municipais que possam vir a afrontar o texto constitucional e; decisão que julgar válida lei local contestada em face de lei federal, tratando-se neste caso de definição por parte do tribunal a quem pertence a competência legislativa sobre determinada matéria.

Já no tocante aos pressupostos ou requisitos de procedibilidade do Recurso Extraordinário, ocorre que o Supremo Tribunal Federal realizará sobre o ajuizamento deste recurso um juízo de admissibilidade, mesmo que o tribunal que prolatou a decisão recorrida já o tenha feito anteriormente, para verificar se tais requisitos estão presentes sob pena de não conhecimento do recurso.

Neste diapasão, pode se listar os seguintes pressupostos que devem estar presentes quando da apresentação do R.E.: julgamento da causa em última ou única instância, pois o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua função precípua, qual seja guardar o texto constitucional, não pode ser confundido como um tribunal recursal comum e por isso se exige que sua análise seja a derradeira sobre

a matéria; afronta a uma norma constitucional, não cabendo a apreciação do S.T.F. conflitos entre normas pois não é esta sua função; prequestionamento da matéria, o que significa dizer que a questão da inconstitucionalidade deve ser arguida em graus de jurisdição anteriores à submissão do recurso à Suprema Corte pois esta decidirá sobre tal questão de forma definitiva, o que significa dizer que a matéria já deve ter sido anteriormente julgada, seja pela constitucionalidade seja pela inconstitucionalidade e a repercussão geral da matéria, que exige que a demanda trazida ao tribunal tenha matéria que ultrapasse os interesses das partes envolvidas, apresentando relevância econômica, política, social ou outra que possa transcender os interesses envolvidos na lide.

Uma nota é necessária acerca deste último pressuposto de impetração do Recurso Extraordinário, pois o mesmo foi criado como filtro processual para diminuir o elevado número de recursos que estavam sendo ajuizados no Supremo Tribunal Federal, buscando impedir o julgamento de recursos repetitivos tendo em vista que o efeito do controle de constitucionalidade no modo difuso é *inter partes*, permitindo que vários interessados que estejam em igual situação ajuízem recursos exigindo do tribunal uma resposta sobre a mesma matéria já julgada anteriormente.

Outra observação a ser feita é que, justamente pelo fato de que o modo difuso de controle prevê como efeito o *inter partes*, afirma-se que a repercussão geral da matéria seria um contrassenso, pois como se exigir que uma matéria transcenda os interesses das partes envolvidas se o efeito do recurso só alcançará a estas. Em virtude disto, é que Bernardo Gonçalves Fernandes (2012, p.1133) afirma que se pode entender que a exigência deste pressuposto está promovendo uma abstrativização do controle difuso, pois é típico do controle abstrato que seus efeitos alcancem a todos e não apenas a partes individualmente identificadas.

Posto isto, e verificada a existência de todos os pressupostos necessários ao processamento do Recurso Extraordinário, apesar de ser necessária para instalar a sessão de julgamento do recurso a presença de 8 (oito) ministros, apenas 6 (seis) ministros são necessários para reconhecer a inconstitucionalidade da matéria normativa impugnada, e em caso de decisão pela inconstitucionalidade o tribunal encaminhará comunicação aos órgãos interessados, quando o ato impugnado for uma lei, a decisão será remetida para o Senado Federal – S.F., para que, sendo o caso, suspenda no todo ou em parte a lei, seguindo o que preceitua o artigo 52, X da Constituição da República.

A decisão proferida produz efeitos *inter partes*, conforme já foi dito anteriormente, contudo o texto constitucional permite a modulação do efeito para *erga omnes*, desde que, segundo o que preleciona o artigo 52, X da C.R./1988, o Senado Federal edite Resolução suspendendo o efeito da lei, no todo ou em parte.

Esta resolução, de acordo com uma leitura do texto constitucional, tem características peculiares tais como o fato de que, uma vez editada, ela não poder mais ser revogada; que o Senado Federal não está obrigado a editar a resolução que venha a dar a decisão do Supremo Tribunal Federal em modo difuso o efeito *erga omnes*, tendo discricionariedade acerca da edição ou não da resolução; que a resolução produz efeito *ex nunc*, pois a resolução não julga a questão de inconstitucionalidade, mas apenas reconhece a decisão antes prolatada, cabendo apenas ao órgão julgador conceder à decisão o efeito *ex tunc*. Ressalte-se que de acordo com a Resolução nº 10 (dez) de 2005, o Senado Federal concedeu a este ato efeito *ex tunc*; para que a resolução seja editada deve haver ou uma solicitação do presidente do Supremo Tribunal Federal, ou uma representação do Procurador Geral da República ou por meio de projeto de resolução da Comissão de Constituição e Justiça – C.C.J. do Senado Federal e que, qualquer lei federal, estadual ou municipal pode ser objeto da resolução.

Outra possibilidade de conceder o efeito *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade no modo difuso, é por meio da Súmula Vinculante, trazida ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45 de dezembro de 2004, e que tem por objeto a eficácia, validade ou interpretação de normas do ordenamento jurídico, tendo como requisitos para a sua edição o numero de 8 (oito) ministros, reiteradas decisões acerca da mesma matéria e controvérsia judicial entre Executivo e Judiciário que esteja causando grave incerteza ou insegurança jurídica.

A decisão de inconstitucionalidade no modo difuso produz ainda outro efeito que é o *ex tunc*, mas com base em julgados do Supremo Tribunal Federal, tal efeito pode ser modulado para o *ex nunc*, como foi o caso do Recurso Extraordinário nº 197.917 que julgou o caso do quantitativo de vereadores do Município de Mira Estrela no Estado São Paulo, onde após reconhecer, durante o mandato, a inconstitucionalidade da regra que determinava o número de vereadores pela lei municipal, determinou o tribunal que o efeito da decisão só produziria seus efeitos a

partir da eleição municipal seguinte, evitando-se retirar do mandato em exercício alguns vereadores.

Por fim, como última questão a ser debatida acerca dos efeitos produzidos pela decisão de inconstitucionalidade no modo difuso brasileiro, tem-se uma hipótese muito debatida na doutrina e que foi posta a cabo pelo Supremo Tribunal Federal por meio de um mecanismo utilizado por este tribunal em que, sob o argumento de que a letra escrita da lei é estática enquanto que a mudança social é dinâmica, ou ainda de que o legislador nacional é omissivo ou não tem apuro técnico ao produzir as normas, muda o texto normativo sem alterá-lo.

Tal afirmação pode parecer uma contradição em primeiro plano, mas por meio da denominada Mutação Constitucional o Supremo Tribunal Federal não altera o que está escrito no texto, mas altera o sentido do texto escrito, conferindo-lhe nova e atual interpreta o, a partir dos seus próprios conceitos.

Neste sentido, foi feita pela Suprema Corte brasileira uma mudança de significado no artigo 52, X da Constitui o da República de 1988, que trata justamente da possibilidade de, por meio de Resolu o do Senado Federal, se conceder ao efeito *inter partes* da decisão de inconstitucionalidade no modo difuso o alcance *erga omnes*.

A origem de tal altera o, conforme Bernardo Gonçalves Fernandes (2012, p.1132) se deu com o julgamento do *Habeas Corpus* n  82.959 de São Paulo pelo Supremo Tribunal Federal em que se declarou a inconstitucionalidade da regra normativa prevista no procedimento dos crimes hediondos que impedia a progressão do regime, considerando que   postulado constitucional garantido ao condenado a progressão do regime mais severo ao regime mais brando, como forma de garantir sua reinser o na sociedade.

Considerando que se tratou de controle de constitucionalidade no modo difuso, os efeitos da decisão deste *habeas corpus* alcançaram apenas os interessados, contudo, a Defensoria Pública do Acre impetrou na Corte Máxima nacional uma Reclama o Constitucional de n  4.335 alegando que juízo da execu o penal daquele estado-membro estaria descumprindo a decisão do tribunal, e como o remédio cabível nesses casos   justamente a reclama o, pediu ao S.T.F. que fizesse cumprir a decisão tomada no *habeas corpus* do Estado de São Paulo também para os condenados presos no Estado do Acre.

Ora, o que se percebe é que a Defensoria Pública do Acre tentou estender aos presos de seu estado-membro os efeitos *inter partes* concedidos em decisão de inconstitucionalidade em modo difuso, utilizando-se para isso de uma medida como a reclamação constitucional.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal entendeu ser procedente o pedido da defensoria pública, estendendo os efeitos aos presos do Estado do Acre e a todos os presos do sistema penitenciário nacional, condenados pela prática de crimes hediondos, aplicando assim a sua própria decisão o efeito *erga omnes*, sem solicitar do Senado Federal a edição de resolução.

Frise-se que o julgamento da questão jurídica que suscitou toda essa problemática ainda não foi resolvida de forma definitiva, estando o julgamento ainda pendente.

Complementando a decisão, o tribunal ainda reconsiderou a participação do Senado Federal a partir do artigo 52, X da Constituição da República de 1988, afirmando que cabe a este apenas oficializar por meio da edição da resolução, dando conhecimento a todo o território nacional da decisão da Corte que conceder efeito *erga omnes* em sede do modo difuso. Não se pode deixar de lembrar que além destas alterações, o órgão legislativo passa agora a estar vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal que concede o efeito *erga omnes*, estando então obrigado a editar a resolução.

A discussão de tais alterações ultrapassa os objetivos do tema proposto, contudo, é possível se afirmar, de forma clara e sucinta, que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando em muito as suas atribuições constitucionais, chegando até mesmo a desrespeitar o princípio básico da separação dos poderes, e mesmo que esta separação não seja total, mas apenas relativa, estabelecendo uma independência harmônica entre os poderes, com interferência mútua, cada instituição recebeu funções típicas que devem ser respeitadas pelas demais, para que possam cumprir seus objetivos de forma livre, desimpedida e independente.

Desta forma, quando o Supremo Tribunal Federal altera o sentido constitucional por meio da interpretação que mais lhe aprove, está na realidade legislando, usurpando do poder legislativo, mais em específico do legislador constituinte, o papel de alterar o texto constitucional, que deve ser feito por meio da edição de emendas constitucionais, que são o mecanismo correto para se alcançar tal intento, conforme estabeleceu o Poder Constituinte Originário – P.C.O., além do

fato de, nesta questão, reduzir o papel do Senado Federal, retirando-lhe sua discricionariedade, ou seja, liberdade até chegar a um ponto de verdadeira subordinação desta ao tribunal, o que vem a ofender, como já foi dito, o pilar básico do próprio Estado de Direito, qual seja a divisão dos poderes em instituições diferentes e independentes entre si.

Por fim, acerca do efeito vinculante integrar ou não o procedimento do controle de constitucionalidade no modo difuso, tem-se que a princípio, cumpre afirmar que tal presença deste feito é impossível por não haver expressa previsão constitucional neste sentido.

Contudo, diante da alteração feita pelo Supremo Tribunal Federal no sentido do artigo 52, X da Constituição da República de 1988, reduzindo o papel do Senado Federal quando da concessão do efeito *erga omnes* à decisão do tribunal neste modelo de controle de constitucionalidade, cabendo a partir de agora a própria Corte conceder tal efeito, ocorre que, por decorrência lógica, acaba também forçando o surgimento do efeito vinculante, que obriga tanto a Administração Pública como o Poder Judiciário a cumprir a decisão prolatada pela Suprema Corte.

Desta forma, conclui-se que o controle de constitucionalidade brasileiro sob o modo difuso se apresenta de forma bastante diversa da matriz ianque que lhe deu origem, trazendo ao procedimento para o reconhecimento de inconstitucionalidade de um ato normativo em face do texto da constituição características que tentam conferir maior efetividade ao controle, permitindo que o órgão judicial possa, em conjunto com um órgão legislativo, estender os efeitos que inicialmente seriam apenas entre as partes envolvidas no processo que suscitou, incidental, a discussão acerca da inconstitucionalidade de uma matéria, o alcance da decisão a todos aqueles que se encontrem na mesma situação.

É bem verdade que a exigência, como pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário, da demonstração da repercussão geral da matéria discutida ser um contrassenso face o efeito *inter partes* da decisão, pois não é sempre e nem se sabe quando será concedida à esta decisão o efeito *erga omnes*, está a se promover uma verdadeira abstrativização do modelo difuso, o que pode acabar por sinalizar uma prevalência do modelo abstrato do controle de constitucionalidade, podendo talvez ser justificado pelo fato de que, como na realidade atual imperam na sociedade as relações massificadas de consumo e parte das discussões constitucionais envolvem tais relações, seria mais lógico, de plano, já se conceder

um efeito geral que alcance a todos que se enquadrem na mesma situação ao invés do tribunal, caso a caso, conceder o mesmo efeito à matéria, o que pode demandar muito tempo do tribunal, impedindo até mesmo que venha a desempenhar sua função corretamente, tamanho é o número de recursos impetrados.

Posto isto, passa-se agora a analisar o controle de constitucionalidade no modo abstrato a partir da estruturação feita pelo ordenamento jurídico brasileiro, apontando suas características principais e eventuais pontos de similitude com a matriz austríaca, fonte do modelo nacional.

2.4.2.2 O Controle Difuso e seu Objeto: Questão Prática Relevante acerca da Sua Análise

O controle de constitucionalidade exercido pela via difusa, que tem como premissa analisar a constitucionalidade apenas de forma incidental, tendo como objetivo principal a resolução do conflito que lhe é submetido, é a única forma que o indivíduo tem de levar ao conhecimento do Poder Judiciário que um determinado ato normativo está sendo aplicado, e logo, produzindo seus efeitos, à revelia do que apregoa o texto constitucional.

É por meio deste modelo de controle de constitucionalidade que o interessado, ao ajuizar sua demanda no foro competente, deve indicar na sua petição inicial, os motivos pelos quais seu pedido pode ser acolhido pelo magistrado, com base no fato que a resistência à sua pretensão está calcada em um diploma normativo inconstitucional.

Considerando que o controle difuso tem como último momento ou degrau, a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da questão da inconstitucionalidade do ato normativo impugnado reflexivamente, tem-se que apenas por meio do Recurso Extraordinário é que o interessado leva ao conhecimento deste tribunal a discussão acerca da ofensa à Constituição perpetrada pelo referido ato normativo.

Por sua vez, como visto anteriormente, o Recurso Extraordinário, para ser conhecido pelo Supremo Tribunal Federal precisa demonstrar seus pressupostos e dentre estes, um se destaca por exigir do controle difuso característica típica do controle concentrado, qual seja a possibilidade da mesma situação alcançar

inúmeras relações jurídicas estabelecidas com base no mesmo diploma normativo que passa a ser questionado quanto à sua constitucionalidade.

Significa dizer que o controle difuso, seguindo a lógica do sistema, tem por premissa básica um caso concreto e em virtude disto, a decisão de inconstitucionalidade sobre o ato normativo impugnado só interessa àqueles diretamente envolvidos na demanda. Ocorre que, caso o interessado não se sinta satisfeito com o provimento jurisdicional recebido nas instâncias inferiores, pode se socorrer do julgamento do S.T.F., utilizando para tanto, a via do Recurso Extraordinário.

A interposição do referido recurso impõe ao impetrante que demonstre ao Egrégio Tribunal Constitucional a denominada repercussão geral da matéria, ou seja, o objeto impugnado pelo vício da inconstitucionalidade interessa não só ao impetrante do recurso, mas na realidade, interessa a uma grande massa de indivíduos que se encontram na mesma situação jurídica do recorrente.

Analisando tal questão de forma mais detalhada, à primeira vista, tal exigência pode ser considerada como incompatível com o objetivo do controle difuso, principalmente se for levado em consideração que os efeitos da decisão, seja do juízo de primeiro grau, seja do Supremo Tribunal Federal, são *inter partes*, ou seja, alcançam apenas as partes.

Deste modo, pode se entender que o pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário, qual seja a repercussão geral da matéria, está promovendo uma verdadeira mutação no sentido do controle de constitucionalidade difuso, trazendo uma contradição aparente neste sistema, pois por um lado exige que o objeto impugnado pelo vício da inconstitucionalidade não seja de interesse exclusivo das partes litigiosas, e por outro, continua aplicando a regra de que os efeitos do *decisum* neste modelo de controle produzem efeitos meramente *inter partes*.

Ainda sobre a repercussão geral da matéria, importante salientar que, como visto, tal pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário tem a função de atuar como filtro, no sentido de reduzir da apreciação do S.T.F. uma grande quantidade de recursos. Frise-se que a previsão da repercussão geral da matéria com esta finalidade relativiza o sentido do controle de constitucionalidade, especialmente o difuso, pois não é sua finalidade, em regra, ter um provimento jurisdicional de caráter geral.

Isto quer dizer que tal abstrativização do modelo difuso pode acabar por sinalizar uma prevalência do modelo abstrato do controle de constitucionalidade, podendo talvez ser justificado pelo fato de que, como na realidade atual imperam na sociedade as relações massificadas de consumo e parte das discussões constitucionais envolvem tais relações, seria mais lógico, de plano já se conceder um efeito geral que alcance a todos que se enquadrem na mesma situação ao invés do tribunal, caso a caso, conceder o mesmo efeito à matéria, o que pode demandar muito tempo do tribunal, impedindo até mesmo que venha a desempenhar sua função corretamente, tamanho é o número de recursos impetrados.

Posto isto, passa-se agora a analisar o controle de constitucionalidade no modo abstrato a partir da estruturação feita pelo ordenamento jurídico brasileiro, apontando suas características principais e eventuais pontos de similitude com a matriz austríaca, fonte do modelo nacional.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL ABSTRATO BRASILEIRO

3.1 Ações Constitucionais do Controle de Constitucionalidade Judicial Abstrato

O estudo do controle de constitucionalidade abstrato brasileiro traz à baila situações bastante diversas daquelas analisadas no modo difuso de controle de constitucionalidade, pois enquanto que neste, o exame da matéria é feito de forma incidental, naquele, o objetivo principal do processo é a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado face o texto constitucional.

A análise da constitucionalidade não está baseada em um caso concreto, como no modo difuso, por isso não há que se falar em efeito *inter partes*, mas consiste em um exame de lei em tese, onde se compara o texto normativo impugnado com o texto constitucional, e em virtude disto, o efeito da decisão já alcança, automaticamente, a todos que venham a se submeter à matéria apreciada.

Segundo aduz Gilmar Mendes, sobre as características do controle de constitucionalidade concentrado, (1999, p.80) tem-se que:

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

Este tipo de controle, ao revés do modelo difuso, é realizado apenas por um único tribunal que tem, de acordo com a Constituição, a missão de guardar seu texto, zelando pelo seu conteúdo e garantindo-lhe a sua posição de supremacia normativa dentro do ordenamento jurídico, face às demais proposições normativas, concentrando assim, todas as questões de inconstitucionalidade em sua competência.

Quanto a importância deste tipo de controle de constitucionalidade, Gilmar Mendes, (1999, p.78) diz que:

A constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias

constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas.

Significa então dizer que este tipo de controle de constitucionalidade goza de preferencia do próprio texto constitucional, tendo em vista suas características próprias, que fazem com que tal modelo possa garantir de forma mais amplo a defesa do texto constitucional na medida em que seu alcance vai mais além do que o existente no controle concreto.

Posto isto, passa-se a partir de agora à análise das ações constitucionais que procedimentalizam o controle de constitucionalidade abstrato brasileiro, onde as mesmas serão examinadas em bloco, em quadro comparativo, para melhor auxiliar a sua visualização e entendimento.

Neste sentido, são ações do controle de constitucionalidade abstrato brasileiro a Ação Direta de Inconstitucionalidade – A.D.I., que se divide em 3 (três) categorias: a primeira que pode ser chamada de genérica; a segunda, que tem por objeto a omissão do poder público que vem a ofender o texto constitucional, e a terceira, que serve de pressuposto jurídico-político para a decretação de intervenção federal em Estado-Membro, Distrito Federal ou Município localizado em Território Federal que venha a desrespeitar os princípios sensíveis localizados no artigo 34, VII da Constituição da República de 1988; a Ação Declaratória de Constitucionalidade – A.D.C., que busca exatamente o contrário da A.D.I., e tem objeto mais circunscrito em relação a esta ação e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – A.D.P.F., que se diferencia das demais por entender como seu objeto atos normativos que as demais ações não podem alcançar.

3.2 Objeto das Ações Constitucionais

Em primeiro lugar, nas lições de Hans Kelsen, (2003, p.155), entende-se por objeto do controle de constitucionalidade bem como a competência para analisá-lo o seguinte:

As leis cuja inconstitucionalidade é alegada constituem o principal objeto da jurisdição constitucional. [...] Devem ser submetidos ao controle da jurisdição constitucional todos os atos que revestem a forma de leis, mesmo se não contém tão-somente normas individuais, por exemplo o orçamento ou todos os outros atos que a doutrina tradicional, por uma razão qualquer, tende a ver, a despeito de sua forma de lei, como simples atos

administrativos. O controle da regularidade de tais atos não pode ser confiado a nenhuma outra instância que não a jurisdição constitucional.

Desta feita, percebe-se o quão amplo é o quantitativo de atos normativos que podem ser impugnados incidentalmente pela via concreta, bem como pelas ações constitucionais que fazem parte do controle abstrato de constitucionalidade. E em virtude disto, cabe neste momento analisar os objetos de cada ação constitucional e verificar eventual similaridade entre as mesmas.

Em primeiro lugar, cumpre analisar os objetos de cada ação constitucional e verificar eventual similaridade entre as mesmas.

Assim, em relação à primeira ação constitucional, qual seja a A.D.I. genérica, ocorre que esta ação tem por objeto leis e atos normativos federais e estaduais que venham a ofender o texto constitucional. Entretanto, o objeto desta ação se estende para além destes diplomas legais, alcançando também outras espécies de atos normativos como, por exemplo, resoluções, decretos do Poder Executivo, desde que sejam autônomos, bem como regimentos tendentes a exorbitar sua atribuição.

A A.D.I. por Omissão tem por objeto a omissão do poder público que vem a ofender o texto constitucional, quando este precisa de complemento do legislador infraconstitucional para que algumas de suas normas possam produzir seus efeitos e tal legislador se omite na sua atividade. Já em relação a A.D.I. Interventiva, busca declarar a inconstitucionalidade de atos normativos praticados por Estado-Membro, pelo Distrito Federal ou por Município localizado em Território Federal que ofendam os princípios sensíveis previstos no artigo 34, VII da C.R./1988.

Quanto à Ação Declaratória de Constitucionalidade, pelo fato desta ação não integrar o texto originário da C.R./1988, tendo sido trazida pela Emenda Constitucional nº 03/1993, tem por objeto apenas leis federais que foram editadas após tal emenda constitucional, e que exista relevante controvérsia judicial entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário acerca da constitucionalidade de tais leis.

No tocante a A.D.P.F., apresenta, e entre todas as ações é a que possui o mais amplo, como objeto, atos do poder público bem como leis federais, estaduais e municipais, inclusive as que foram editadas antes do texto constitucional em vigor, que venham a ameaçar ou a causar lesão a preceitos fundamentais previsto na Constituição.

É de se perceber que cada ação possui um objeto distinto que, apenas no que tange o aspecto de poderem ter sido editadas pela mesma autoridade, que não alcançam normas já revogadas e que, salvo pela A.D.P.F., não alcançam normas editadas antes da Constituição vigente, não há qualquer outra semelhança a ser apontada, pois caso contrário, poderia causar até mesmo dúvida quanto ao cabimento da ação correta para cada situação.

3.2.1 A Perda do Objeto e a Continuidade do Processo

Importante e tormentosa questão se apresenta neste momento acerca da perda do objeto para as ações constitucionais e a continuidade do processo, tendo em vista que aquilo que motivou o ajuizamento da demanda não mais existe ao tempo do julgamento da mesma, tornando ineficaz qualquer provimento jurisdicional uma vez que não há sobre o que recair o *decisum* do tribunal.

Inicialmente, entende-se que o objeto das ações constitucionais do controle abstrato de constitucionalidade pode ser, como visto, ou uma ação ou uma omissão, e no caso daquela, pode ferir parte específica do texto constitucional, qual seja os preceitos fundamentais que devem ser entendidos como as normas materialmente constitucionais, e nesse caso, cabe uma ação específica, pode ferir parte da norma constitucional que suscite intervenção federal, medida excepcional típica de um momento de anormalidade jurídica, ou pode ferir as demais normas da Constituição, que não menos importantes, serão defendidas pelas demais ações constitucionais.

Ocorre que um fato importante para a provocação do controle abstrato de constitucionalidade é o fato de que ele depende, para se movimentar, do ajuizamento de uma ação. O próprio texto constitucional prevê, em rol taxativo, quais os legitimados ativos para o ajuizamento da referida ação, e coube ao Supremo Tribunal Federal dividi-los a partir da pertinência da matéria, criando o instituto da pertinência temática para tais legitimados.

Sobre este assunto, Gilmar Mendes, (1999, p.145) faz um alerta acerca da criação de tal barreira procedimental, o que restringe drasticamente a legitimidade ativa atribuída de forma originária pelo texto constitucional aqueles previstos no rol do artigo 103. A esse respeito o autor afirma que:

Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A *relação de pertinência* assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga talvez, ao interesse de agir -, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do processo de controle de normas.

Nesta linha, sendo eminentemente uma ação, são suas condições a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir.

Em linhas gerais, a ação ajuizada, e seguindo em paralelo a ideia do princípio da proporcionalidade, deve ser proposta em face do objeto correto, ser possível executar o pedido formulado na petição inicial em relação ao objeto e principalmente, o objeto ser litigioso até o fim da demanda.

Em relação à litigiosidade do objeto, existe no controle de constitucionalidade abstrato, bem como em qualquer processo, a possibilidade do litígio desaparecer antes do julgamento da demanda. No caso específico das ações constitucionais, isto pode ocorrer quando, antes da prolação da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do reconhecimento da inconstitucionalidade do objeto impugnado, este objeto deixar de existir em virtude de ter sido revogado pelo mesmo ente que o editou ou se o próprio ato normativo previa em seu seio o período de sua vigência.

Desta feita, uma vez perdido o objeto, seguindo a linha das regras processuais comuns, a ação não tem como prosperar, pois lhe falta um de seus elementos básicos e por isso deve ser arquivada, mesmo que não tenha havido o julgamento de mérito da demanda.

No sentido de demonstrar a viabilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade ao controle de constitucionalidade, Gilmar Mendes (2000, p.107) leciona o seguinte:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*. [...] o pressuposto da *adequação (Geeignetheit)* exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da *necessidade* ou da *exigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit)* significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas

o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser inadequado.

No mesmo sentido, Daniel Sarmento, (1998, p.38-39) afirma que:

Assim, entendemos que o princípio da proporcionalidade autoriza uma restrição à eficácia *ex tunc* da decisão proferida no controle de constitucionalidade, sempre que esta restrição: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa para proteger o referido interesse, e (c) o benefício logrado com a restrição à eficácia retroativa da decisão compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse que seria integralmente prestigiado, caso a decisão surtisse seus efeitos naturais. [...] Assim, quando a atribuição de efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade acarretar grave lesão a outros interesses tutelados pela Lei Fundamental, pode o Judiciário restringir tais efeitos valendo-se do princípio da proporcionalidade.

Entretanto, cumpre salientar que apesar de se aplicar em parte, ao procedimento das ações constitucionais às regras processuais comuns, não se trata na realidade de um processo comum, em que se discute a propriedade de um imóvel ou o valor de débito a ser pago. No controle de constitucionalidade abstrato se está discutindo questão de interesse público, de alta relevância para o poder público e principalmente para o povo, pois o texto básico fundamentador, estruturador e conformador do Estado e da sociedade está sendo desrespeitado por atos normativos inferiores que deveriam, em regra, ter por referência aquele texto.

A este respeito, quanto à necessidade de proteger o texto constitucional diante dos demais atos normativos que integram o ordenamento jurídico, entende-se que tal situação se justifica pelo valor que aquele texto carrega, valor considerado como o mais importante dentre todos e por isso se torna supremo.

Desta forma, a defesa da Constituição é algo de interesse público, ou seja, cada vez que uma ação constitucional é ajuizada para retirar do sistema jurídico-normativo um ato que ofenda esta norma, se está na realidade buscando a realização do interesse público por meio da exclusão da tal ato, na medida em que a produção de efeitos inconstitucionais vai causar graves perturbações no seio social, especialmente quanto aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e da segurança jurídica.

Assim, a perda do objeto para as ações constitucionais não pode gerar o mesmo efeito prático que ocorre para as demais ações judiciais que fazem parte do ordenamento jurídico nacional. Na verdade, e com base na importância da finalidade do controle de constitucionalidade, é necessário se aplicar outro sentido às mesmas

regras processuais bem como ampliar o próprio objeto das ações constitucionais, para que independentemente da revogação superveniente ou término do prazo de vigência do ato normativo impugnado, o procedimento de tais ações siga seu curso natural até culminar com a decisão de mérito do Egrégio Tribunal Constitucional, decidindo agora, se os efeitos do ato normativo considerado como inconstitucional devem ou não desaparecer do mundo jurídico.

3.3 Parâmetro das Ações Constitucionais

Em relação ao parâmetro que cada ação constitucional tem quando do exercício do controle abstrato de constitucionalidade, da mesma forma que o objeto, não há qualquer confusão entre os mesmos, cada um servindo para uma situação em específico, tendo como única semelhança apenas o fato de estarem todos no texto constitucional.

Desta feita, a A.D.I. genérica tem como parâmetro as normas constitucionais como um todo, não havendo qualquer tipo de distinção entre elas. Cumpre informar que algumas normas constitucionais não servem como parâmetro, não pelo fato de serem menos importantes, mas com base na sua questão prática dentro do texto constitucional.

Assim, não serve de parâmetro para a A.D.I. genérica o Preâmbulo constitucional, pois tal dispositivo representa apenas uma diretriz hermenêutica, sem qualquer força normativa a não ser a eficácia negativa, bem como as normas constitucionais de eficácia exaurida, que são aquelas que encontram-se no texto da Constituição, mas que já cumpriram seu papel, ou seja, já produziram seus efeitos, já realizaram seu conteúdo, e não voltarão a se repetir, como é o caso do artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – A.D.C.T., que prevê a revisão constitucional, revisão esta que já aconteceu no ano de 1993, e que, de acordo com a tese de Pinto Ferreira que acabou por prevalecer, não voltará a ocorrer, salvo se uma emenda constitucional renovar seu conteúdo.

A A.D.I. por omissão tem por parâmetro as normas constitucionais de eficácia limitada, que são aquelas que estão presentes no texto constitucional, mas que são incompletas no sentido da produção de seus efeitos, precisando de um complemento do legislador infraconstitucional, para que só assim, possam alcançar seus objetivos por meio da produção de seus efeitos.

Importante frisar que, de acordo com Walber de Moura Agra (2012, p.89) tais normas constitucionais se dividem em 2 (dois) tipos, quais sejam a norma de eficácia limitada de princípio programático e a norma de eficácia limitada de princípio institutivo. A primeira delas trata na realidade das normas programáticas da Constituição, que estabelecem programas a serem promovidos pelo poder público, como é o caso do artigo 3º da C.R./1988 que cuida dos objetivos constitucionais. A segunda espécie de norma de eficácia limitada estipula a criação de institutos jurídicos, e na esteira do mesmo pensamento doutrinário, Walber de Moura Agra, (2012, p.92), ainda sobre tais normas diz o seguinte:

[...] São princípios que determinam a base, a estruturação inicial de órgão, entidade ou instituição. Podem ser divididos em princípio institutivo impositivo e princípio institutivo facultativo. O primeiro deve ser obrigatoriamente regulamentado pelo legislador ordinário, sob pena de responsabilidade, pois é um mandamento vinculante da Constituição, como por exemplo, a regulamentação e organização do funcionamento do Conselho da República (art. 90, § 2º, da CF) e a regulamentação administrativa e judiciária dos Territórios (art. 33 da CF). O segundo é uma faculdade do legislador ordinário, podendo ele regulamentar ou não, de acordo com o critério de conveniência e oportunidade, como por exemplo, a criação, mediante proposto do Tribunal de Justiça, da Justiça Militar estadual [...].

Saliente-se que apenas no primeiro caso, quando o princípio institutivo obriga o legislador ordinário a produzir o ato normativo complementador, é que se tem o objeto da A.D.I. por omissão, não sendo portanto seu objeto o princípio institutivo que concede a este legislador discricionariedade para a escolha da criação do diploma normativo.

No caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade, seu parâmetro é similar ao da A.D.I. genérica, mas a análise é feita de forma inversa, pois, enquanto que nesta se busca o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato normativo em face do texto constitucional, naquela o que se busca é o reconhecimento de que a norma infraconstitucional está alinhada com a Constituição, e por isso deve ser declarada como constitucional, finalizando qualquer discussão acerca do tema, pois, considerando que todo ato normativo goza em seu favor de uma presunção *iuris tantum* de constitucionalidade, tal ação busca transformar esta presunção relativa em presunção absoluta, não cabendo mais questionar tal matéria perante o Poder Judiciário por meio do controle de constitucionalidade no modo difuso.

Quanto à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ocorre que seu objeto, já indicado em sua denominação, consiste apenas nos preceitos fundamentais constantes do texto constitucional.

Em relação a este parâmetro, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete é definir o que se entende por preceito fundamental da Constituição, pois tal locução, à primeira vista, suscita o entendimento de que há diferenciação entre as normas, onde alguns dispositivos constitucionais são mais importantes do que outros presentes no mesmo texto, o que de plano, seria considerado no mínimo ilógico, já que o texto constitucional é o mais importante de todos os diplomas normativos tendo isto por justificativa o seu conteúdo, onde tudo que nele está escrito tem fundamental importância para a sociedade e para o Estado.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar na A.D.P.F. nº 33 – PA, publicada no D.J.U. no dia 06 (seis) de agosto de 2004, página 20, por meio do relator da ação o Ministro Gilmar F. Mendes, conceituou preceito fundamental da seguinte forma:

[...] Parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade.

Assim, a partir desta decisão, entende-se que, considerados como preceitos fundamentais presentes no texto constitucional, apenas os direitos e garantias individuais, as cláusulas pétreas e os princípios sensíveis é que servem de parâmetro para o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Uma consideração é necessária acerca da conceituação feita sobre o que se entende por preceito fundamental da Constituição: utilizar a expressão “direitos e garantias individuais” e logo após a expressão “cláusulas pétreas”, faz sugerir que os demais direitos fundamentais não estariam inseridos no rol dos preceitos fundamentais, pois por uma interpretação lógica do texto é possível afirmar que se se quisesse incluir os direitos sociais ou fraternos neste quadro, se teria utilizado a expressão “direitos fundamentais” ao invés da primeira locução que foi usada, pois assim se estaria indicando que todos os direitos fundamentais servem de parâmetro para o ajuizamento da A.D.P.F..

3.4 Legitimidade Ativa Para as Ações Constitucionais

Quando se examina a legitimidade ativa para qualquer ação judicial ou para qualquer tomada de decisão, está a se falar daquele que escolhe a decisão a ser cumprida, daquele que pode propor a demanda a ser apreciada pelo Poder Judiciário. No caso em tela, o legitimado ativo tem a obrigação, para que seu pedido seja recebido e analisado pelo órgão judicial competente, de demonstrar a este todos os elementos necessários que integram seu pedido, bem como eventuais requisitos processuais, tudo no sentido de que sua demanda possa ser considerada como uma questão de ordem pública, e uma vez alcançado tal objetivo, pode-se exigir uma prestação jurisdicional que venha a satisfazer o interesse público, garantindo a ordem social e a segurança jurídica.

Saliente-se que a legitimidade ativa das ações constitucionais do controle abstrato de constitucionalidade, em linhas gerais, é a mesma, com pequena exceção presente na Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, pois nesta só há um único legitimado a propor a ação, cabendo ao Procurador Geral da República – P.G.R. tal atribuição. No caso das demais ações, impõe-se como indispensável uma breve consideração a ser feita antes de indicar quem pode ajuizar as ações constitucionais que buscam resguardar a supremacia do texto constitucional.

Destarte, a legitimidade ativa para propor as ações constitucionais do controle abstrato de constitucionalidade foi estipulada no artigo 103 da C.R./1988, quando diz o seguinte:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal criou uma regra em que divide estes legitimados a partir do interesse de cada um sobre a matéria a ser declarada inconstitucional. Tal regra de divisão foi denominada de Pertinência Temática e separa os legitimados ativos em universais ou gerais e em não universais ou específicos.

Os legitimados universais são aqueles que tem competência para ajuizar as ações constitucionais do controle de constitucionalidade, salvo o caso da A.D.I. Interventiva, em qualquer situação, pois se entende que por defenderem interesse nacional, qualquer matéria lhes interessa. São eles o Presidente da República, o Procurador Geral da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional.

Em relação aos legitimados não universais, estes tem competência mais restrita, só podendo ajuizar as ações constitucionais quando comprovarem que a matéria impugnada é de seu interesse. São eles o Governador de Estado-Membro e do Distrito Federal, a Mesa da Assembleia Legislativa e Câmara Distrital, Confederação Sindical e a Entidade de Classe de âmbito nacional.

Observe-se que existem algumas regras importantes a serem discutidas acerca dos legitimados, tais como o fato de que a representação do partido político no Congresso Nacional é necessária apenas para o ajuizamento da ação, e caso durante o processo tal representação desapareça, a ação não restará prejudicada, continuando até o seu final. Ainda quanto ao partido político, o Supremo Tribunal Federal entende também que para ajuizar as ações, além da representação no Parlamento Nacional, exige-se deste que esteja presente, no mínimo, em 1/3 (um terço) dos estados-membros como requisito de legitimidade.

No tocante à confederação sindical, o problema se encontra no fato de que a estrutura sindical brasileira foi alterada, havendo a inclusão da central sindical em seu quadro, estando em posição superior a própria confederação. Assim, entende-se que à época em que se concedeu a legitimidade a confederação sindical para propor as ações constitucionais de controle de constitucionalidade foi porque esta representava o órgão máximo de representação coletiva das categorias profissionais e patronais, contudo, após tal alteração é lógico se questionar se tal regra vai permanecer ou se por meio de mutação constitucional, o Supremo Tribunal Federal entenderá que a legitimidade agora passa a ser da central sindical, como órgão de cúpula da estrutura sindical brasileira.

E em relação à entidade de classe de âmbito nacional, o Supremo Tribunal Federal exige que tal legitimado obedeça a mesma regra que o partido político, qual seja a de presença em no mínimo 1/3 (um terço) nos estados-membros para que possa ser considerada como de âmbito nacional.

Outro legitimado passou a ser considerado pelo Supremo tribunal Federal a partir do precedente criado pela A.D.I. nº 3.153, com texto no Informativo 361 do mesmo tribunal, em que a associação de associações pode agora interpor para a Ação Direta de Inconstitucionalidade. É o que diz a ementa do seguinte julgado:

Ação Direta de Inconstitucionalidade: legitimação ativa: “entidade de classe: revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal. 1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional – como tal legitimada a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CR, art. 103, IX) - aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Neste sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das “associações de associações de classe”, de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade. (Julgamento: 12/08/2004; Relator: Sepúlveda Pertence; D.J.: 09/09/2005).

Para concluir a legitimidade ativa das ações constitucionais do controle de constitucionalidade abstrato brasileiro, a única ação que tem legitimado único é a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, em que apenas o Procurador Geral da República pode fazê-lo.

3.5 Procedimento das Ações Constitucionais do Controle Abstrato

O procedimento das ações constitucionais do controle abstrato de constitucionalidade seguem um padrão que tem como base a regra estabelecida pela Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tal padrão fica evidenciado tanto pela participação das mesmas autoridades como pela possibilidade de concessão de medida cautelar em quase todos os procedimentos.

Neste sentido, a análise do procedimento da A.D.I., em primeiro plano, já oferece os elementos necessários ao estudo dos demais procedimentos, bastando apenas ver quais características os diferenciam e a eventual repercussão das mesmas para o fim do processo.

Destarte, o primeiro ponto a ser analisado do procedimento é a representação por advogado no ajuizamento das ações. Neste ponto, de acordo com o precedente estabelecido na A.D.I. nº 127, de relatoria do Ministro Celso de Mello, pode-se estabelecer uma regra geral em que apenas o partido político, a

confederação sindical e a entidade de classe de âmbito nacional precisam de advogado para a interposição das ações.

Em complemento a tal posição, o artigo 3º, § único da Lei nº 9.868/99 estabelece que a procuração feita a advogado tem que prever poderes específicos para o ajuizamento da ação. Senão veja-se:

Art. 3º A petição indicará:

I – [...];

II – [...].

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

O segundo ponto a ser examinado são os requisitos da petição inicial, que são indispensáveis ao recebimento da ação perante o tribunal constitucional brasileiro.

Em relação a estes, são os seguintes: a indicação do objeto, que variará de acordo com o tipo de ação a ser ajuizada, conforme já foi visto; a fundamentação jurídica, que ser deve ser específica, o que significa dizer que o autor da ação deve especificar a inconstitucionalidade ao tribunal, ou seja, deve apontar de que forma entende e em qual medida está ocorrendo a inconstitucionalidade do objeto para com o parâmetro; e o pedido, que deve ser pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do objeto e sua retirada do ordenamento jurídico, salvo no caso da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, onde o pedido é justamente o inverso.

Acerca da necessidade da fundamentação especificada da petição inicial das ação constitucional do controle abstrato, nos dizeres de Gilmar Mendes, (1999, p.125) entende-se que:

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal ser “necessário, em ação direta de inconstitucionalidade, que venham expostos os fundamentos jurídicos do pedido com relação às normas impugnadas, não sendo de admitir-se alegação genérica sem qualquer demonstração razoável, nem ataque a quase duas dezenas de medidas provisórias em sua totalidade com alegações por amostragem.

Quanto ao terceiro ponto, este consiste no procedimento em si, que seguindo o padrão da A.D.I. genérica, inicia-se com o ajuizamento da ação perante o S.T.F. o qual designará relator a mesma. O relator realizará um juízo de admissibilidade verificando os pressupostos de admissibilidade da ação e caso

estejam presentes receberá a demanda. Em caso negativo, declarará a inépcia da inicial cabendo recurso de agravo para o pleno da Corte, que manterá ou reformará a decisão do relator. Saliente-se que o mesmo ocorrerá quando o relator considerar a ação manifestamente improcedente.

Após o juízo de admissibilidade receptivo, será aberto o prazo de 30 (trinta) dias à autoridade competente responsável pelo objeto impugnado para que, querendo, se manifeste acerca de sua conduta. Findo tal prazo, o relator encaminhará o processo ao Advogado Geral da União – A.G.U., que tem como dever funcional fazer a defesa da lei, dentro do prazo de 15 (quinze) dias.

Concluído o prazo do A.G.U., inicia-se o mesmo período para que o Procurador Geral da República – P.G.R. se manifeste, ressaltando que este atua como *custos legis* do processo, se manifestando acerca do pedido feito em relação ao objeto impugnado. Por fim, passado o prazo do P.G.R., o relator poderá designar audiência para o julgamento da ação se entender que esta se encontra pronta para tanto ou poderá requerer informações que venham a complementá-la e assim possam auxiliar o tribunal na formação do seu convencimento.

Exposto o procedimento padrão, se faz necessário agora tecer algumas observações acerca das demais ações para se verificar até que ponto os procedimentos se aproximam e quando estes se distanciam.

Em relação a AD.I. por Omissão tem-se que esta ação divide-se em duas espécies distintas, a depender do tipo de omissão. Quando a omissão for total, o procedimento difere do padrão na medida em que não há a participação do A.G.U. uma vez que não há ato normativo a ser defendido, e só haverá a participação do P.G.R. como *custos legis* quando não for o autor da ação. Já quando a omissão for parcial, haverá a participação do A.G.U., pois existe diploma normativo a ser defendido, mas no que tange ao P.G.R., aplica-se a mesma regra do caso da omissão total.

No tocante à A.D.I. Interventiva, há a participação da autoridade competente pela produção do objeto impugnado, bem como a participação do A.G.U. e do P.G.R. como *custos legis*, contudo em prazo inferior, pois todos se manifestaram em um prazo sucessivo de 10 (dez) dias, assumindo o restante do procedimento as mesmas feições do que foi estabelecido para a A.D.I. genérica.

Neste procedimento está se cuidando de ato do poder público que fere um princípio sensível, e o eventual reconhecimento do pedido feito pelo Procurador

Geral da República por parte do Supremo Tribunal Federal implicará na decretação de Intervenção Federal por parte do Presidente da República, uma vez que o provimento expedido por aquele tribunal encaminhado a esta autoridade tem a natureza jurídica de uma ordem, o que exige seu cumprimento.

O procedimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, diferentemente da A.D.I. genérica, não prevê a participação nem da autoridade competente pela prática do objeto impugnado nem do Advogado Geral da União, pois o sentido do processo é de buscar a declaração de constitucionalidade e por isso, se torna desnecessária, até ilógica, a participação destas duas autoridades no procedimento. Após a manifestação do Procurador Geral da República, o relator designará data para julgamento da ação ou pedirá informações, nos mesmos moldes do que já foi visto no procedimento desta última ação.

Quanto à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ocorre que seu procedimento apresenta grande semelhança com o procedimento da A.D.I. por Omissão Total, onde não há a participação do Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República só participará do processo como *custos legis* quando não tiver ajuizado a demanda.

Isto posto, alguns esclarecimentos são imperiosos, pois existem questões específicas no procedimento destas ações que precisam ser analisadas de forma mais detalhada.

Assim sendo, cumpre inicialmente informar que nem sempre deverá atuar o Advogado Geral da União nos procedimentos da A.D.I. genérica, por omissão parcial e A.D.P.F., pois, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal na A.D.I. nº 1.616 do Distrito Federal, quando o tribunal já tiver se manifestado anteriormente sobre mesma matéria e tenha se posicionado pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da mesma, fica facultado ao A.G.U. a defesa da matéria. É o que se depreende da ementa do julgado, como se vê:

DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.522, DE 11.10.96. ALTERAÇÃO DO ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.112/90. SUSSTITUIÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E CHEFIA OU DE NATUREZA ESPECIAL. REEDIÇÕES DE MEDIDA PROVISÓRIA FORA DO PRAZO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL PARA DISPOR SOBRE OS EFEITOS JURÍDICOS DAÍ DECORRENTES. RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 62, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. DEFESA DO ATO IMPUGNADO DE QUE EXISTEM PRECEDENTES DO STF.

POSSIBILIDADE. 1. [...]; 2. [...]; 3. [...]; 4. O múnus a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado- Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional a Resolução Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, tomada na Sessão Administrativa de 30 de abril de 1997. Processo: ADI 1616 PE; Relator(a): Mauricio Correa; Julgamento: 23/05/2001; DJ 24/08/2001).

Outra possibilidade em que o A.G.U. não participará do processo é a exceção criada no julgamento da A.D.I. nº 3.916 pelo Supremo Tribunal Federal, presente no Informativo 562 do mesmo tribunal, quando entendeu que se a própria União desejar o reconhecimento da inconstitucionalidade do objeto impugnado, não cabe posicionamento contrário daquela autoridade, já que lhe cabe a representação judicial e extrajudicial desta pessoa jurídica de direito público. É o que se entende ao analisar o seguinte julgado:

O Tribunal iniciou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra os artigos 7º, I e III, e 13, e seu parágrafo único, da Lei distrital 3.669/2005, que cria a carreira de atividades penitenciárias e respectivos cargos no quadro de pessoal do Distrito Federal e dá outras providências. Alega-se que os dispositivos impugnados violam os preceitos contidos nos artigos 21, XIV e 32, § 4º, da CF. Sustenta-se, em síntese, que as normas distritais impugnadas reformulam a organização da Polícia Civil do Distrito Federal, ao estabelecer regime jurídico diferente do previsto em lei federal para os seus agentes penitenciários, bem como ao estender aos novos cargos de técnicos penitenciários as atribuições já realizadas pelos agentes penitenciários da carreira policial civil. Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio que, diante do parecer da Advocacia Geral da União que se manifestava pela declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada, reputava o processo não devidamente aparelhado e propunha a suspensão do julgamento para determinar que o Advogado-Geral da União apresentasse defesa da lei atacada, nos termos do § 3º do art. 103 da CF (“Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”). Entendeu-se ser necessário fazer uma interpretação sistemática, no sentido de que o § 3º do art. 103 da CF concede à AGU o direito de manifestação, haja vista que exigir dela defesa em favor do ato impugnado em casos como o presente, em que o interesse da União coincide com o interesse do autor, implicaria retirar-lhe sua função primordial que é a defender os interesses da União (CF, art. 131). Além disso, a despeito de reconhecer que nos outros casos a AGU devesse exercer esse papel de contraditora no processo objetivo, constatou-se um problema de ordem prática, qual seja, a falta de competência da Corte para impor-lhe qualquer sanção quando assim não procedesse, em razão da inexistência de previsão constitucional para tanto. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio, suscitante, e Joaquim Barbosa que o acompanhava. Processo: ADI 3916/DF; Relator(a) Min. Eros Grau; Julgamento: 07/10/2009; DJ 14/05/2010.

Outra parte que pode participar do processo o chamado *amicus curiae*, ou amigo da corte, que tem a função de auxiliar o tribunal abordando questões que este não teria condições de alcançar devido a especificidade da matéria, apresentando uma visão desinteressada sobre o tema, podendo ter sua participação requerida pelas autoridades envolvidas bem como pelo relator de ofício, podendo este último, negar o pedido de participação do *amicus curiae*.

O Procurador Geral da República, tanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica como na Ação Declaratória de Constitucionalidade pode ser o autor da demanda, como participará do processo como *custos legis*. Ocorre que no momento em que participa como fiscal da lei, esta autoridade pode, em sendo aquele que ajuizou a demanda perseguindo o reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo, mudar de posição e passar a pugnar pelo reconhecimento da constitucionalidade do objeto, pois atua com independência e de maneira livre forma seu convencimento acerca da matéria, convencendo-se, após os argumentos da autoridade competente pela prática do objeto, bem como pelos os que forem aduzidos pelo Advogado Geral da União, de que o ato é na realidade constitucional.

Ainda em relação a participação do Procurador Geral da República no procedimentos das ações constitucionais, existe um conflito entre o artigo 103, § 1º da Constituição da República de 1988 , e o estabelecido na Lei nº 12.063 de 2009.

Segundo a Constituição do Brasil de 1988, em seu artigo 103, tem-se o seguinte acerca da participação do Procurador Geral da República no procedimento das ações constitucionais do controle abstrato de constitucionalidade:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - [...]; II - [...]; III - [...]; IV - [...]; V - [...]; VI - [...]; VII - [...]; VIII - [...]; IX - [...]. § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Isto significa dizer que em todos os processos em que se discuta a inconstitucionalidade de atos normativos ou leis, deve haver, perante o Supremo Tribunal Federal, a participação do Procurador Geral da República como *custos legis*, fiscalizando o cumprimento do próprio procedimento pelo tribunal, bem como se manifestando acerca da matéria e sua eventual inconstitucionalidade. Não há que se falar que a previsão deste artigo cuida da legitimidade ativa do P.G.R. para as

ações de inconstitucionalidade, porque tal previsão já consta em um dos incisos do mesmo artigo 103, qual seja o inciso sexto.

Ocorre que a Lei nº 12.063 de 2009, em seu artigo 12 - B, § 3º, estabelece que o P.G.R. apenas participará do procedimento da A.D.I. por Omissão quando não for o autor da demanda.

Ora, diante de tal dispositivo infraconstitucional em face do texto da Constituição, o que se percebe de plano é que a Lei nº 12.063/09 é inconstitucional sob o aspecto material, na medida em que cria regra frontalmente contrária ao dispositivo constitucional, limitando a participação do Procurador Geral da República no procedimento das ações constitucionais do controle abstrato de constitucionalidade, pois se a leitura do texto constitucional quando diz que esta autoridade participará de todas as ações de inconstitucionalidade, diz ainda que participará de todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Neste diapasão, se todas as ações constitucionais do controle de constitucionalidade abstrato são de competência do S.T.F., deve então o Procurador Geral da República participar de todos os procedimentos, não cabendo a uma lei infraconstitucional restringir o alcance de sua participação em tais ações.

No mesmo sentido, é o que se verifica quanto ao procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que tem procedimento similar ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão Total, condicionando a participação do Procurador Geral da República ao procedimento desde que não tenha sido autor da demanda, segundo o disposto no artigo 7º parágrafo único da Lei nº 9.882 de 1999.

Ainda em relação a A.D.P.F., insta ressaltar o critério de subsidiariedade desta ação face a A.D.I., buscando se definir quando cabe a utilização de cada ação. Tem prevalecido o entendimento de Luiz Roberto Barroso (2011) de que a subsidiariedade da A.D.P.F., prevista no artigo 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 é constitucional, devendo ser interpretado de forma a alcançar a teleologia do dispositivo. Assim, quando se tratar de processos subjetivos, recomenda-se o uso da A.D.P.F., já quando se tratar de processos objetivos, o ajuizamento da A.D.I. se torna mais útil ao resultado perseguido.

Na eventualidade de ser ajuizada uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ao invés de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou que, quando do julgamento da A.D.P.F.

nº 72, pode o tribunal converter o rito procedimental de uma ação para outra, com base nos princípios da instrumentalidade e economia processual. É o que reza a ementa do seguinte julgado:

QUESTÃO DE ORDEM EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA Nº 156, DE 05.05.05, DA SECRETARIA EXECUTIVA DA FAZENDA DO ESTADO DO PARÁ. FIXAÇÃO, PARA FINS DE ARRECADAÇÃO DE ICMS, DE NOVO VALOR DE PREÇO MÍNIMO DE MERCADO INTERESTADUAL PARA O PRODUTO CARVÃO VEGETAL. ARTS. 150, I, II E V, 152 E 155, § 2º, XII, i, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O ato normativo impugnado é passível de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta. Precedente: ADI 349, rel. Min. Marco Aurélio. Incidência, no caso, do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99; 2. Questão de ordem resolvida com o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, ante a perfeita satisfação dos requisitos exigidos à sua propositura (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), bem como a relevância da situação trazida aos autos, relativa a conflito entre dois Estados da Federação. Processo: ADPF 72 PA; Relator(a): Min. Ellen Gracie; Julgamento: 01/06/2005; Publicação: DJ 02-12-2005.

Posto isto, percebe-se que os procedimentos das ações constitucionais do controle abstrato de constitucionalidade apresentam semelhanças e diferenças pontuais, cada uma a partir do tipo de objeto a ser impugnado, bem como tendo em vista a lógica de atuação de cada autoridade envolvida, no sentido de garantir que o processo cumpra seu papel de meio legítimo e capaz, a ser manuseado todas as vezes que um ato normativo infraconstitucional vier a contrariar o texto da Constituição.

E como último ponto a ser analisado acerca do estudo geral das ações constitucionais do controle de constitucionalidade abstrato, tem-se o alcance das decisões por meio dos efeitos que estas produzem, demonstrando ainda quando tais efeitos podem divergir da regra geral, sob quais circunstâncias e qual sua aplicação prática.

3.5.1 Processo e Procedimento Constitucional: Instrumentos ou Finalidades

O estudo do controle abstrato de constitucionalidade exige a análise do processo e do procedimento das ações constitucionais, para que se possa entender de que forma tais ações irão agir no intuito de buscar a veracidade dos argumentos suscitados pelo autor da demanda, garantindo, sendo tecnicamente imprecisos tais termos, uma vez que o processo constitucional abstrato é objetivo, não tendo um réu propriamente dito no polo passivo da demanda, o contraditório e a ampla defesa em

favor do objeto impugnado, para ao final, permitir que o tribunal decida sobre o reconhecimento ou inexistência de inconstitucionalidade provocada pelo ato normativo indicado como objeto.

Destarte, o processo representa um instrumento voltado à efetivação de uma pretensão jurídica de um interessado. Através do processo o Estado-juiz aprecia as pretensões resistidas que existem na sociedade, que geram desarmonia social e insegurança, de modo a aplicar ao caso concreto a jurisdição, decidindo de forma definitiva a quem a pretensão jurídica litigiosa será garantida, com o fim de reestabelecer a paz no convívio social.

A aplicação da jurisdição, tendo o processo e o procedimento como seus instrumentos, não tem apenas como finalidade silenciar as vozes do conflito para que a paz social volte a imperar, mas apresenta também objetivos ou escopos que, cada um a sua maneira, visam garantir à própria jurisdição, manutenção do sistema processual como meio legítimo necessário e capaz para a resolução dos conflitos.

Neste diapasão, tais objetivos ou escopos podem ser analisados, a partir da visão de Candido Rangel Dinamarco (1998, p. 159-223) da seguinte maneira:

Escopo Social, que se divide em dois objetivos:

(1) Pacificação com Justiça: o Estado deve alcançar o resultado almejado de forma efetiva, de forma a influenciar a vida de todos os que fazem parte do seio social. Entretanto, a aplicação do direito deixa de existir apenas num plano abstrato e passa a se concretizar, trazendo o ideal da justiça à sociedade, demonstrando a eficácia da sua atuação por meio da verificação dos resultados obtidos. Sob essa perspectiva, a jurisdição e a lei estão conectadas pelo mesmo objetivo, qual seja, a paz social. A legitimidade do Estado vai se comprovar quando este movimentar seu aparato procedimental no sentido de extirpar as mazelas políticas e jurídicas do seio social, fazendo acabar qualquer insatisfação da sociedade.

(2) Conscientização: o exercício da jurisdição deve, ao mesmo tempo que extingue o conflito, conscientizar o indivíduo acerca dos seus direitos e deveres. Trata-se de uma função pedagógica em que o Estado vai ensinar sua sociedade a identificar qual o momento em que se deve procurar o Estado-juiz para que este faça uso da jurisdição. Tal função pedagógica é necessária não apenas para educar o indivíduo, tomando ciência daquilo que é seu por direito e quais são suas obrigações, mas também porque uma sociedade sem esse conhecimento, tem como primeira medida se socorrer do Poder Judiciário, ao invés de tentar resolver seus conflitos de forma provada e pacífica. Por fim, a conscientização dará ao indivíduo mais segurança na atuação do Estado-juiz, pois conhece sua forma de agir e o resultado que dela advirá.

Isto posto, entende-se que o escopo social está voltado à satisfação da população em função do serviço prestado pela jurisdição, bem como a necessidade

de conscientizar o indivíduo de quais são os seus direitos e deveres, pois quando este necessitar da tutela jurisdicional terá certeza e confiança que o provimento expedido será o mais apto e justo ao fim do litígio, reestabelecendo a paz social.

Seguindo a linha de pensamento acerca dos objetivos do processo, Candido Rangel Dinamarco (1998, p.168) fala do segundo escopo, qual seja o político e seus aspectos, nos seguintes termos:

São fundamentalmente três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para seu ordenamento jurídico, posição positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos as quais ele se exerce; finalmente assegurar a participação dos cidadãos por si mesmo ou através de associações, nos destinos da sociedade política. Poder (autoridade) e liberdade são dois polos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a missão jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na Democracia, para a estabilidade das instituições.

Em relação a este escopo, o processo vem justificar a soberania do Estado bem como sua autoridade política sobre os destinatários da jurisdição, demonstrando o poder que aquele tem de fazer cumprir suas determinações. Em outro plano vem afirmar o valor da liberdade individual, limitando o poder estatal para que não se torne arbitrário. Por fim, vem garantir a participação política do indivíduo, considerado isoladamente ou em grupo, na escolha do destino da sociedade.

Candido Rangel Dinamarco (1998, p.177) aponta ainda um terceiro objetivo, que é o escopo jurídico, nos seguintes termos:

É de suma importância e vital relevância na técnica processual a definição do modo como o processo e seus resultados repercutem no sistema jurídico; além disso, as fórmulas mais conhecidas, através das quais se tentou a definição teleológica do processo, constituem acima de tudo pronunciamentos acerca da função que o processo desempenha perante o direito e na vida dos direitos.

Este escopo, por um lado, reflete a insuficiência da visão estritamente jurídica, de autonomia e independência, apartadas de forma absoluta da realidade social, para satisfazer a necessidade do uso do serviço jurisdicional por quem dele precisa, mas por outro lado, também reflete que o processo nada mais é do que um

instrumento necessário a esta mesma satisfação, se tornando fundamental para aplicação da jurisdição pelo Estado-juiz.

Assim, o processo, como instrumento que é a serviço do Estado, deve ser visto de forma global, ou seja, sua análise não pode subsumir a um mero aspecto instrumental, mas precisa entender que o caráter instrumental é apenas uma face do processo, que busca algo muito maior do que a mera aplicação do direito.

O procedimento, por sua vez, seja das ações constitucionais seja de uma ação comum, é um importante elemento que atua de forma simbiótica com o processo, sendo para esse o seu modo operacional de agir. O procedimento é a manifestação externa do processo, sendo o rito ou o desenvolvimento do processo, ou seja, o modo como se encadeiam e caminham os atos processuais.

Deste modo, pode se entender que o procedimento consiste na sucessão de atos coordenados iniciados pelo autor da demanda, dirigidos à satisfação do pedido que formulou na petição inicial. Disto conclui-se que não há processo sem procedimento e vice-versa.

Posto isto, entendendo que o processo e o procedimento são caminhos ou instrumentos a serem utilizados para se chegar a um fim colimado, não faz sentido que o processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade seja finalizado antes da sua última fase procedimental porque o objeto impugnado que deu origem a demanda desapareceu.

Tal afirmação pode parecer ilógica se adotar como parâmetro apenas processos que envolvam questões menores ou sem nenhuma relevância constitucional, mas no caso em tela, se trata da defesa do texto constitucional e o processo e seu procedimento, seguindo a tese dos seus escopos, não se limita apenas a servir de mero instrumento, mas busca acima de tudo, legitimar o poder estatal sobre sua sociedade, extirpar conflitos sociais que abalam a harmonia entre os indivíduos, garantir a liberdade de todos bem como sua participação no destino político da sociedade.

Não se pode esquecer que a conscientização, inserida no escopo social, busca não somente ensinar ao indivíduo seus direitos e deveres, mas com base em tal pedagogia provocar na sociedade o sentimento de segurança quando da aplicação da jurisdição.

Neste sentido, considerando que o processo constitucional que envolve o controle de constitucionalidade abstrato tem por finalidade proteger a supremacia da

Constituição face os demais atos normativos do ordenamento jurídico, e que sua manifestação consiste em verdadeira defesa do interesse público, o fim desse processo sem uma resposta de mérito por parte do Estado não garante o escopo social, pois não dá razões ao indivíduo de ter confiança na atividade jurisdicional.

Se o interesse é público, representado pela defesa do texto normativo mais importante de todos, o instrumento estatal não pode ser confundido como um fim em si mesmo, onde ausentes suas condições o mesmo desaparece, deve-se, ao revés, afirmar seu caráter instrumental e subsidiário durante a análise de constitucionalidade de um ato normativo face a Constituição, pois além desta ser a verdadeira preocupação com base no interesse público, ao invés de reter atenções aos pressupostos necessários à continuidade do processo, sem sombra de dúvidas é a maneira mais eficaz de garantir ao indivíduo segurança na atividade jurisdicional, pois está comprometida não só a resolver conflitos com fins de pacificação social, mas está voltada principalmente a resolver conflitos que envolvam o interesse de todos.

3.6 A Teoria da Nulidade no Controle Abstrato de Constitucionalidade

Dentro do estudo do controle de constitucionalidade, um importante elemento precisa ser analisado uma vez que integra a lógica procedimental do deste controle, complementando seu sentido, e reforçando o significado de sua atuação. Tal elemento tem sido aplicado em conjunto com a declaração de inconstitucionalidade, e é com base nele que é possível retirar do ordenamento jurídico os atos normativos reconhecidos como ofensivos ao texto constitucional.

Neste diapasão, o controle abstrato de constitucionalidade, para retirar do sistema jurídico-normativo os atos normativos que ofendem a Constituição, tem como pressuposto lógico o ajuizamento de uma das ações constitucionais que o integram e ao final do seu julgamento, o reconhecimento de que o objeto impugnado está realmente eivado do vício da inconstitucionalidade.

Após isto, como segundo passo lógico do procedimento, tem-se a aplicação da teoria da nulidade a este ato normativo, sendo por meio desta que se retira do ordenamento jurídico tudo aquilo que for declarado como inconstitucional.

Considerando que se trata de nulidade, e seguindo a linha dos ensinamentos de Fredie Didier Junior acerca desta matéria, impõe-se inicialmente

um esforço para se conceituar tal objeto, e nesse sentido, pode-se entender a nulidade como sendo a sanção aplicada pelo sistema jurídico-normativo ao ato praticado em desrespeito às formalidades legais.

A nulidade pode ser de dois tipos, quais sejam a absoluta e a relativa, salientando que existem alguns casos em que o vício é de tão grande monta, que ato é considerado como inexistente. Já em outras situações, em virtude da desobediência a formalidade exigida é irrelevante e incapaz de gerar qualquer prejuízo para os envolvidos na relação jurídica, ou ainda anular o ato, cuidando-se apenas de simples irregularidade.

Alguns aspectos compõem o estudo da nulidade, classificando-a a partir de diversos critérios, o que acaba por facilitar o seu entendimento. Neste sentido, pode-se adotar os seguintes critérios:

- Quanto ao fundamento
 - A nulidade absoluta é aquela que acontece quando o dispositivo legal violado houver sido instituído para proteger, principalmente, o interesse público;
 - A nulidade relativa é aquela que acontece quando o dispositivo legal violado houver sido instituído para proteger, principalmente, o interesse das partes.

A esse respeito uma observação é pertinente, pois quando a regra violada for um dispositivo constitucional, a nulidade será absoluta. De forma mais grave, a depender do caso e conteúdo ofendido, é cabível se pensar em ato inexistente.

- Quanto ao prejuízo
 - A nulidade absoluta se caracteriza pelo fato de que o prejuízo é presumido;
 - No caso da nulidade relativa, o interessado deve provar o prejuízo sofrido em virtude do ato.

Em relação a este critério, no caso de violação ao texto constitucional o prejuízo é presumido, pois, considerando que o texto carrega em si mesmo um valor, não admite relativização que é a sua supremacia, então a ocorrência do ato nulo já ofende e assim provoca um prejuízo a eficácia do texto constitucional.

- Quanto ao momento de arguição
 - A nulidade relativa, sob pena de preclusão, deve ser arguida no momento cabível;
 - No tocante a nulidade absoluta, esta pode ser reconhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, pois não se convalida com o tempo.

A jurisprudência pátria afirma no mesmo sentido o seguinte:

Ementa: Apelação cível. Ação ordinária. Ato nulo que não se convalida pelo tempo. O ato nulo não é ratificável e não se convalida diante do silêncio das partes ou do decurso do tempo, não se aplicando sob o ato os institutos da prescrição ou decadência, devendo o juiz apreciar o pedido norteador da ação, qual seja, o pedido de indenização dos herdeiros pela utilização da parte cedida em contrato nulo. Apelo provido. (Apelação Cível Nº 70010057107, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 30/12/2004).

Quanto a este ponto, um ofensa ao texto constitucional não se convalida no tempo, podendo ser suscitada a qualquer tempo. É o que se depreende do fato de que não cabe prescrição para o uso das ações constitucionais que fazem parte do controle abstrato de constitucionalidade, logo, conseqüentemente também não há prescrição para a possibilidade de se retirar do ordenamento jurídico efeitos considerados inconstitucionais.

- Quanto ao interesse
 - A nulidade relativa depende de provocação do interessado e no momento cabível;
 - A nulidade absoluta não precisa de provocação do interessado, podendo o juiz singular reconhecer de ofício outro órgão jurisdicional.

Sobre este tema é importante lembrar duas informações bastante pertinentes ao caso: primeiro que no controle difuso de constitucionalidade, o juiz singular pode suscitar a questão da inconstitucionalidade, bem como qualquer uma das partes do processo, inclusive o Parquet Ministerial; segundo que no controle abstrato de constitucionalidade o rol de legitimados ativos para propor a A.D.I. é bastante extenso, mesmo havendo divisão entre eles a partir do critério criado pelo Supremo Tribunal Federal denominado pertinência temática.

- Inexistência e Irregularidade
 - Tendo em vista a graduação das sanções aplicáveis aos atos nulos, a inexistência é a mais grave dentre todas. Na realidade, não se considera como um ato processual inexistente, mas de um *não-ato* ou um ato processual atípico, por não se enquadrar no modelo legal. Nesta linha, se aplica tal sanção quando o ato não agrega no seu seio os elementos essenciais para existir. Em consequência da declaração de inexistência, entende-se que ato inexistente, não produz efeitos, independente de declaração judicial.
 - Em relação à nulidade absoluta, entende-se que o ato produz seus efeitos até que seja declarado nulo. Isto quer dizer que é indispensável para a cessação dos efeitos do ato nulo, a sua declaração como tal.
 - Quanto à irregularidade, esta ocorre quando a formalidade desrespeitada for considerada inócua. Desta forma, considera-se que a desobediência é irrelevante a tal ponto que é incapaz de gerar prejuízo. Assim, o ato continua a produzir seus efeitos regularmente.

Neste critério uma observação mais aguda é necessária e de certa forma diverge do que foi explicado.

Desta feita, seguindo a linha deste último critério, o ato inexistente não precisa de declaração expressa que o reconheça como tal devido a gravidade do seu desrespeito a um dispositivo legal em específico. Em consequência da sua inexistência, não se pode então considerar que o ato produziu efeitos, sendo estes também inexistentes. Por outro lado, na nulidade absoluta há a necessidade de declaração expressa nesse sentido fazendo cessar a produção de feitos do ato reconhecido como tal.

Ora, considerando que o controle de constitucionalidade exige que para retirar do ordenamento jurídico um ato normativo que ofende a constituição, seja necessária uma declaração expressa nesse sentido, pois em favor do mesmo milita a presunção de constitucionalidade, quando o tribunal constitucional reconhece tal situação, tem-se como efeito padrão a retroação dos efeitos da decisão até o início da vigência do referido ato, de forma que passa a ser considerado como inexistente desde o princípio.

Isto quer dizer que apesar do controle abstrato de constitucionalidade exigir, em virtude da presunção de constitucionalidade que milita em favor dos atos normativos, uma declaração expressa emitida pelo órgão competente reconhecendo a inconstitucionalidade de um determinado diploma normativo, em virtude da gravidade da sua ofensa, ou seja, o desrespeito foi perpetrado face ao texto mais solene e importante dentre todos os que fazem parte do ordenamento jurídico, qual seja o texto constitucional, o ato impugnado é considerado como inexistente, desaparecendo junto com seus efeitos desde o início de sua vigência.

No mesmo sentido, acerca da relevância e conteúdo da decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, (1999, p. 118) afirma que:

Isso porque a sanção de nulidade tem no direito privado finalidade distinta, já que neste campo visa apenas a restaurar o equilíbrio individual. Já no ramo não privado, a finalidade é a proteção do interesse público, o que nos leva a considerar o tema com maior ou menor flexibilidade, conforme o exija o interesse de proteger.

Ainda afirma a mesma autora Regina Maria Macedo Nery Ferrari, (1999, p.123) quanto à necessidade da declaração de inconstitucionalidade para que o

sistema normativo constitucional seja resguardado e tenha força perante as demais normas jurídicas, que:

[...] a nulidade só terá lugar após o pronunciamento do órgão competente, segundo o ordenamento jurídico, para decidir sobre a concordância ou não da norma inferior e a Constituição, e que só esta decisão terá força normativa.

Portanto, de acordo com a doutrina e com a jurisprudência, a declaração de inconstitucionalidade carrega ao seu lado um indispensável instituto para a guarda do texto constitucional que é a teoria da nulidade, pois por meio desta se é possível excluir do ordenamento jurídico todo e qualquer ato normativo que venha a ofender a Constituição.

Reconhecida à inconstitucionalidade do ato normativo, deve o mesmo ser considerado como ato nulo de forma absoluta, mas com efeito similar ao ato inexistente, pois exige declaração expressa acerca da sua ofensa ao texto constitucional, e em virtude da gravidade desta ofensa não pode mais existir e nem seus efeitos perdurarem no sistema jurídico-normativo.

Desta forma, entendendo que a ilegalidade não se convalida com o tempo, não é cabível e muito menos razoável se entender que seria possível se convalidar uma inconstitucionalidade, vez que se trata de ilegalidade perpetrada em face do texto constitucional, sendo então possível perseguir o ato impugnado e todos os seus efeitos produzidos durante o seu período de vigência.

3.7 Efeitos da Decisão nas Ações Constitucionais do Controle Abstrato

Neste ponto será tratada importante matéria do controle de constitucionalidade que é o alcance das decisões proferidas nas ações deste controle no modo abstrato, analisando em que medida os indivíduos serão influenciados por tais decisões, bem como o efeito das mesmas sobre as instituições do poder, incluindo o próprio Poder Judiciário.

Outro aspecto do estudo dos efeitos a ser levado em consideração é que além de finalizar o exame do controle de constitucionalidade, aqui no modo abstrato, significa ainda examinar o resultado final que é alcançado quando uma ação constitucional que discute a constitucionalidade de um ato normativo reconhece que este ofende o texto constitucional, apontando a medida e a maneira da ofensa, determinando por consequência a sua exclusão do ordenamento jurídico ou ainda,

como pode acontecer na A.D.I. por Omissão, a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo não retirá-lo do sistema normativo, tendo em vista que a sua saída poderia causar mais prejuízos sociais do que a sua eventual permanência.

Sobre este tema, Oswaldo Luiz Palu (2001, p.190-191) aponta os motivos da sua existência e a necessidade de sua utilização no controle de constitucionalidade promovido por meio desta ação constitucional em específico, tendo por base a necessidade do egrégio tribunal constitucional volver olhos à repercussão prática de suas decisões no seio social. Assim, leciona que:

Técnica em que se pode também fazer referência é a da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*. Tal ocorre, especialmente, quando a cessação da eficácia da lei torna o caso mais injusto ou incongruente que a própria situação de inconstitucionalidade, pelos seus reflexos ou consequências imediatas.

Em relação às consequências práticas da decisão em sede de controle de constitucionalidade, Jorge Miranda trás o seguinte entendimento (1996, p.487):

[...] o problema da eficácia das decisões de inconstitucionalidade não é um problema de direito processual, mas, sim, um problema de direito substantivo, porque consiste em saber quais as alterações efetivas que a decisão provoca ou deixa de provocar, quer no respeitante às normas a que se refere, quer no conjunto do ordenamento jurídico estadual.

Isto quer dizer que o tribunal constitucional deve estar sempre ciente da sua responsabilidade enquanto guardião do texto constitucional, bem como acerca da responsabilidade quando do exercício do controle de constitucionalidade, mais especificamente no que diz respeito aos efeitos de suas decisões, pois elas alcançaram, a depender do caso, inúmeras vidas e relações jurídicas, mudando de forma dramática, em muitos casos, uma realidade que lhes era comum e que em virtude de uma decisão judicial desapareceu.

Posto isto, seguindo a mesma sequência do exame das ações constitucionais do controle de constitucionalidade no modo abstrato, inicia-se o estudo pelos efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, que podem ser colocados como padrão para as demais ações constitucionais, tendo algumas variações a depender, por lógico, do objeto impugnado.

Neste sentido, a A.D.I. genérica, seguindo em parte a matriz austríaca, tem como regra os efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e o vinculado. Em relação ao efeito *ex tunc* tem-se que a partir deste efeito, o ato normativo impugnado e reconhecido

por inconstitucional será declarado como tal desde a sua origem, ou seja, o objeto reconhecido como inconstitucional, ofende a Constituição desde o início de sua vigência, sendo, como já foi visto, originariamente inconstitucional.

Saliente-se que todas as relações jurídicas constituídas sob a base legal deste ato normativo reconhecido por inconstitucional devem ser desfeitas pois não se pode admitir que vínculos jurídicos estabelecidos no seio social produzam efeitos contrários ao texto constitucional.

Ocorre que, em certas situações e segundo alguns pressupostos, esse efeito padrão pode ser modificado, dando origem a denominada modulação dos efeitos, que pode ser de 2 (dois) tipos, quais sejam, transformar o efeito *ex tunc* em *ex nunc* ou transformá-lo ainda para o que se pode chamar de efeito *ex tunc* mitigado.

Cumpre, antes de adentrar nas hipóteses de modulação dos efeitos, destacar o pensamento de Cláudia Oliveira Pachú (2007, p.60) que traz importante lição acerca da necessidade da utilização da técnica da modulação dos efeitos quando da aplicação da decisão que reconhece o ato normativo impugnado como inconstitucional, pelo egrégio tribunal constitucional brasileiro. Neste sentido ensina a autora que:

A equiparação da inconstitucionalidade à nulidade implica na fixação de efeitos *ex tunc* à lei declarada inconstitucional e, em determinadas situações, mencionados efeitos não se coadunam com os objetivos visados pela instauração do processo de controle de constitucionalidade, daí advindo a necessidade de criação de novas técnicas de decisão que preencham as lacunas teleológicas da teoria constitucional, mesmo com ilogicidades no seu interior, pois é preferível ilogicidade com resultados satisfatórios a logicismos desenfreados que descambem numa inutilização da própria teoria constitucional.

Posto isto, adentrando no tema da modulação dos efeitos, quando se decreta o efeito *ex nunc*, o objeto impugnado é considerado como constitucional do início da sua vigência até a decisão do Supremo Tribunal Federal que o considerou inconstitucional. Assim, as relações constituídas neste período de tempo não precisam ser desfeitas pois são compatíveis com a Constituição, contudo, a partir da decisão não se pode mais travar nenhuma relação jurídica com base no ato normativo declarado como inconstitucional, pois este já não mais existirá no ordenamento jurídico.

Em relação à segunda modulação dos efeitos o que irá ocorrer é que o Supremo Tribunal Federal escolherá um determinado período anterior à sentença, em que a partir deste, o objeto impugnado será considerado como inconstitucional, sendo então constitucional apenas pelo período determinado pelo tribunal. Isto quer dizer que o efeito retroagirá, mas não até ao início da vigência, retroagirá apenas até o período de tempo estabelecido pela Corte. No que diz respeito às relações jurídicas fixadas com base no ato normativo inconstitucional, só serão mantidas aquelas que ocorreram durante o período de tempo em que se reconheceu a constitucionalidade do ato.

Para que a modulação do efeito *ex tunc* possa ocorrer é preciso que existam relevantes razões de segurança jurídica ou de interesse público, bem como são necessários 8 (oito) ministros, ou seja, maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal se posicionando a favor da mudança do efeito *ex tunc* para uma das duas possibilidades.

Por fim, uma última questão precisa ser levantada acerca da interposição simultânea de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face de um ato normativo estadual que fere simultaneamente dispositivo da Constituição Estadual de reprodução obrigatória do texto constitucional de 1988 e dispositivo da Constituição da República de 1988.

Ocorre que tais ações são interpostas em juízos diversos, onde no primeiro caso se tem como tribunal competente o Tribunal de Justiça Estadual, e no segundo caso o Supremo Tribunal Federal como órgão responsável por julgar a referida ação.

Neste caso, a questão a ser enfrentada é sobre o que acontece com o julgamento da A.D.I. no âmbito estadual enquanto não finalizado o julgamento da outra ação constitucional no S.T.F..

Para dirimir tal dúvida, Ives Gandra e Gilmar Mendes, (2005, p.237-238) lecionam que:

Problemática há de se revelar a questão referente aos processos instaurados simultaneamente perante Tribunal de Justiça estadual e perante o Supremo Tribunal Federal no caso de ações diretas contra determinado ato normativo estadual em face de parâmetros estadual e federal de conteúdo idêntico? [...] Assim, pelo menos no que se refere às ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia cogitar de um efeito transcendente se a questão estadual versasse também sobre a norma de reprodução obrigatória pelo Estado-Membro.

Observe-se, outrossim, que o Tribunal tem entendido que, em caso de propositura de ADIn perante o STF e perante o Tribunal de Justiça contra dada lei estadual, com base em direito constitucional suspender o processo no âmbito da Justiça Estadual até a deliberação definitiva da Suprema Corte.

Desta forma, tem prevalência o julgamento da A.D.I. que corre perante o Supremo Tribunal Federal frente ao julgamento da outra ação constitucional que tem o mesmo objeto daquela, e que corre perante o órgão estadual de 2ª instância, devendo este julgamento aguardar a resposta definitiva daquele tribunal acerca do reconhecimento da inconstitucionalidade do ato normativo impugnado por ambas as ações.

4 ADI E A PERDA DO SEU OBJETO: MUDANÇA DE PARADIGMA PROCEDIMENTAL TENDO EM VISTA A SUPREMACIA DO TEXTO CONSTITUCIONAL

4.1 A ADI e a Perda do Seu Objeto

Conforme foi analisado nos capítulos anteriores, o controle de constitucionalidade brasileiro divide-se em político, quando realizado pelos poderes políticos do Estado, e este tipo de controle, em regra, é preventivo, e em judicial, podendo ser exercido de forma concentrada em um único tribunal, no caso em questão o Supremo Tribunal Federal, ou de forma difusa, com análise prévia da questão da inconstitucionalidade de um determinado ato normativo por órgãos judiciais primários, até que, em sendo o caso, se chegue à instância mais elevada do Poder Judiciário nacional, que emitirá a decisão definitiva sobre o caso litigioso. Não se pode deixar de ressaltar que, ao revés do controle político, este tipo de controle é, em praticamente todos os casos, repressivo.

No estudo do controle de constitucionalidade judicial abstrato, também foi visto que existem várias formas de impugnar um ato normativo quando sobre ele paira a dúvida da inconstitucionalidade, tendo por instrumento as ações constitucionais quais sejam a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que se subdivide em genérica, interventiva e por omissão, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade que apesar de buscar resultado inverso da A.D.I., pode causar o mesmo efeito desta, caso seja julgada improcedente, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que tem por principal característica apresentar o objeto mais amplo de todas estas ações.

Destarte, o controle de constitucionalidade apresenta-se como um sistema de defesa do texto constitucional face a atos normativos que venham a desrespeitar seu conteúdo, seja material ou formal, tendo por finalidade declarar o objeto impugnado por inconstitucional e aplicando-se a teoria da nulidade absoluta, retirá-lo do ordenamento jurídico para que não continue produzindo efeitos contrários à Constituição.

Sobre a aplicação da teoria da nulidade sobre o ato declarado como inconstitucional, saliente-se o pensamento de Hans Kelsen, (2003, p. 144) que ensina que:

A anulabilidade do ato irregular significa a possibilidade de fazer que ele desapareça, juntamente com suas consequências jurídicas.

No mesmo sentido, Mauro Capelletti (1984, p.119) afirma que:

[...] o mero fato da inconstitucionalidade é causa de *absoluta nulidade* e, por conseguinte, de ineficácia *ipso jure* da leis, antes mesmo que esta inconstitucionalidade seja declarada, solenemente e vinculatoriamente, pela sentença da Corte Constitucional competente.

Ainda quanto a função da teoria da nulidade no controle de constitucionalidade e a sua diferença para com a declaração de inconstitucionalidade, o que faz com que tal teoria passe a ser considerada como elemento indispensável à lógica do próprio procedimento deste controle, justificando inclusive a modulação dos efeitos, Cláudia Oliveira Pachú, afirma o seguinte (2007, p.59):

[...] inconstitucionalidade e nulidade não podem ser considerados como conceitos equiparáveis. Isso faz com que possa ocorrer uma certa flexibilização, quando da declaração de inconstitucionalidade, podendo tanto haver uma eficácia *ex tunc* como *ex nunc*, o que não seria possível se houvesse equiparação de ambos os conceitos.

Entretanto, mesmo entendendo que o controle de constitucionalidade representa este sistema de proteção ao texto constitucional existe um relevante e grave problema quanto ao objeto das ações constitucionais que integram o controle abstrato de constitucionalidade, mais precisamente no que diz respeito à continuidade do seu processamento quando o seu objeto desaparece no curso do seu julgamento.

Neste diapasão, direcionando o estudo para a Ação Direta de Inconstitucionalidade acerca do problema apontado, tem-se que, tanto na doutrina como na jurisprudência pátrias é praticamente unânime o pensamento de que quando o objeto da A.D.I., durante o processo de julgamento desta ação desaparece, seja porque foi revogado, seja porque caducou ou ainda qualquer outro motivo que faça com que o ato normativo impugnado deixe de existir no ordenamento jurídico nacional, em virtude disto o julgamento reste prejudicado, devendo a ação ser arquivada.

Tal entendimento significa dizer que, se antes da prolação da decisão do Supremo Tribunal Federal, o objeto impugnado por inconstitucional desaparecer do ordenamento jurídico, não há como continuar o julgamento da A.D.I., devendo este

ser finalizado imediatamente, uma vez que se esta ação se prestava a declarar um ato normativo como inconstitucional, mas tal ato normativo já não existe mais e por consequência não produz mais efeito, então não há mais necessidade da continuidade do julgamento da ação constitucional até a sua última fase, já que então, está ausente o interesse de agir.

Posto isto, antes de adentrar na questão supra suscitada, importante se faz esclarecer agora de forma mais detalhada qual é o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, apontando quais são os atos normativos presentes no ordenamento jurídico brasileiro que podem ser impugnados sob a suspeita do vício da inconstitucionalidade por esta ação constitucional do controle abstrato de constitucionalidade.

4.2 O Objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, segundo a Lei nº 9.868 de 1999 deve necessariamente apresentar um objeto a ser impugnado pelo vício da inconstitucionalidade, como verdadeiro pressuposto objetivo de existência do processo. É o que se compreende da leitura do artigo 3º da referida lei quando trata dos requisitos da petição inicial, apontando dentre eles, a necessidade do autor da ação apontar o dispositivo de lei ou ato normativo a ser analisado.

É o que se verifica do seguinte trecho da Lei 9.868/99 que diz:

Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

No procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade a indicação do objeto é indispensável, sendo causa de indeferimento da petição inicial por inépcia caso não haja tal indicação. É o que se depreende do seguinte trecho da mesma lei:

Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Neste sentido, o objeto da A.D.I. deve ser indicado de forma direta e clara pelo autor da ação ao tribunal, para que possa ser recebida sua petição inicial e assim iniciar-se o processo de julgamento da referida ação, sendo ao final julgada procedente ou improcedente.

Visto isto, reza a Constituição da República de 1988 em seu artigo 102 que, em linhas gerais, a Ação Direta de Inconstitucionalidade terá por objeto lei ou ato normativo federal ou estadual que venha a ofender o texto constitucional. Senão veja-se no seguinte trecho:

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

I - processar e julgar, originariamente:

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

Ocorre que devido ao desenvolvimento do ordenamento jurídico ao longo da vigência do texto constitucional de 1988, especialmente face às decisões dos tribunais superiores, notadamente do próprio Supremo Tribunal Federal, tem-se que vários outros tipos de atos normativos *lato sensu* também são objeto da A.D.I., podendo ser impugnados por vício de inconstitucionalidade.

Neste sentido, Marcelo Novelino (2012, pp.281-285) afirma que são objetos da Ação Direta de Inconstitucionalidade os seguintes atos normativos:

- I) Emendas a Constituição;
- II) Leis Ordinárias e Complementares;
- III) Medidas Provisórias;
- IV) Decretos Legislativos editados para aprovar tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional e autorizar o Presidente da República a ratificá-los em nome do Brasil (CF, art. 49, I), bem como para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (CF, art. 49, V);
- V) Resoluções da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional;
- VI) Resoluções dos tribunais, do Conselho Nacional de Justiça ou do Conselho Nacional do Ministério Público, desde que dotadas de caráter normativo e ligadas diretamente a Constituição;
- VII) Regimento Interno de tribunais e órgãos legislativos, desde que a violação a Constituição seja direta;
- VIII) Atos do Poder Executivo com força normativa, inclusive decretos, instruções normativas, ordens de serviço ou portarias, quando violarem diretamente a Constituição;
- IX) Decretos autônomos, de promulgação de tratados e convenções internacionais ou que veiculam atos normativos;
- X) Tratados e Convenções Internacionais;
- XI) Atos normativos primários editados por pessoas jurídicas de direito público.

Algumas observações são necessárias para justificar a presença de determinados atos normativos apontados acima como capazes de figurar na A.D.I. como objeto impugnável por vício de inconstitucionalidade.

Destarte, em relação às emendas à Constituição, estas podem ser objeto da ação constitucional quando alterarem o texto da Constituição e tal alteração implicar em redução ou restrição na aplicação de cláusulas pétreas.

Neste caso, o legislador constituinte reformador está a desrespeitar a parte do texto constitucional que não admite alteração que venha a causar redução em seu conteúdo ou ainda restrição na aplicação dos seus comandos.

Isto se entende pelo julgamento da A.D.I. nº 939 do Distrito Federal, nos seguintes termos:

EMENTA: Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par.2., 60, par.4., incisos I e IV, 150, incisos III, b, e VI, a, b, c e d, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, a, da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, b e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par.2., art. 60, par.4., inciso IV e art. 150, III, b da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par.4., inciso I, e art. 150, VI, a, da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: b) templos de qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art.150, VI, a, b, c e d da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. A.D.I. 939/DF.

No tocante às Resoluções oriundas do Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público como objeto da A.D.I., a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 tratou do tema nos seguintes termos:

EMENTA: Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da resolução nº 07, de 18.10.05, do conselho nacional de justiça. Ato normativo

que "disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do poder judiciário e dá outras providências". procedência do pedido. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. ADC nº 12/D.F.

O que se entende então do julgado é que, pelo fato das resoluções destes conselhos superiores terem o condão de conferir efetividade a princípios constitucionais, e no caso em tela, tem-se os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, conclui-se que tais resoluções podem também ofender diretamente o texto constitucional, retirando-lhe ou diminuindo seu alcance, bem como pode afrontar seu texto, dispondo matéria de forma diversa do que determina a Constituição.

No que diz respeito aos decretos, regulamentares ou autônomos, tem-se o julgamento de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade tratando do tema. São as ações de nº 2.950 do Rio de Janeiro e a de nº 4.152 de São Paulo, que regulam a matéria da seguinte maneira:

EMENTA: Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade. Ação direta que questiona a constitucionalidade de decreto estadual. Função normativa, regulamento e regimento. Ato normativo que desafia o controle de constitucionalidade concentrado. Negativa de seguimento. Artigo 102, inciso i, alínea "a", da constituição do Brasil. Reforma do ato que negou seguimento à adi. 1. Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. 2. O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa. 3. Agravo regimental provido. A.D.I. 2.950/RJ.

EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto nº 52.381/2007, do Estado de São Paulo. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Redução de base de cálculo e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada “guerra fiscal”. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra “g”, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ. A.D.I. 4.152/SP.

Quanto à possibilidade de tratados internacionais serem objeto impugnável de ação que busca a declaração de inconstitucionalidade, a A.D.I. de nº 1.480 do Distrito Federal determinou o seguinte:

E M E N T A: - Ação Direta de Inconstitucionalidade - convenção nº 158/OIT - proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa - arguição de ilegitimidade constitucional dos atos que incorporaram essa convenção internacional ao direito positivo interno do Brasil (decreto legislativo nº 68/92 e decreto nº 1.855/96) - possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de tratados ou convenções internacionais em face da constituição da República - alegada transgressão ao art. 7º, i, da constituição da República e ao art. 10, i do ADCT/88 - regulamentação normativa da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, posta sob reserva constitucional de lei complementar - consequente impossibilidade jurídica de tratado ou convenção internacional atuar como sucedâneo da lei complementar exigida pela constituição (CF, art. 7º, i) - consagração constitucional da garantia de indenização compensatória como expressão da reação estatal à demissão arbitrária do trabalhador (CF, art. 7º, i, c/c o art. 10, i do ADCT/88) – [...] Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. [...] CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera

relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("*lex posterior derogat priori*") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. [...] ADI 1.480/D.F..

Neste sentido, entende-se que os tratados internacionais quando internalizados para o ordenamento jurídico brasileiro devem, assim como as demais normas jurídicas, guardar uma relação de compatibilidade com o que dispuser o texto constitucional, seja material ou formalmente, sob pena de serem considerados como inconstitucionais.

No sentido de corroborar e complementar o rol de objetos passíveis de impugnação pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, Bernardo Gonçalves Fernandes (2012, pp.1140-1143) ainda acrescenta outros atos normativos que também integram este rol. São eles:

- [...]
 6) Resolução do Conselho Interministerial de Preços;
 8) Resoluções do TSE;
 11) Lei Distrital no exercício da competência Estadual do Distrito Federal;

Em relação a tais atos normativos, algumas considerações são necessárias para que se justifique a sua inclusão no rol dos objetos impugnáveis pela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Neste sentido, quanto a Resolução do Conselho Interministerial de Preços o julgamento da A.D.I. nº 08 do Distrito Federal determinou o seguinte:

EMENTA: Constitucional. Ação direta. Resolução 293-c, de 01.11.88, do conselho interministerial de preços: Reajuste de preços. Alteração posterior. Liberação dos preços. I. - Liberação dos preços industriais dos medicamentos da linha humana constantes da Resolução 293-C, de 01.11.88, pela Portaria da Secretaria Executiva do MEFP n. 37, de 11.05.92, certo que, anteriormente, os preços foram objeto de modificações mediante resoluções ou portarias. Perda do objeto da ação direta de inconstitucionalidade. II. - ADIn julgada prejudicada. ADI 08/D.F..

Apesar da referida A.D.I. ter sido prejudicada pela perda do seu objeto, fica demonstrado que a resolução deste conselho interministerial tem o condão de ofender diretamente o texto constitucional e por tal razão pode ser considerada como objeto impugnável deste tipo de ação.

Em relação às Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, o Supremo Tribunal Federal determinou o seguinte em julgados passados:

E M E N T A: Fiscalização normativa abstrata - Processo de caráter objetivo - Legitimidade da participação de ministro do Supremo Tribunal Federal (que atuou no TSE) no julgamento de Ação Direta ajuizada contra ato emanado daquela alta corte eleitoral - inaplicabilidade, em regra, dos institutos do impedimento e da suspeição ao processo de controle concentrado, ressalvada a possibilidade de invocação, por qualquer ministro do STF, de razões de foro íntimo. [...] RESOLUÇÃO TSE Nº 21.702/2004 - DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS, PELAS CÂMARAS MUNICIPAIS, NA FIXAÇÃO DO RESPECTIVO NÚMERO DE VEREADORES - ALEGAÇÃO DE QUE ESSE ATO REVESTIR-SE-IA DE NATUREZA MERAMENTE REGULAMENTAR - RECONHECIMENTO DO CONTEÚDO NORMATIVO DA RESOLUÇÃO QUESTIONADA - PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO REJEITADA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em tema de fiscalização concentrada de constitucionalidade, firmou-se no sentido de que a instauração desse controle somente tem pertinência, se a resolução estatal questionada assumir a qualificação de ato normativo (RTJ 138/436 - RTJ 176/655-656), cujas notas tipológicas derivam da conjugação de diversos elementos inerentes e essenciais à sua própria compreensão: (a) coeficiente de generalidade abstrata, (b) autonomia jurídica, (c) impessoalidade e (d) eficácia vinculante das prescrições dele constantes. Precedentes. - Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, que, impugnada na presente ação direta, encerra, em seu conteúdo material, clara "norma de decisão", impregnada de autonomia jurídica e revestida de suficiente densidade normativa: fatores que bastam para o reconhecimento de que o ato estatal em questão possui o necessário coeficiente de normatividade qualificada, apto a torná-lo suscetível de impugnação em sede de fiscalização abstrata. [...] - A Resolução TSE nº 21.702/2004, que meramente explicitou interpretação constitucional anteriormente dada pelo Supremo Tribunal Federal, não ofendeu a cláusula constitucional da anterioridade eleitoral, seja porque não rompeu a essencial igualdade de participação, no processo eleitoral, das agremiações partidárias e respectivos candidatos, seja porque não transgrediu a igual competitividade que deve prevalecer entre esses protagonistas da disputa eleitoral, seja porque não produziu qualquer deformação descaracterizadora da normalidade das eleições municipais, seja porque não introduziu qualquer fator de perturbação nesse pleito eleitoral, seja, ainda, porque não foi editada nem motivada por qualquer propósito casuístico ou discriminatório. CONSAGRAÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, COM A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 21.702/2004, DOS POSTULADOS DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA SEGURANÇA JURÍDICA. - O Tribunal Superior Eleitoral, ao editar a Resolução nº 21.702/2004, consubstanciadora de mera explicitação de anterior julgamento do Supremo Tribunal (RE 197.917/SP), limitou-se a agir em função de postulado essencial à valorização da própria ordem constitucional, cuja observância fez prevalecer, no plano do ordenamento positivo, a força normativa, a unidade e a supremacia da Lei Fundamental da República [...].

Tal julgamento evidencia que Resoluções emanadas do T.S.E. podem ofender não só a interpretação do texto constitucional, mas ofender este texto diretamente e por isso podem ser objeto da A.D.I..

Quanto a Lei Distrital no exercício da competência estadual, para justificar sua inclusão no rol dos objetos impugnáveis da Ação Direta de Inconstitucionalidade, bastaria a simples leitura do artigo 102, I, a da Constituição da República supracitado, quando reza que o Supremo Tribunal Federal processará originariamente A.D.I. em face de lei ou ato normativo estadual, e uma vez que o Distrito Federal é considerado um ente federado híbrido, já que detém competências estaduais e municipais, quando estiver no uso das suas atribuições estaduais para a edição de atos normativos *lato sensu*, tais atos podem ofender o texto constitucional diretamente e por tal razão são passíveis de impugnação de inconstitucionalidade.

No sentido de ratificar tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal editou Súmula que, por meio de uma interpretação teleológica e sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, se vislumbra que apenas quando estiver no exercício de sua competência estadual, é que o Distrito Federal pode ter alguns atos normativos editados como objeto impugnado de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. É o que se depreende do seguinte enunciado:

Súmula 642 – S.T.F.: Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal.

Importante salientar que há uma questão controversa que atualmente paira sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de se ajuizar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade tendo por objeto uma lei de efeitos concretos.

Tradicionalmente na jurisprudência deste tribunal, não se admitia A.D.I. que tivesse por objeto uma lei de efeito concreto por lhe faltar os requisitos típicos de uma análise em abstrato, quais sejam a generalidade e abstração uma vez que tal lei, pelo seu grau de especificidade é equiparada a um ato administrativo editado pelo poder público.

Ocorre que no julgamento da A.D.I. nº 4.048 do Distrito Federal, o S.T.F. reconheceu a possibilidade, em sede liminar, do ajuizamento deste tipo de ação em face de leis de efeitos concretos. É o que se verifica no seguinte julgado:

EMENTA: Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário. Limites constitucionais à atividade legislativa excepcional do poder executivo na edição de medidas provisórias. [...] II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos

normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. [...] A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP n° 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP n° 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei n° 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008.

Sobre este tema, Gilmar Mendes (2005, pp.162-163) se manifestou da seguinte maneira:

[...] se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o interprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária.

Entretanto, saliente-se que tal posicionamento ainda é minoritário no Supremo Tribunal Federal, a despeito de em sede liminar ter sido reconhecida a possibilidade de se ajuizar uma A.D.I. em face de lei de efeitos concretos.

Posto isto, diante de todo o rol de objetos passíveis de impugnação pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, percebe-se que a simples leitura do artigo 102, I, a, da Constituição da República de 1988 é insuficiente para alcançar e determinar todos os atos normativos que podem ofender diretamente o texto constitucional e assim serem impugnados por meio desta ação, sendo então necessário um trabalho de interpretação constitucional que confira ao texto constitucional maior efetividade face a todos os atos normativos que possam a vir afrontá-lo de forma direta, retirando tais atos do ordenamento jurídico.

4.3 Consequência da Perda do Objeto Para a A.D.I.

Após a análise de todo o rol de atos normativos que podem ofender diretamente o texto constitucional e em virtude disto serem passíveis de figurar como objetos impugnados pelo vício de inconstitucionalidade em uma Ação Direta

de Inconstitucionalidade, impõe-se agora discutir o que ocorre com o julgamento desta ação quando, durante o seu processamento, o seu objeto deixa de existir no ordenamento jurídico, não produzindo mais efeitos.

Neste diapasão, o estudo da perda do objeto da A.D.I. perpassa naturalmente pelas condições da ação, para que se possa ter uma clara e completa compreensão das conseqüências para esta quando seu objeto desaparece antes do seu fim.

Assim, em linhas gerais, as condições da ação previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro são a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir.

Em relação a primeira condição da ação, Candido Rangel Dinamarco (2001, pp. 298-299) preleciona que:

O *petitum* é juridicamente impossível quando se choca com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e circunstâncias do caso concreto [...]. A causa petendi gera impossibilidade da demanda quando a ordem jurídica nega que os fatos como alegados pelo autor possam gerar direitos [...]. Daí a insuficiência da locução impossibilidade jurídica do pedido, que se fixa exclusivamente na exclusão da tutela jurisdicional em virtude da peculiaridade de um dos elementos da demanda – o *petitum* – sem considerar os outros dois [...].

Destarte, a possibilidade jurídica do pedido é a condição determinante para que o pedido possa ser concedido ao autor, não pode afrontar ou se chocar com postulados do ordenamento jurídico, evitando assim, que a concessão do bem pretendido pelo autor venha a causar uma mazela calcada em uma ilegalidade.

Quanto à segunda condição da ação, tem-se que o seguinte a partir da doutrina de Fredie Didier Jr., (2008, pp.176-177):

A legitimidade para agir (*ad causam petendi* ou *ad agendum*) é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que se preencham os “pressupostos processuais” subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

Esta condição da ação é denominada por parte da doutrina, citando como exemplo Alfredo Buzaid (1956, p.89) de “pertinência subjetiva”, significando dizer, de forma sucinta, que aquele que figura em um dos polos da ação é o diretamente

envolvido na questão litigiosa que discute o bem pretendido, podendo tudo fazer para defender seu legítimo interesse.

Quanto à terceira condição da ação, qual seja o interesse de agir, apesar Enrico Tullio Liebman (1986, p.155) entende que a *legitimidade ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido são apenas aspectos do interesse de agir, não sendo em sentido estrito uma condição da ação, é quase que pacífico o entendimento de que todas são condições da ação.

Neste diapasão, analisando de forma mais detalhada a situação do interesse de agir, que está diretamente ligado a consequência prática da perda do objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem-se inicialmente que, de acordo com Fredie Didier Junior (2008, p.187), precisa-se, com o intuito de traçar distinções, “antes de examinar os aspectos do interesse de agir, interesse substancial de interesse processual”.

Deste modo, Enrico Tullio Liebman (1986, p.154-155) leciona que:

O interesse processual se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira como se distinguem os dois direitos correspondentes: o substancial que se afirma pertencer ao autor e o processual que se exerce para a tutela do primeiro. Interesse de agir é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente.

Isto quer dizer que o autor da demanda apresenta um interesse substancial, primário, que é a razão do ajuizamento da demanda, e que será garantido pelo interesse processual que nada mais é do que um instrumento para o alcance do interesse tido por substancial.

Outro aspecto importante acerca desta condição da ação é que o interesse de agir ainda pode ser classificado sob outro critério, se coadunando com a tese do princípio constitucional da proporcionalidade, quando analisado de forma estrita. Assim, o interesse de agir pode ser dividido em interesse-utilidade ou interesse-necessidade.

Quanto ao primeiro, Fredie Didier Junior (2008, p.188) afirma que:

Há utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido. [...] É por isso que se afirma, com razão, que há falta de interesse processual quando não for mais possível a obtenção daquele resultado almejado [...]. É o que acontece, p. ex., quando o cumprimento da obrigação se deu antes da citação do réu –

se o adimplemento se deu após a citação, o caso não é de perda do objeto (falta de interesse), mas de reconhecimento da providência do pedido (art. 269, II, CPC – 73).

Seguindo tal raciocínio, o interesse de agir é útil quando a demanda ajuizada pelo autor puder lhe garantir o bem pretendido, e quando tal bem for conseguido sem a necessidade da formação da relação jurídica entre autor-Estado-réu, por adimplemento voluntário deste, resta então prejudicada a demanda já que o objeto litigioso uma vez que não mais existe, torna desnecessária a atuação jurisdicional para resolver o conflito.

Em relação ao interesse-necessidade, Fredie Didier Junior (2008, p.188) afirma que “fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito”. Isto quer dizer que, se possível, as partes podem e devem transigir entre si para a solução pacífica e não jurisdicional do conflito, mas caso isto seja impossível, devem então se socorrer do provimento do Estado-juiz que resolverá definitivamente a questão, de forma imparcial e equidistante.

Importante salientar que na mesma obra afirma ainda que:

Há determinadas demandas, no entanto, que são denominadas de “ações constitutivas necessárias”, já que o bem da vida ou o estado jurídico que se pretende obter somente pode ser alcançado por intermédio do Poder Judiciário. Por exemplo: a interdição é, por isso, uma ação necessária. É o que acontece, ainda, com boa parte das hipóteses de jurisdição voluntária [...].

Isto quer dizer que em determinados casos não depende de acordo entre as partes para que o bem pretendido possa ser alcançado, em certos momentos a atuação jurisdicional é indispensável para que isso possa acontecer sob pena da situação fática ter apenas a aparência de uma relação jurídica, sem qualquer efeito válido perante o direito.

No sentido de esgotar a discussão do interesse de agir que, como já foi dito, tem direta ligação na consequência da perda do objeto para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, há ainda o denominado interesse-adequação, que se associa aos dois anteriores.

Desta feita, o interesse-adequação é a necessidade que se impõe ao autor da demanda de apontar o procedimento e o tipo de provimento adequado ao bem pretendido. No tocante à adequação do provimento ao bem da vida pretendido, Fredie Didier Junior (2008, p.189) afirma que:

A situação ou é: a) de impossibilidade jurídica do pedido; b) ou o próprio sistema admite a fungibilidade (arts. 805 e 920 do CPC), como de resto deveria ser a regra; c) ou não sendo possível a correção pelo magistrado, deverá ele determinar a alteração do pedido, conforme, aliás, autoriza o art. 264 do CPC.

Desta forma, o interesse de agir também exige adequação do procedimento ao provimento requerido, e caso isto não fique demonstrado pelo autor quando do ajuizamento da demanda, deve ser verificado pelo magistrado antes de declarar a extinção do feito se não é possível admitir o procedimento indicado, considerando que o mais importante é requerer do Poder Judiciário uma resposta, seja desconsiderando o procedimento indicado, seja requerendo que o autor altere o pedido, mas apenas em último caso, decida pelo fim do processo sem analisar o mérito do pedido.

Posto isto, cumpre agora analisar a perda do objeto em si e sua consequência prática para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a partir da visão das condições da ação, bem como analisar de que forma tal objeto pode deixar de existir antes do fim natural do processo.

Neste diapasão, o processo constitucional que envolve o ajuizamento, processamento e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade é categorizado como um processo objetivo. Isto, em linhas gerais, significa dizer que por um lado, existe a presença de um autor da demanda, mas não há no outro polo da ação um réu propriamente dito.

Sobre esse tema, Gilmar Mendes (2007, p.162) afirma que “[...] existe autor ou requerente, mas inexistente, propriamente, réu ou requerido”. Outro aspecto deste tipo de processo é que ele não tem por finalidade básica a defesa de um direito subjetivo, mas busca assegurar a compatibilidade das normas infraconstitucionais com o texto constitucional. Acrescenta ainda a mesma doutrina que:

O Supremo Tribunal Federal ressaltou a objetividade do processo desse processo, que não conhece partes e outorga ao Tribunal um instrumento político de controle de normas. [...] parece pacífico o entendimento sobre a natureza do controle abstrato de normas como processo objetivo, para cuja instauração se afigura suficiente a existência de um interesse público de controle. A outorga do direito de propositura a diferentes órgãos estatais e a organizações sociais diversas ressalta o caráter objetivo do processo do controle abstrato de normas, uma vez que o autor não alega a existência de lesão a direitos, próprios ou alheios, atuando como representante do interesse público.

Na mesma linha de pensamento Oswaldo Luiz Palu (2001, p.192) aduz o seguinte:

No modo abstrato de controle de constitucionalidade temos o *processo objetivo*, assim chamado por oposição ao processo subjetivo, a tutelar esta uma situação subjetiva, individual ou coletiva. O objeto do primeiro é a garantia da ordem jurídica, abstratamente considerada, e não a solução de controvérsias individuais e (ou) coletivas. Quando se afirma tratar-se de processo objetivo se quer dizer aquele em que não há interesses individuais ou coletivos específicos, e, assim, não há a menor relevância do interesse processual nos moldes do processo civil clássico, como uma das condições da ação, deve estar presente entretanto, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimação.

Neste sentido, entende-se que o que se tem é um interessado que requer a proteção da ordem jurídica objetiva, sem discussão acerca de direitos subjetivos individuais, ficando tal situação delineada com mais clareza ao se perceber que os legitimados ativos para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade estão arrolados em rol taxativo no artigo 103 da Constituição da República de 1988.

E por se tratar de uma análise em abstrato de um ato normativo impugnado pela existência de um vício de inconstitucionalidade, não há uma discussão fática tecnicamente pura, já que não há um caso concreto a ser analisado, e em virtude disto a própria ideia de contraditório e ampla defesa fica prejudicada, entretanto, não transforma tal processo em um sistema inquisitivo, pois o Supremo Tribunal Federal está vinculado ao princípio da adstrição ao pedido, o que não permite que este tribunal inicie de ofício o processo ou ainda se pronuncie sobre outro ato normativo não impugnado na arguição.

No tocante à natureza objetiva do processo de controle abstrato das normas jurídicas, a doutrina estrangeira encabeçada por Canotilho (1993, pp.1.032-1.033), se posiciona no mesmo sentido, da seguinte forma:

É tradicional a distinção entre processo constitucional objetivo e processo constitucional subjetivo, consoante o tipo de pretensões deduzidas em juízo: (1) interesses juridicamente protegidos do cidadão (sobretudo direitos fundamentais), caso em que se fala de processo subjetivo (ex.: controle concreto da inconstitucionalidade); (2) proteção da ordem jurídico-constitucional, objetivamente considerada, caso em que se alude a processo objetivo (ex.: controle principal, abstrato, da constitucionalidade de atos normativos). Refira-se, porém, que esta distinção é meramente tendencial, pois, por um lado, no processo subjetivo, cuja finalidade principal é defender direitos, não está ausente o propósito de uma defesa objetiva do direito constitucional e, por outro lado, no processo objetivo, dirigido fundamentalmente à defesa da ordem constitucional, não está ausente a ideia de proteção de direitos e interesses juridicamente protegidos.

Assim, conclui-se então, que o controle abstrato de constitucionalidade das normas no ordenamento jurídico brasileiro é, conforme supra explicitado, caracterizado como um processo objetivo que, em linhas gerais, não tem um réu no polo passivo da demanda, já que o que se busca é declarar um ato normativo inconstitucional, sendo este ato o objeto da ação, por ofender material ou formalmente o texto constitucional.

Importante ressaltar que não se trata, em todo caso, em virtude da ausência desta figura, de um processo inquisitivo, pois, o procedimento prevê que a autoridade competente pela edição do ato normativo impugnado se manifeste e caso queira, defenda o ato que produziu, bem como prevê que o Advogado Geral da União, salvo em 02 (dois) casos já vistos anteriormente, tenha por obrigação funcional fazer a defesa do ato normativo impugnado.

Posto isto, ocorre que quando a Ação Direta de Inconstitucionalidade, durante o seu processamento e antes do Supremo Tribunal Federal prolatar sua decisão acerca do ato normativo impugnado pelo vício da inconstitucionalidade, perde o seu objeto, falta à ação uma das suas condições básicas, qual seja o interesse de agir e em virtude disto, a ação resta prejudicada, devendo então ser arquivada sem o resultado final acerca do mérito da questão levantada.

Conforme foi visto, quanto à utilidade da jurisdição em prover ao requerente o bem da vida desejado, uma vez que o controle abstrato de constitucionalidade é suscitado em virtude da existência de um ato normativo que, supostamente, está a ofender o texto constitucional e, conseqüentemente, produzindo efeitos inconstitucionais no ordenamento jurídico, e que, por qualquer motivo que seja, deixa de existir durante o processo, então tal processo perdeu sua finalidade, uma vez que o objetivo pretendido pelo autor da demanda já foi alcançado.

Isto quer dizer que, se o demandante buscou o Poder Judiciário com a finalidade de pedir a este um provimento no sentido de não só declarar um determinado ato normativo como inconstitucional, mas principalmente de retirá-lo do ordenamento jurídico pelo fato de o mesmo estar produzindo efeitos contrários ao que diz a Constituição, isso então já foi arranjado quando tal ato normativo deixou de existir.

Sobre esta situação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é recorrente no mesmo sentido, considerando que a A.D.I. que perde seu objeto antes

do seu julgamento resta prejudicada, devendo ser arquivada. É o que se verifica nos seguintes julgados da ADI 1.685/GO, ADI 3.831/DF e ADI 3.885/PR:

Ementa: Ação Direta De Inconstitucionalidade. Resolução Nº 4.453 Do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Revogação desta norma pela Resolução Nº 4.726/97-Tce. Consequência: Perda Do Seu Objeto. Não persistindo o pedido em virtude de ato superveniente que revoga a norma anterior, há perda do objeto da ação. Ação direta de inconstitucionalidade prejudicada. ADI 1.685/GO.

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Resolução n. 15, de 4 de Dezembro De 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público. Revogação pela Resolução N. 17, de 2 de Abril De 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público. 1. Perda de objeto da presente ação e do interesse de agir do Autor. Precedentes. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada pela perda superveniente de objeto, e cassada, em consequência, a liminar deferida. ADI 3.831/DF.

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 15.227/2006 do Estado do Paraná objeto de fiscalização abstrata. 3. Superveniência da Lei estadual 15.744/2007 que, expressamente, revogou a norma questionada. 4. Remansosa jurisprudência deste Tribunal tem assente que sobrevindo diploma legal revogador ocorre a perda de objeto. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade prejudicada. ADI 3.885/PR.

A doutrina também se manifesta no mesmo sentido do egrégio tribunal constitucional brasileiro, defendendo que a A.D.I. que perde seu objeto antes do seu julgamento, deve ser arquivada, pois restou prejudicada.

Neste sentido, Dirley da Cunha Júnior (2012, p.372) afirma que:

Se o ato normativo já se encontrava revogado, é incabível o controle abstrato por via de ação direta. Se proposta a ação, haverá carência por impossibilidade jurídica do pedido. Se a revogação ocorrer durante a tramitação da ação, já proposta, haverá carência superveniente.

No mesmo pensamento Pedro Lenza (2011, p.274) também se posiciona da seguinte maneira:

Nessa hipótese, estando em curso a ação e sobrevindo a revogação (total ou parcial) da lei ou ato normativo, assim como a perda de sua vigência (como acontece com a medida provisória), ocorrerá, por regra, a prejudicialidade da ação por “perda do objeto”. [...] Nesse sentido, a “superveniente revogação – total (ab-rogação) ou parcial (derrogação) – do ato estatal impugnado em sede de fiscalização normativa abstrata faz instaurar, ante a decorrente perda do objeto, situação de prejudicialidade, total ou parcial, da ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da existência, ou não, de efeitos residuais concretos que possam ter sido gerados pela aplicação do diploma legislativo questionado.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da A.D.I. se manifestou acerca da superveniência da perda do objeto quando já iniciado o processo de julgamento. É o que se verifica nos seguintes termos:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade - Questão de Ordem - Impugnação à medida provisória que se converteu em lei - Lei de conversão posteriormente revogada por outro diploma legislativo - Prejudicialidade da ação direta. - a revogação superveniente do ato estatal impugnado faz instaurar situação de prejudicialidade que provoca a extinção anômala do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, eis que a ab-rogação do diploma normativo questionado opera, quanto a este, a sua exclusão do sistema de direito positivo, causando, desse modo, a perda ulterior de objeto da própria ação direta, independentemente da ocorrência, ou não, de efeitos residuais concretos. Precedentes.

Destarte, tanto a doutrina como a jurisprudência se posicionam da mesma maneira, defendendo o arquivamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade quando antes do seu julgamento, o seu objeto desaparecer, restando prejudicada a continuidade do processo constitucional.

Importante ponto a ser levantado acerca deste assunto, como já foi anteriormente explicado, é que o procedimento de julgamento da A.D.I. apresenta várias fases distintas, iniciando com o ajuizamento da ação, passando à coleta de informações de várias autoridades, sendo ainda permitido, quando for o caso, a participação de um terceiro estranho e desinteressado ao processo que irá colaborar com o tribunal constitucional a formar seu entendimento acerca da matéria impugnada, até se chegar ao momento de seu julgamento, onde se decidirá se o objeto impugnado ofende ou não o texto constitucional, e caso a ação seja julgada procedente, tal objeto será retirado do ordenamento jurídico nacional.

Diante disto, a perda do objeto levará ao arquivamento da A.D.I. desde que ocorra até o julgamento da mesma, pois caso desapareça depois, a decisão do egrégio tribunal constitucional alcançará o ato normativo, declarando-o inconstitucional e retirando-o do ordenamento jurídico, bem como declarando nulos todos os seus efeitos.

Outro aspecto acerca desta situação é que não importa quantas autoridades ou órgãos participem do processo, não importa quantas informações o tribunal possa receber de sujeitos desinteressados no processo, mas que atuam no sentido de colaborar no julgamento, não importa quanto tempo o julgamento tenha se prolongado no tempo e por consequência não importa a quantidade de efeitos jurídicos pretensamente inconstitucionais que o ato normativo impugnado possa ter

produzido, pois tudo isso será desconsiderado e o processo será arquivado porque o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade desapareceu antes do julgamento desta.

Tal situação demonstra certa fragilidade no processo de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como fragiliza o próprio sentido do controle de constitucionalidade que, como já foi analisado anteriormente, tem como função precípua defender o texto constitucional das normas do sistema infraconstitucional que venham a ofender o seu conteúdo, com a finalidade de garantir à Constituição sua posição de supremacia dentro do ordenamento jurídico, pois pode acabar por permitir que um ato normativo que venha realmente a afrontar aquela norma tenha produzido efeitos por um longo período.

Por fim, quanto às formas em que a A.D.I. pode perder seu objeto, basicamente são duas, onde a primeira ocorrerá quando, seja por meio da ab-rogação seja por meio da derrogação, o ato normativo desapareça antes do julgamento da ação. Isto quer dizer que, seja pela revogação total ou pela revogação parcial, o ato normativo impugnado deixa de existir quando revogado por outro ato normativo de igual patamar dentro do ordenamento jurídico e editado pela mesma autoridade que editou aquele que foi indicado como objeto da ação constitucional.

A segunda possibilidade de perda do objeto da A.D.I. antes do seu julgamento, ocorre quando o ato normativo perder sua vigência durante o julgamento, que seria o caso, por exemplo, de uma lei integrante do Orçamento Público, como a Lei de Diretrizes Orçamentárias ou ainda uma Medida Provisória. A esse respeito já se posicionou o Supremo Tribunal Federal da seguinte maneira nas ADIs 848/RO e 1.119/RS:

Lei de Diretrizes Orçamentárias: participação necessária do Poder Judiciário na fixação do limite de sua proposta orçamentária (CF, art. 99, § 1º): relevância da arguição e periculum in mora que aconselham a suspensão cautelar da lei que não atendeu a dita exigência de participação: precedente (ADIN 810). ADI 848/RO.

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Liminar. Medida Provisória n. 566. Perda do Objeto. A Medida Provisória n. 566, de 29 de julho de 1994, teve extinta a sua vigência pelo de curso in albis do prazo de deliberação congressional. ação direta prejudicada a vista da perda de seu objeto. ADI 1.119/RS.

Sendo assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade inserida no sistema de defesa da Constituição face à dispositivos que se localizam em posição

hierárquica inferior a este texto, pode encontrar alguns óbices quando do desempenho de sua função básica, e que em virtude de tais óbices, a supremacia constitucional pode acabar sendo relativizada, caso o seu modelo de procedimentalização não seja revisto e refeito, o que impõe não só ao legislador, mas principalmente ao intérprete e aplicador do texto constitucional uma mudança na sua visão de processo constitucional e a função deste na guarda da Constituição.

Neste diapasão, se faz imperioso apresentar argumentos, para além dos que já foram até agora trazidos acerca do procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, necessários e suficientes para justificar tal mudança de forma que se assegure com firmeza a supremacia do texto constitucional.

4.4 Necessidade de Mudança do Paradigma

A Ação Direta de Inconstitucionalidade representa um importante instrumento na defesa da supremacia do texto constitucional face às normas que fazem parte do sistema infraconstitucional, garantindo que as normas deste sistema não venham a ofender aquele texto, seja sob o aspecto formal seja sob o aspecto material.

Tal ação constitucional faz parte de um sistema maior, que conta com várias outras ações e que cada uma, a seu modo, tem o mesmo objetivo que a A.D.I., garantir a coesão das normas que fazem parte do ordenamento jurídico, bem como que tais normas tenham compatibilidade hierárquica com a Constituição sob pena de serem declaradas inconstitucionais e retiradas do direito brasileiro.

Neste diapasão, e conforme foi analisado no ponto anterior, existe no procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade uma falha que compromete não só a sua finalidade precípua, mas também coloca em risco a ideia do valor da segurança jurídica e da supremacia do texto constitucional na medida em que em determinados casos apreciados por esta ação constitucional, pode não haver qualquer resposta do tribunal, sem que se chegue ao menos a analisar o mérito da demanda, desconsiderando a possibilidade de que o objeto impugnado pela existência do vício de inconstitucionalidade possa realmente estar ofendendo a Constituição e conseqüentemente, já ter produzido efeitos inconstitucionais por um longo período.

Conforme analisado, a A.D.I. é uma ação com um amplo objeto, alcançando não só as normas primárias do texto constitucional, mas também outros atos normativos expedidos pelo poder público que tenham caráter eminentemente regulamentar e que possam ofender este texto de forma direta. Ressalte-se que o objeto impugnado indicado na ação constitucional como viciado pela inconstitucionalidade é indispensável para a propositura da mesma, sob pena de não ser conhecida pelo tribunal por ser considerada inepta.

Destarte, ocorre que o desaparecimento do objeto impugnado durante o processo de julgamento da A.D.I. antes do seu resultado final faz com que esta ação reste prejudicada, pois a partir deste momento está ausente uma das condições da ação que é o interesse de agir, e por tal motivo deve ser arquivada sem pronunciamento do tribunal acerca do seu mérito.

Como já se viu, se o interesse de agir está relacionado com a possibilidade de garantir ao autor da demanda que o resultado pretendido possa ser alcançado por meio da ação interposta, no caso em tela, com o desaparecimento do objeto tal resultado acabou, mesmo que por outros meios, sendo atingido já que se objetivava a declaração de inconstitucionalidade deste objeto e sua posterior retirada do ordenamento jurídico.

Ocorre que um importante aspecto não vem sendo discutido acerca da perda do objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que é manutenção dos efeitos do objeto impugnado, que por não terem sido analisados pelo tribunal, não foram, em conjunto com o ato normativo impugnado, declarados como inconstitucionais e por isso, serão mantidos no ordenamento jurídico, fundamentando relações jurídicas recíprocas repletas de direitos e deveres, tudo isso em desacordo com o texto constitucional.

Na realidade, o que tanto a jurisprudência quanto a doutrina entendem é que a propositura da ação constitucional, por estar direcionada ao seu objeto, advindo o reconhecimento da sua inconstitucionalidade e aplicando-se a teoria da nulidade absoluta, por consequência, os seus efeitos produzidos por todo o período de sua vigência também serão alcançados pela declaração de inconstitucionalidade e teoria da nulidade absoluta. O que se percebe então, nada mais é do que a ideia básica do direito civil acerca dos bens, quando se afirma que “o acessório segue o principal”, sendo os efeitos o acessório, que seguem o mesmo destino do principal, qual seja o ato normativo impugnado.

Por outro lado, se está esquecendo que independentemente do objeto ter desaparecido antes do julgamento da ação constitucional, dele já advieram vários efeitos jurídicos que podem ter servido de base para o estabelecimento de milhares de relação jurídicas, todas travadas ao alvedrio do que reza o texto constitucional.

Assim, é preciso entender que a A.D.I. não tem como único objeto principal o ato normativo impugnado, mas na realidade possui dois objetivos principais, que encontram-se ligados, mas que têm independência entre si para fins de controle de constitucionalidade, quais sejam o ato normativo impugnado pelo vício de inconstitucionalidade e os efeitos que este ato tenha produzido ao longo do seu período de vigência.

Apenas assim será possível garantir à Ação Direta de Inconstitucionalidade eficácia plena no desempenho de sua função, pois analisando de forma lógica e com base na própria finalidade desta ação, sua razão de existir se fundamenta em uma única situação, qual seja retirar do ordenamento jurídico todo e qualquer ato normativo que venha a ofender o texto constitucional para garantir a este, sempre, sua posição de supremacia dentro do sistema jurídico de normas, e apenas garantindo a continuidade do processo independentemente da revogação superveniente do ato normativo antes do julgamento, é que a finalidade da ação será alcançada, protegendo o texto não só do ato normativo em si, mas também dos efeitos que ele produz.

Conforme já foi visto, a mudança de paradigma procedimental da Ação Direta de Inconstitucionalidade está baseada, a princípio, na necessidade de garantir a supremacia do texto constitucional face todos os atos normativos que integram o sistema jurídico-normativo estatal.

Entretanto, a justificação da necessidade de mudança do procedimento de julgamento de um ato normativo impugnado pelo vício de inconstitucionalidade por meio da A.D.I. também está calcada no fato da impossibilidade da manutenção dos efeitos no ordenamento jurídico do ato normativo reconhecido como inconstitucional, pois a permanência dos seus efeitos afronta não só o texto constitucional em si, mas atenta também contra a própria lógica do sistema constitucional que prevê em suas determinações um sistema de defesa daquele texto, face a qualquer ofensa perpetrada pelo Estado, de forma que a provocação de tal sistema tem fundamento não apenas na existência de um ato normativo ofensivo

a Constituição, mas principalmente por causa dos efeitos que este ato vem a produzir, contrariando a base de validade última do ordenamento jurídico.

Deste modo, a lógica do sistema jurídico-constitucional impõe a mudança do paradigma procedimental vigente, como forma de garantir não só a supremacia constitucional, mas também garantir que a Constituição possa cumprir suas funções anteriormente descritas, quais sejam a de integrar, organizar e orientar apontar a direção jurídica do aparato estatal, no sentido de permitir que o Estado possa cumprir fielmente suas funções básicas.

Seguindo esta linha, a interpretação, atuando a favor da coerência e da lógica do sistema jurídico-constitucional, também poderá servir como arcabouço legitimador para a mudança de paradigma procedimental no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Neste sentido, Jose Maria Lafuente Balle (2000, pp. 109-117) traz a seguinte posição:

Es cierto que todo el Ordenamiento Jurídico responde a la pretensión de ser coherente y cumplir los requisitos para su consideración como sistema. Sin embargo, este objetivo cobra un especial significado en la Constitución, por cuanto que su interpretación sistemática exige interrelacionar y compatibilizar los tres elementos que coexisten en la formulación del texto constitucional, es decir los valores, los principios y las opciones constitucionales. Cada uno de los preceptos constitucionales debe ser interpretado atendiendo a su inclusión dentro del total texto constitucional, de forma coordinada y coherente con los demás preceptos concordantes. No cabe interpretar las normas que regulan los derechos que se enumeran en el Capítulo III del Título I (principios rectores de la política social y económica), sin atender a las que regulan su eficacia (art. 53.3); o no es posible interpretar el derecho a la libertad de prensa sin armonizarlo con el derecho a la intimidad de los particulares. [...] De acuerdo con esta regla, el intérprete deberá respetar el marco de distribución de las funciones estatales establecido por la Constitución. Sin duda, se trata de una regla válida no sólo para el intérprete del Derecho Constitucional, sino también para la interpretación de otras ramas del Derecho como, por ejemplo, el Derecho Administrativo en cuanto estudia la organización de la Administración del Estado. Sin embargo, la distribución de funciones entre los órganos constitucionales o entre el Estado y las Comunidades Autónomas tiene un contenido político añadido que prima la importancia de esta regla para el intérprete constitucional. [...] Conforme a esta regla, supuestas varias interpretaciones posibles de una norma subconstitucional, se optará por la que en mayor medida favorezca la eficacia de la norma constitucional. Y aun especialmente en el caso de las normas dogmáticas es decir de las reguladoras de los derechos y libertades (interpretación *pro libertat*, equivalente al *preferred freedoms* estadounidense). [...] Conforme a esta regla (K. Hesse la denomina de "concordancia práctica") la jurisprudencia constitucional ponderará y coherenciará los bienes

constitucionales que entrasen en conflicto com motivo de la resolución de um juicio constitucional. [...] La STC 27/1981, de 20 de julio, resolvió [...] *“Qualquer proyecto legislativo de esta índole, máxime si implica la transformación de un sistema que contiene un componente sustancial de naturaleza pública estatutaria, es capaz de movilizar dialécticamente, en sentido opuesto, dos principios constitucionales: el de la igualdad y el de la seguridad, suscitando una tensión entre los mismos que es preciso afrontar, mediante la búsqueda del equilibrio deseable que sin que padezcan ni uno ni otro de esos principios, consiga, al mismo tiempo, posibilitar la función reformadora de la Administración Pública, permitir la alternativa legítima de las diversas opciones constitucionales, que determina el pluralismo político y promover la Justicia sin incurrir en arbitrariedad. Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución – legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad – no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor em función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho.*

Ora, tal argumento se faz bastante claro considerando que o ajuizamento da A.D.I. em face de um ato normativo eivado de inconstitucionalidade só se justifica pela possibilidade que este ato tem de produzir efeitos no ordenamento jurídico em desrespeito ao texto constitucional e não por outro motivo.

Impedir que a A.D.I. analise então se tais efeitos ofenderam a Constituição sob o simples argumento de que o ato normativo donde os efeitos surgiram desapareceu antes do julgamento da demanda, é desconsiderar ou até mesmo subverter a lógica procedimental desta ação, relegando a supremacia daquele texto à contingências processuais, que passam então a serem mais relevantes do que a manutenção da norma constitucional em sua posição de supremacia dentro do ordenamento jurídico.

Deste modo, perdido o objeto impugnado pelo vício de inconstitucionalidade, qual seja o ato normativo, no iter do procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, não deve mais a ação restar prejudicada pela inexistência do interesse de agir e conseqüentemente ser arquivada. Deve a partir de agora, se adotar um novo modelo procedimental, sob novo fundamento, para que se garanta à ação constitucional realizar sua finalidade básica.

Neste sentido, a A.D.I., por ter um segundo objeto primário em seu procedimento, qual seja a análise dos efeitos do ato normativo impugnado, deve seguir a ação até o seu fim.

Aqui uma questão relevante se apresenta para que o procedimento continue guardando certa lógica interna: mesmo que o ato normativo impugnado não exista mais ao tempo do julgamento da demanda, deve ser ele apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, porque da sua análise e eventual reconhecimento de inconstitucionalidade, advirá o reconhecimento do mesmo vício para seus efeitos, pois caso a apreciação se limitasse apenas aos efeitos, poderia se gerar na realidade uma análise casuística dos efeitos, causando estranheza ao procedimento, pois desta forma, acabaria se assemelhando ao controle concreto de constitucionalidade na medida em que a declaração de inconstitucionalidade gerasse apenas efeitos *inter partes*, mesmo que para um elevado número de relações jurídicas, ao invés de serem produzidos efeitos *erga omnes*, uma vez que a ação constitucional faz parte de um modelo de controle de constitucionalidade que se baseia em análise de lei em tese, o que significa dizer que não tem por base um caso concreto, o que garante que seus efeitos sejam aplicáveis a todos os que forem regulados pelo ato normativo declarado inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou, em casos esparsos, sobre a manutenção do processo de julgamento da A.D.I. mesmo quando advier a revogação superveniente do seu objeto, contudo, tais manifestações tiveram por base o caso de haver fraude ao procedimento constitucional, levado a cabo pelo legislador ou pela administração pública no sentido de evitar que um determinado ato normativo claramente inconstitucional seja reconhecido com tal e assim, seus efeitos desapareçam do ordenamento jurídico.

Neste sentido, o Ministro Cezar Peluso foi designado como relator da A.D.I. 3.232/TO e neste julgamento foi determinado o apensamento de outras duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números 3.983 e 3.990, ambas também do Estado do Tocantins, sendo todas decididas pelo mesmo julgado, conforme se verifica a ementa da decisão interlocutória de reunião dos processos. É o que se percebe nos seguintes termos:

Ementa: Da análise da causa de pedir e do pedido desta ação direta de inconstitucionalidade, verifico a existência de conexão com a ADI n.º 3.232, de minha relatoria. Sendo, portanto, conexas ambas as ações (art. 103 do CPC), devem ser reunidas para tramitação e julgamento conjuntos (art. 105 do CPC). Assim, determino: (i) o apensamento destes autos aos da ADI n.º 3.232 e (ii), após, sejam solicitadas informações, no prazo de 10 (dez) dias. Em seguida, vista, sucessivamente, por 5 (cinco) dias, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Publique-se. Intime-se. ADI 3.983/TO e ADI 3.990/TO

Visto isto, o Ministro Cezar Peluso levantou a Questão de Ordem que foi acolhida por unanimidade pelos presentes no julgamento, tendo se pronunciado da seguinte maneira:

Ementa: Senhor Presidente, além de elogiar a fervorosa manifestação do ilustre advogado, tenho por correta sua afirmação de que, no dia 07 do corrente mês, isto é, quando já em pauta as três ações conexas, a Assembleia Legislativa do Tocantins aprovou, sendo sancionada e promulgada, a Lei nº 1.950, que revogou a lei impugnada nas presentes causas. Mas a mim me parece, - aliás, em conformidade com tese reafirmada em recente julgamento, de que foi Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - que o fato de a lei objeto da impugnação ter sido revogada, não diria, no curso dos processos, mas já quase ao cabo deles, não subtrai à Corte a jurisdição nem a competência para examinar a constitucionalidade da lei até então vigente e suas consequências jurídicas, que, uma vez julgadas procedentes as três ações, não seriam no caso, de pouca monta. De modo que, a respeito, meu voto é no sentido de que as ações não estão prejudicadas e, por isso, vou avançar no exame de mérito. ADI (QO) 3.232/TO.

Nestes julgados, o Supremo Tribunal Federal começa a sinalizar a possibilidade de ocorrência de fraude processual, pois quando o julgamento encontra-se praticamente no seu final, havendo a designação de data para o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o objeto impugnado é revogado por ato do legislativo estadual.

Em outro julgado, qual seja a ADI 3.306/DF, o S.T.F. foi enfático e claro sobre a ocorrência de fraude processual em que o poder público, para não ver seu ato normativo declarado inconstitucional e todos os seus efeitos desaparecem do mundo jurídico, fez desaparecer tal ato por meio da revogação. Neste caso, o tribunal adotou o seguinte entendimento:

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Resoluções da Câmara Legislativa do Distrito Federal que dispõem sobre o reajuste da remuneração de seus servidores. Reserva de Lei. Preliminar. Revogação de atos normativos impugnados após a propositura da Ação Direta. Fraude Processual. Continuidade do Julgamento. Superveniência de Lei Distrital que convalidaria as resoluções atacadas. Sucessivas leis distritais que tentaram revogar os atos normativos impugnados. Posterior edição da Lei Distrital nº 4.342, de 22 de junho de 2009, a qual instituiu novo Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos servidores e revogou tacitamente as Resoluções 197/03, 201/03, 202/03 e 204/03, por ter regulado inteiramente a matéria por elas tratadas, e expressamente as Resoluções nºs 202/03 e 204/03. Fatos que não caracterizaram o prejuízo da ação. Quadro fático que sugere a intenção de burlar a jurisdição constitucional da Corte. Configurada a fraude processual com a revogação dos atos normativos impugnados na ação direta, o curso procedimental e o julgamento final da ação não ficam prejudicados. Precedente: ADI nº 3.232/TO, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 3.10.2008. II . REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI. A Emenda Constitucional 19/98, com a alteração feita no art. 37, X, da Constituição, instituiu a reserva legal para a fixação da remuneração dos servidores públicos. Exige-se, portanto, lei

formal e específica. A Casa Legislativa fica apenas com a iniciativa de lei. Precedentes: ADI-MC 3.369/DF, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 02.02.05; ADI-MC 2.075, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27.06.2003. As resoluções da Câmara Distrital não constituem lei em sentido formal, de modo que vão de encontro ao disposto no texto constitucional, padecendo, pois, de patente inconstitucionalidade, por violação aos artigos 37, X; 51, IV; e 52, XIII, da Constituição Federal. III . AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. ADI 3.306/DF.

Desta feita, pode-se concluir que em casos de fraude processual, quando se tentar burlar a jurisdição constitucional da corte, o Supremo Tribunal Federal passará a adotar o entendimento de que o processo tem que seguir seu curso normal até a decisão final de mérito acerca da questão impugnada, demonstrando assim, uma relevante mudança de postura deste tribunal, servindo de parâmetro para novos julgamentos que envolvam situação similar.

Esta posição inovadora do S.T.F. é de extrema importância para o sistema jurídico que controla e garante a supremacia do texto constitucional face as demais normas jurídicas, sendo correta e necessária para a própria lógica procedimental deste sistema, de forma que a fraude processual deve ser sempre combatida e expurgada das relações jurídicas, principalmente quando se tratar de processo judicial que cuida da guarda da Constituição.

Contudo, mesmo diante de tal mudança de postura por parte do Egrégio Tribunal Constitucional, esta inovação é tímida e insuficiente para garantir não só a Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas principalmente ao próprio controle de constitucionalidade brasileiro a efetividade necessária quando se trata da defesa do texto constitucional, face às demais normas do ordenamento jurídico, com o viés de garantir a este texto sua posição de supremacia.

Apesar de correta e necessária a posição do S.T.F. acerca da possibilidade de fraude processual e a continuidade do julgamento da ação constitucional independente da perda do seu objeto, esta não pode fazer o tribunal se restringir apenas a tal situação, pois dá a entender que esta nova medida está sendo aplicada não para garantir a coesão hierárquica normativa interna do ordenamento jurídico para com a Constituição, mas na realidade se adota este inovador pensamento para resguardar a função do tribunal, ou seja, para garantir que a corte cumpra a sua prerrogativa, ficando a preocupação com a guarda da norma constitucional relegada a mero pano de fundo do novo entendimento jurisprudencial.

Não se pode jamais no exercício da jurisdição, seja ela constitucional ou infraconstitucional, esquecer que a Constituição deve ser entendida sempre como o texto normativo que serve de parâmetro para todos os atos normativos que fazem parte do ordenamento jurídico, não sendo apenas um referencial interpretativo, mas principalmente, a fonte de valor onde o poder público e a sociedade, em todos os seus atos, devem buscar o sentido de suas ações.

Não se pode esquecer que tal texto foi eleito como norma suprema pelo simples fato, e nem por isso menos importante, de que representa o resumo ou conjunto das vontades individuais reunidas em um único texto, e que depois de séculos de evolução da humanidade e do próprio Estado, chegou a um momento histórico em que a carta constitucional de um determinado país representa algo muito maior do que um texto escrito enquadrado como supremo, mas algo inestimável para a vida de todos e de cada um, sendo um verdadeiro manto de segurança e apreço, movido pela necessidade de ver e garantir o indivíduo como titular de prerrogativas inalienáveis, principalmente face àqueles que detém força suficiente para lhes subjugar.

Neste diapasão, sobre a importância de uma mudança total de paradigma procedimental acerca da necessidade da continuidade do julgamento da A.D.I. a despeito da perda do seu objeto e independente da configuração de fraude processual por parte do poder público, o Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Gilmar Mendes, se manifestou no sentido de que o arquivamento da ação seria incompatível com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, devendo o controle de constitucionalidade abstrato cumprir seu papel em todos os casos apreciados.

É o que se verifica no resumo do Informativo nº 305 do Supremo Tribunal Federal, quando da segunda questão de ordem suscitada no julgamento da referida ação constitucional, tendo a seguinte manifestação:

Iniciado o julgamento de segunda questão de ordem, suscitada pelo Min. Gilmar Mendes, relator, em que se discute a prejudicialidade das ações diretas de inconstitucionalidade nas hipóteses de revogação do ato impugnado. Trata-se, na espécie, de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra Decisão Administrativa do TRT da 15ª Região tomada em 7.12.94, que fora posteriormente revogada - a mencionada decisão determinara o pagamento, a partir de abril de 1994, do reajuste de 10,94%, correspondente à diferença entre o resultado da conversão da URV em reais, com base no dia 20 de abril de 1994, e o obtido na operação de conversão com base no dia 30 do mesmo mês e ano, aos magistrados da Justiça do Trabalho, inclusive juízes classistas, bem como aos servidores

ativos e inativos do Tribunal. O Min. Gilmar Mendes, relator, proferiu voto no sentido da revisão da jurisprudência do STF - segundo a qual a ação direta perde seu objeto quando há a revogação superveniente da norma impugnada ou, em se tratando de lei temporária, quando sua eficácia já teria se exaurido -, para o fim de admitir o prosseguimento do controle abstrato nas hipóteses em que a norma atacada tenha perdido a vigência após o ajuizamento da ação, seja pela revogação, seja em razão do seu caráter temporário, restringindo o alcance dessa revisão às ações diretas pendentes de julgamento e às que vierem a ser ajuizadas. O Min. Gilmar Mendes, considerando que a remessa de controvérsia constitucional já instaurada perante o STF para as vias ordinárias é incompatível com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, salientou não estar demonstrada nenhuma razão de base constitucional a evidenciar que somente no âmbito do controle difuso seria possível a aferição da constitucionalidade dos efeitos concretos de uma lei. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista da Ministra Ellen Gracie. ADI (QO-QO) 1.244/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, Info/STF. nº305.

Isto posto, esta manifestação, em consonância com as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal acima indicadas, precisam demonstrar uma mudança de paradigma no processo de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que vai buscar algo para além da mera garantia de efetividade do processo constitucional, mas vai buscar a verdadeira efetividade do texto constitucional e sua força normativa diante de todo ordenamento jurídico, protegendo sua supremacia e lhe afirmando como parâmetro último de validade de todas as normas jurídicas.

Outra discussão também relevante precisa ser travada, contudo deve-se partir do pressuposto que o controle abstrato de constitucionalidade, provocado pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem na realidade dois objetos, quais sejam o ato normativo impugnado e os efeitos produzidos por este ato, que são simbióticos, mas ao mesmo tempo independentes entre si.

Neste sentido, a questão refere-se justamente a possibilidade de modulação dos efeitos do ato normativo impugnado mas não mais existente ao tempo do seu reconhecimento como inconstitucional.

Pois bem, em linhas gerais a modulação dos efeitos, conforme previsão do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, cria exceção a regra geral da declaração de inconstitucionalidade, pois o efeito padrão é o da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade até a data de início da vigência do ato normativo impugnado, também chamado de *ex tunc*.

No caso da modulação, permite-se que tal regra geral possa mudar para duas outras situações quais sejam, pró-futuro ou *ex nunc*, declarando o ato inconstitucional a partir da sentença que o reconheça como tal, ou o que pode ser denominado como *ex tunc* mitigado, que significa que a decisão de

inconstitucionalidade irá produzir efeitos retroativos não até o início da vigência do objeto impugnado, mas pelo período que o tribunal constitucional determinar.

Isto quer dizer que, em termos práticos, da vigência até um determinado ponto temporal, anterior ao da prolação da decisão, o ato normativo é constitucional, após esse referido ponto passa a ser reconhecido como inconstitucional, logo inexistente no ordenamento jurídico, quando também aplicada a teoria da nulidade.

Não se pode esquecer o dispositivo legal que prevê a modulação dos efeitos estabelece que apenas em casos de relevantes razões de segurança jurídica ou de interesse público, é que fica o egrégio tribunal constitucional autorizado a relativizar a regra geral dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo.

Parte da doutrina não concorda com tal permissivo legal pois se estaria concedendo ao referido tribunal constitucional elevada discricionariedade no momento de se reconhecer a constitucionalidade de uma lei, pois as expressões segurança jurídica e interesse público são expressões abertas, de significação inexata, cabendo ao árbitro do julgador definir, casuisticamente, qual o seu sentido.

Neste sentido, Lênio Luiz Streck (2004, pp.697-698) entende que:

Cabe referir, por último, que uma coisa é conceder efeito *ex nunc* às decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade; *outra é especificar, para além do efeito ex nunc ou para além do efeito ex tunc, outra data para a eficácia da decisão de pronúncia de inconstitucionalidade*. Com efeito, tenho que a concessão desse arbítrio ao Supremo Tribunal Federal tem o condão de disponibilizar, a este, a própria constitucionalidade da lei. Ora, nem a constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para o início da eficácia de sua decisão (ressalvado o caso de efeitos, *stricto sensu*, já praticado desde há muito em Tribunais Europeus, na tradição da doutrina kelseniana). Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social* (sic). Tal previsão é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro. Se há razões de ordem pragmática que apontam para a necessidade de mitigação da previsão do efeito *ex tunc*, não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia pró-futuro, para além do mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado, com o que o efeito nem seria *ex tunc* e nem o *ex nunc*. Estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Posto isto, e quanto à questão supra suscitada, deve se entender ser plenamente possível a modulação dos efeitos da decisão que reconhece a

inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, nos mesmos moldes estabelecidos pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99, exigindo do Supremo Tribunal Federal maioria qualificada dos seus membros e a existência de relevantes razões de segurança jurídica ou de interesse público.

Não há qualquer óbice ao tribunal constitucional brasileiro em se aplicar a modulação dos efeitos quando tiver havido no iter do processo de julgamento da A.D.I. a perda superveniente do seu objeto, pois conforme já foi anteriormente esposado, a lógica procedimental do controle de constitucionalidade está direcionada para que todos os atos do processo estejam voltados para a guarda do texto constitucional, e desta forma, mesmo com a perda superveniente do ato normativo impugnado antes do julgamento da ação, seja, por revogação total, parcial ou caducidade, remanesce ainda no processo o outro objeto da demanda que são os efeitos empreendidos por tal ato.

Ora, também como já foi dito anteriormente, qual o motivo de impugnar um ato normativo pela existência de vício de inconstitucionalidade senão pelos efeitos que este produz em face do texto constitucional? Pensar de forma diferente seria ilógico, contraproducente ao sentido do processo, até mesmo inconstitucional.

Assim, estando presentes os requisitos formais e materiais para a modulação dos efeitos, pode o Supremo Tribunal Federal relativizar o efeito *ex tunc*, seja para o futuro, seja para o passado de forma mitigada.

Neste sentido, entendendo a necessidade da modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, bem como de que forma ela pode atuar para garantir maior legitimidade às decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade, Walter Claudius Rothenburg (2005, p.190) explica que:

Às vezes, a subtração de todas de todas as pessoas aos ditames da norma que teve reconhecida a inconstitucionalidade não se afigura a solução mais indicada. Suponha-se uma lei que conceda aumento linear de vencimentos aos servidores públicos, fazendo com que alguns deles ultrapassem o limite máximo (“teto”) constitucionalmente fixado: a despeito da inconstitucionalidade da lei, poder-se-ia preservar o aumento dos servidores que percebem menos do que o “teto”. Uma lei sobre a reestruturação de um órgão público, tendo estabelecido que a grande maioria de seus cargos seja de livre nomeação, nomeando-se, em consequência, vários indivíduos, alguns dos quais antigos titulares de cargos efetivos vinculados à anterior estrutura do órgão: se a lei fosse considerada inconstitucional na parte em que prevê uma forma de preenchimento (livre nomeação) incompatível com a previsão constitucional de provimento efetivo e necessidade de concurso

público, e os efeitos da decisão devessem alcançar todo mundo, todos perderiam os novos cargos – inclusive aqueles titulares dos antigos cargos efetivos e que acederam por concurso.

Entretanto, acerca da utilização da modulação dos efeitos em sede de controle abstrato de constitucionalidade, especificamente no caso da A.D.I., é preciso mais do que o estabelecimento de critérios na legislação para tentar garantir que a modulação não passe a ser a regra dos efeitos.

Para além disso, e principalmente pela existência de valores abertos quando se trata de modulação dos efeitos, se faz necessária verdadeira ponderação de valores, na medida em que outros brocardos constitucionais podem estar em jogo quando da aplicação da modulação dos efeitos, seja quando da aplicação da própria regra geral.

Seguindo este parâmetro ideológico, Clèmerson Clève, (1997, p.288-289) afirma que:

Se é verdade que a declaração de inconstitucionalidade importa na pronúncia da nulidade da norma impugnada, se é certo, ademais, que a declaração de inconstitucionalidade torna, em princípio, ilegítimos todos os atos praticados sob o manto da lei inconstitucional, não é menos certo que há outros valores e preceitos constitucionais, aliás residentes na mesma posição hierárquica que o princípio constitucional implícito da nulidade das normas inconstitucionais, que exigem cumprimento e observância no juízo concreto. É dizer, não é possível aplicar-se um princípio constitucional a qualquer custo. Muito pelo contrário, é necessário desenvolver certo juízo de ponderação a respeito das situações concretas nascidas sob a égide da lei inconstitucional, inclusive para o efeito de se verificar que, em determinados casos, razões de equidade e justiça recomendam a manutenção de certos efeitos produzidos pelo ato normativo inconstitucional.

No mesmo sentido Daniel Sarmiento (2002, pp.133-137) expõe que:

Dentro da *rule of law* não há lugar para oráculos ou decisionismos. Contudo, na tarefa de apreciar os fatos e interpretar as normas, haverá sempre um espaço, maior ou menor, para a subjetividade do intérprete – que é um homem historicamente situado, e não uma máquina fria e impessoal. [...] Ora, a questão dos efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade envolve uma típica ponderação de interesses. De um lado da balança, coloca-se o princípio implícito da nulidade da lei inconstitucional, e do outro, eventuais interesses de estatura constitucional, que poderiam ser atingidos pelos efeitos da decisão, e que estão compreendidos dentro da genérica alusão a “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” estampada no art. 27 da Lei nº 9.868. [...] Portanto, quando os efeitos temporais naturais do exercício do controle de constitucionalidade puderem sacrificar outros bens jurídicos de escalão constitucional, possibilitou-se ao STF que modulasse, mediante uma

genuína ponderação de interesses. Espera-se, apenas, que o STF saiba valer-se com parcimônia e moderação desta sua nova faculdade, pautando-se no seu exercício, por uma preocupação com os interesses da cidadania, e fugindo à lógica perniciosa e totalitária das razões de Estado.

Ainda nesta esteira de pensamento, Hans Kelsen, (2003, p. 145-146) também se posiciona sobre a necessidade de ponderar não só a modulação dos efeitos, mas também a aplicação do próprio efeito padrão da declaração de inconstitucionalidade aplicada em conjunto com a teoria da nulidade, retroagindo os seus efeitos até a data de início de vigência da norma. Neste sentido o autor afirma que:

Quanto ao seu alcance no tempo, a anulação pode se limitar ao futuro ou, ao contrário, também se estender ao passado, isto é, ocorrer com ou sem efeito retroativo. Naturalmente, essa diferença só tem sentido para os atos que tenham consequências jurídicas duradouras; ela diz respeito portanto, antes de mais nada, à anulação das normas gerais. O ideal da segurança jurídica requer que, geralmente, só se atribua efeito à anulação de uma norma geral irregular *pro futuro*, isto é, a partir da anulação. [...] No entanto, certas circunstâncias podem tornar necessária uma anulação retroativa. Não se deve pensar apenas no caso extremo, precedente considerado de uma retroatividade ilimitada, em que a anulação do ato equivale à sua nulidade, quando, de acordo com a apreciação soberana da autoridade competente para anulá-lo ou em virtude da exigência pelo direito positivo de um mínimo de condições para sua validade, o ato irregular deve ser reconhecido como sendo pura e simplesmente um pseudo ato jurídico. Deve-se considerar antes de mais nada um efeito retroativo excepcional, limitado a certos casos específicos ou a uma certa categoria de casos.

O celebrado autor austríaco chama a atenção do jurista para a necessidade de sopesar os valores, tendo como tela de fundo o valor fundamental da segurança jurídica, e assim sendo apenas em casos excepcionais se teria uma retroação absoluta, alcançando o início da vigência do ato normativo declarado como inconstitucional.

Acrescente a este tema o caso específico da coisa julgada, brocardo constitucional que pode ser entendido como a segurança jurídica em si, na medida em que o manto da imutabilidade das decisões judiciais impede que as relações jurídicas decididas pelo Poder Judiciário tenham um fim, evitando um eterno retorno a discussão. Se permitir então a retroação absoluta e com isso relativizar a coisa julgada, atenta com a segurança jurídica sobremaneira, fazendo com que a confiança que o indivíduo deposita no Estado para resolver os litígios seja abalada até mesmo abalada pois as pretensões resistidas jamais teriam fim.

Desta feita, adentrando de forma mais aguda no objeto em questão, quanto a possibilidade da relativização da coisa julgada pela retroatividade da decisão que reconhece que o ato normativo impugnado é inconstitucional, sendo aplicado em conjunto a tal reconhecimento de inconstitucionalidade a teoria da nulidade, em específico, a nulidade absoluta, fazendo não só com que o objeto da ação constitucional deixe de existir, mas também seus efeitos produzidos, existe, como já avisado por Hans Kelsen na passagem anterior, certa dissonância na doutrina, onde parte entende não ser possível uma retroação absoluta tendo em vista o princípio fundamental da coisa julgada, mas outros entendem que pela existência e reconhecimento do vício de inconstitucionalidade de um determinado ato, não é possível que efeitos inconstitucionais, mesmo que tutelados pelo manto da coisa julgada, possam subsistir no ordenamento jurídico.

No sentido de entender que há limite a retroação da declaração de inconstitucionalidade, Cláudia Oliveira Pachú, (1990, p.280) afirma que:

[...] lembre-se da questão da coisa julgada, como restrição a aplicação da retroatividade absoluta da declaração de inconstitucionalidade. Lembre-se porém, que o limite da coisa julgada não alcança as sentenças penais proferidas com base em normas penais desfavoráveis, uma vez que, ao contrário do que se dá na ação rescisória dos julgados cíveis, a revisão criminal, no direito brasileiro, pode ser intentada a qualquer momento. Por trás dessa exceção, encontra-se o princípio enunciado no art. 5º, XL da CF/88: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Já no sentido de garantir a retroação absoluta da decisão que reconhece a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, com base na lógica do controle de constitucionalidade e da supremacia constitucional, Mauro Capelletti (1984, P.120-121) leciona que:

Na realidade, é preciso não esquecer que os processos “comuns” (civis, penais, administrativos), pendentes perante os “normais” órgãos judiciais, sempre se discute sobre direitos, sobre deveres, sobre *status* ou sobre responsabilidades que derivam de determinados fatos *acontecidos no passado*. Estes fatos – contratos, atos ilícitos, etc. produzem, no entanto, determinados deveres ou direitos e determinados *status* ou responsabilidades, porque assim dispôs uma norma eficaz no momento em que os fatos mesmos se verificaram (e, por conseguinte, em um momento *anterior* à fase da tutela jurisdicional). Admitamos, então, a hipótese de que a norma jurídica fosse inconstitucional [...] esta norma jurídica, justamente porque inconstitucional, era ineficaz mesmo *antes* que a inconstitucionalidade fosse declarada em sede de *judicial review*; ela era, pois, ineficaz também em relação aos fatos verificados antes do controle judicial de constitucionalidade.

Acerca dessa dissonância doutrinária, a resposta encontra-se mais uma vez na técnica da ponderação dos valores, onde o jurista deve procurar no primeiro plano relativizar o conteúdo dos valores em disputa para que ambos possam ser aplicados de forma simultânea, mas caso isto seja impossível, tenha que optar pelo valor que quando aplicado possa produzir o maior efeito. Isto pode ser visto de forma inversa, na medida em que se escolhe o valor que ao deixar de ser aplicado produz o menor prejuízo.

Os valores em choque quando da aplicação do efeito padrão da declaração de inconstitucionalidade, qual seja o *ex tunc*, ou mesmo a modulação de efeito que produz o *ex tunc* mitigado, são, de um lado a supremacia do texto constitucional, e de outro a garantia da segurança jurídica.

Ora, um argumento bem simples e direto, mas sem muita reflexão, poderia afirmar que o principal é a Constituição, enquanto que a segurança jurídica é acessório daquela, e o acessório não prevalece sobre o principal. Saliente-se que diante de tal choque de valores este argumento é por demais insuficiente e pobre de reflexão para que venha a fundamentar a escolha do jurista que se encontra diante deste dilema.

Pois bem, com base em tudo o que foi dito anteriormente, principalmente acerca do significado da supremacia constitucional, da lógica procedimental do controle abstrato de constitucionalidade e da necessidade de mudança de paradigma da A.D.I. face a perda superveniente de seu objeto antes do seu julgamento, pugnando pela continuidade do mesmo tendo em vista a existência de outro objeto na ação constitucional, subsistindo assim o interesse de agir, a única resposta coerente a ser dada é de que, diante de tal dilema, o jurista não tem outra escolha senão optar, sempre, pela supremacia do texto constitucional.

Esta escolha, por mais tormentosa ou difícil que possa parecer, na realidade é bastante simples e clara, diante de um argumento: se por um lado deve se manter a segurança jurídica, e a isso seus defensores colacionam uma infinidade de exemplos envolvendo pagamento de servidores aposentados, criação de cargos e eventual extinção, bem como inúmeras outras situações que fazem parte do cotidiano social, por outro lado existe alguém, seja um indivíduo, seja uma coletividade, seja o próprio poder público que, não se pode esquecer, guarda o patrimônio e interesse públicos, pode ter sofrido um severo abalo em sua condição social, e tal abalo foi permitido por um ato normativo que é inconstitucional, ou seja,

o permissivo legal que autorizou que alguém fosse prejudicado em virtude da aplicação conteúdo deste permissivo ofende a Constituição.

Quando se defende o valor da segurança jurídica, se defende basicamente o fim de uma discussão para que possa haver, ao final do processo, paz social. Conforme já foi visto anteriormente, dentro dos escopos do processos, este visa, dentre vários objetivos, pacificar a sociedade.

Contudo, como é possível se pensar em pacificação social quando se permite que relações jurídicas inconstitucionais, que podem ter causado verdadeira derrocada na vida de um indivíduo, sejam mantidas porque o valor da segurança jurídica deve prevalecer, como se este valor fosse absoluto?

O indivíduo, a sociedade e o Estado não podem esquecer que a segurança jurídica é um valor relativo, na medida em que no próprio ordenamento jurídico existe previsão de sua flexibilização diante do instituto jurídico da Ação Rescisória.

Então, se é possível que o legislador infraconstitucional relativize um valor constitucional por meio de um ato normativo, tendo o Poder Legislativo função típica legislar, porque o tribunal constitucional que tem por função precípua zelar pela guarda do texto constitucional, não pode suplantar um valor constitucional tendo em vista todo o sistema constitucional?

Outro argumento na defesa da supremacia constitucional, sempre se pautando pela ponderação dos valores, vem da lógica sistêmica procedimental que existe no controle abstrato de constitucionalidade, quando prevê uma ação constitucional que pode ter como objeto atos normativos editados antes do texto constitucional vigente.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem o mais amplo objeto de todas as ações constitucionais que fazem parte do controle abstrato, e isso tem razão de ser pela necessidade de se proteger o texto constitucional, guardando sua supremacia face todos os atos normativos que integram o sistema jurídico-normativo ao qual a Constituição é o vértice.

Desse modo, é razoável se pensar que, em virtude da presença de uma ação constitucional como a A.D.P.F., principalmente no que diz respeito ao motivo de seu objeto ser diverso das demais ações, a escolha pela supremacia da Constituição face ao brocardo da segurança jurídica deve ser sempre a primeira de todo aquele que trabalha com o texto constitucional.

Pensar nesta questão em termos práticos pode suscitar algumas dúvidas, mas sua solução pode ser simples. Neste sentido, no caso de relações jurídicas em que os seus efeitos já se extinguíram de forma absoluta, caberia ao interessado se socorrer do órgão competente, quanto à instância, do Poder Judiciário, para anular a relação extinta e seus efeitos, retornando o *status quo ante* dos envolvidos na referida relação. Saliente-se que como aquele que se beneficiou da relação jurídica em detrimento da outra parte o fez, a princípio, de boa-fé porque estava calcado na constitucionalidade do ato normativo à época da relação jurídica, não deve este ser penalizado a devolver o bem da vida discutido de forma integral e imediata. É possível se pensar que para este indivíduo seja admitida a devolução parcial do bem da vida ou algo em que nele possa se exprimir, de forma que não venha a ameaçar sua própria condição social.

No caso de relações que, mesmo passadas, produzem efeitos reiterativos, o mesmo pensamento pode ser aplicado, com o diferencial de que tais efeitos serão cessados de forma imediata a partir da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo e a aplicação da teoria da nulidade, retirando-o do ordenamento jurídico, alcançando todas as situações pretéritas produzidas sob sua égide.

No sentido de complementar este pensamento, tal posição também não fere o ato jurídico perfeito, pois a existência deste pressupõe a validade do ato normativo que o fundamenta, e se tal ato normativo é inconstitucional, não há que se falar em coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito.

O valor da supremacia constitucional não tem rival dentro do ordenamento jurídico, e por isso não pode perecer nem em virtude de questões pontuais ou de grande relevância, pois o significado que nela está contida ultrapassa até mesmo o interesse público e privado, vai para além da própria história daquela sociedade que a celebra, refletindo, demonstrando, entendendo e afirmando toda a construção histórico-social do povo, de forma que o tempo presente existe em virtude dos sacrifícios do tempo passado.

4.5 A Supremacia Constitucional como Justificativa da Mudança do Paradigma Procedimental da A.D.I.

O estudo do controle de constitucionalidade, seja pelo modelo abstrato, seja pelo modelo concreto, demonstra que o ordenamento jurídico brasileiro, similarmente aos ordenamentos jurídicos de outros países, prevê em seu seio um mecanismo de defesa que atua em favor da Constituição, face às normas que compõem o sistema jurídico-normativo.

O sistema jurídico-normativo presume que dentre as normas que o integram, existe compatibilidade hierárquica normativa, ou seja, que entre as normas jurídicas existe compatibilidade a partir do critério da hierarquia, de maneira que as normas mais elevadas orientam a elaboração e manutenção das normas mais baixas, no escalonamento jurídico existente.

Ocorre que dentre estas, como é comum em qualquer sistema escalonado, uma norma se destaca das demais por ser considerada como a de grau mais elevado ou por ser mais importante entre todas, e que inevitavelmente, seja de forma direta ou seja de forma indireta, orienta e determina às demais, que o conteúdo reproduzido dentro do ordenamento jurídico deve ter por base os seus comandos ou valores, sob pena de, ao desrespeitar tal norma máxima, ser retirado do sistema jurídico-normativo.

Posto isto, no caso do Brasil, a norma mais elevada e mais importante dentre todas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro é a Constituição, que impõe às demais normas a denominada compatibilidade vertical, exigindo que os atos normativos em geral respeitem e sigam o seu conteúdo normativo, em virtude de que seu conteúdo, dentre todos, é o mais relevante.

No sentido de garantir que a Constituição preserve seu lugar de destaque no ordenamento jurídico, um mecanismo de defesa foi instituído com o objetivo específico de garantir tal posição, e este mecanismo é o controle de constitucionalidade, que foi até agora esmiuçado nos pontos anteriores.

Este controle, como já visto, tem dois pressupostos básicos que são a supremacia constitucional e a rigidez constitucional.

No que diz respeito à rigidez constitucional, tem-se que visa garantir que o procedimento de mudança do texto constitucional seja o mais árduo possível, pois está se tratando da alteração do texto mais importante dentre todos e por isso se faz

necessário criar barreiras procedimentais que dificultem sua mudança, tendo o legislador constituinte que demonstrar seu verdadeiro e legítimo interesse em modificá-lo, sob o fundamento de que está adequando o texto às novas realidades sociais.

Quanto à supremacia constitucional, como também já foi visto anteriormente, é fruto da ideia de que o seu conteúdo é mais valioso e por isso, o mais importante dentre todos. Em virtude disto todo o restante existirá em função deste conteúdo, com o objetivo de fazê-lo prevalecer e ter efetividade em todas as relações sociais a serem estabelecidas entre o Estado com seus órgãos de poder, entre o Estado e o cidadão, e entre os cidadãos.

No tocante ao valor contido no texto constitucional e sua importância para o modelo jurídico-político do Estado constitucional, Antonio Manuel Penã Freire (1997, pp. 87-88) afirma que:

[...] determinados valores que apuntan a la primacía personal e social. Los derechos fundamentales, recogidos em la constitución, no son sólo normas jurídicas fruto de uma decisión política voluntarista o decisionista, sino que, desde su justificación externa, incorporan uma forte carga axiológica que pretenderá su proyección em el ordenamento jurídico. Este carácter expansivo de los valores insertos em los derechos y su ubicación em um plano superior de juridicidade, como es el constitucional, permitirá localizar em éste um deber ser constitucional, um deber ser em el derecho – que no deber ser del derecho – a partir del cual es posible la formulación de juicios de valor jurídico.

Desta feita, o valor contido nos direitos estabelecidos no texto constitucional acaba por conformar o próprio Direito e o ordenamento jurídico que o compõe, na medida em que o dever daquele passa a ser reforçado pelo dever ser que se impõe da norma contida na Constituição.

Ainda no que diz respeito à supremacia do texto constitucional e as funções que decorrem desta posição elevada dentro do ordenamento jurídico, Canotilho (2000, p.1.438) se posiciona da seguinte maneira:

Uma das principais funções de uma lei constitucional continua a ser a da revelação normativa do consenso fundamental de uma comunidade política relativamente a princípios, valores e ideias diretrizes que servem de padrões de conduta política e jurídica nessa comunidade.

Canotilho (2000, p.1.439) afirma ainda, acerca de legitimidade da Constituição o seguinte:

A constituição confere legitimidade a uma ordem política e dá legitimação aos respectivos titulares do poder político. Precisamente por isso se diz que a constituição se assume como estatuto jurídico do político (Castanheira Neves) num duplo sentido – o da legitimidade e da legitimação. O esforço de constituir uma ordem política segundo princípios justos consagrados na constituição confere a esta ordem uma indispensável bondade material (legitimidade) e ao vincular juridicamente os titulares do poder justifica o poder de “mando”, de “governo”, de “autoridade” destes titulares (legitimação).

Isto significa dizer que o texto constitucional é fruto do consenso entre aqueles que fazem parte de um determinado grupo social, localizado historicamente em um dado ponto geográfico do mundo, e que por meio de tal consenso é possível se construir uma sociedade e um Estado, ou seja, instituir o poder de uns sobre os outros, sob a égide de valores e práticas comuns a todos, de forma que o poder não é mais do que a manifestação da vontade de todos, levada a cabo por alguns.

Continua o mesmo autor (1993, pp.57-62) aduzindo que a Constituição pode cumprir várias funções, a partir de momentos históricos diferentes mas que vão se somando ao longo do tempo, pois nada mais são do que pontos evolutivos do texto constitucional, e que podem ser identificados da seguinte forma: como “fonte do direito”; como “modo de ser da comunidade”; como “organização jurídica do povo”; como “*lex fundamentalis*” e como “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito”.

Tendo em vista esta pluralidade de funções com base em momentos históricos distintos, faz-se importante o registro do que significa cada uma delas, pois consideradas em seu conjunto, acabam por reafirmar o caráter de supremacia da Constituição.

Neste sentido percebe-se que a Constituição pode atuar como:

Fonte de direito: Este sentido vamos encontrá-lo na história constitucional romana. Aí, a expressão *constitutiones principum (edicta, decreta, rescripta, mandata, adnotationes, pragmaticae sanctiones)* era utilizada para indicar os atos normativos do imperador que passaram a ter valor de lei. As constituições imperiais não tinham, pois, o sentido de constituição de um Estado; eram, sim, fonte escrita de direito com valor de lei.

Modo de ser da comunidade: Aristóteles oferece-nos um conceito de constituição (*politeia*) que significa o próprio modo de ser da polis, ou seja, a totalidade da estrutura social da comunidade. [...] No conceito aristotélico de constituição, juntam-se dois aspectos modernos: (1) a constituição como ordenamento fundamental de uma associação política; (2) a constituição como o conjunto de regras organizatórias destinadas a disciplinar as relações entre os vários órgãos de soberania.

Organização jurídica do povo: [...] é um conceito tendencialmente jurídico; por outro lado, avulta nele a importância do povo (*populus*) como organismo ligado por estruturas jurídicas em vista de um fim comum.

Lex fundamentalis: [...] (2) são leis fundamentais as leis de natureza superior (hierarquia superior), por regularem matérias referentes a constituição do reino.

Ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito: [...] A primeira tentativa de constituição escrita verificou-se ainda na Inglaterra com o *Agreement of the People* (1647-1649) [...] O Instrumento f Government (1653) de Cromwell é considerado como a primeira verdadeira constituição escrita, aproximando-se das fórmulas constitucionais autoritárias da época contemporânea.

Percebe-se que o texto constitucional foi adquirindo relevância jurídica, na medida em que o Estado foi ganhando seu formato, tendo sempre por base a vontade da coletividade de instituir um poder geral aplicável a todos, mas que se orientasse por meio de uma lei escrita maior, aglomerando no seu texto os valores e práticas comuns da população.

Dirley da Cunha Junior (2012, pp.110-111) continua, no mesmo sentido de afirmar a supremacia do texto constitucional, prelecionado que:

A noção de supremacia é inerente a noção de Constituição, desde que essa superioridade normativa implique a ideia de uma norma fundamental, de uma Fundamental Law, cujo incontestável valor jurídico atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva estabelecida no Estado. A Constituição é a base da ordem jurídica e o fundamento de sua validade. Como norma jurídica fundamental, ela goza do prestígio da supremacia em face de todas as normas do ordenamento jurídico. [...] A sua supremacia conduz à sua superioridade hierárquico-normativa, relativamente às outras normas do ordenamento jurídico.

Seguindo o mesmo entendimento, se posiciona ainda José Afonso da Silva (2012, p.45) sobre a supremacia do texto constitucional que:

[...] Significa dizer que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Acompanhando a tese da supremacia constitucional, com base no núcleo material do texto, Marcelo Novelino (2012, p.84) afirma que representa:

[...] conjunto sistematizado de normas originárias e estruturantes do Estado que tem por objeto nuclear os direitos fundamentais, a estruturação do Estado e a organização dos poderes.

E na mesma esteira de pensamento, considerando o núcleo material do texto e sua conseqüente posição de supremacia dentro do ordenamento jurídico, bem como os elementos jurídicos que decorrem de tal posição, Ivo Dantas (2008, p. 36) se posiciona da seguinte maneira:

Neste sentido, portanto, pode-se dizer que A Constituição é a Positivação do Direito, que, por sua vez, nutrirá a Ideologia Constitucional daquele momento, visto que cada sociedade, em cada momento histórico, tem os seus valores que são transformados em normas de direito positivo que, caracterizados por uma Supremacia, inserem-se na Constituição, enquanto esta própria, para lhes dar eficácia, marca-as com os elementos da Supralegalidade e da Imutabilidade Relativa. Em consequência destes dois últimos elementos, é que se explicam os institutos do Controle de Constitucionalidade das Leis e Atos (inclusive jurisdicionais) e o Poder de Reforma (manifestado pela Revisão e/ou Emenda Constitucional).

Visto isto, uma importante questão que influi diretamente na discussão acerca da supremacia do texto constitucional e o seu poder de inferir sua vontade a todos os atos normativos de maneira que devem guardar com aquele compatibilidade vertical, é o que a doutrina clássica leciona quando afirma que a Constituição, pelo seu conteúdo, o que acaba justificando tudo o que já foi dito, tem para com o ordenamento jurídico, força normativa capaz de impor sua vontade sobre este, estabelecendo e fundamentando, sob outra perspectiva, a relação de compatibilidade hierárquica entre as normas.

Neste diapasão, Konrad Hesse (1991, p.15) se posiciona da seguinte forma:

[...] Mas – esse aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

Continua o mesmo autor (1991, p.24) afirmando que:

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação a realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade político e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção entre os principais responsáveis pela

vida constitucional. Portanto, a intensidade normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, com uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição.

Acerca dessa vontade, o autor (1991, pp.19-20) afirma o seguinte:

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constitucional é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade.

Por fim, o constitucionalista Konrad Hesse (1991, p.25) argumenta que o texto constitucional deve provar sua força não em tempos de normalidade jurídica, mas em tempos difíceis, de atribulação social com consequências diretas no ordenamento jurídico, seja enfrentando o arbítrio daqueles que tem o poder de alterar seu conteúdo, seja diante de anseios sociais confusos que exigem respostas imediatistas, mas que não produzem qualquer resultado positivo.

Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na constituição, se as forças em condição de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, SE, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio.

Walber de Moura Agra (2012, pp.17-18) também se posiciona sobre a questão da força normativa do texto constitucional quando afirma que:

Força normativa é a prerrogativa que ostentam as normas constitucionais de serem obedecidas e cumpridas pelos entes estatais e pela sociedade de forma geral. [...] Ela se configura como requisito inexorável para que a Constituição deixe de ser um texto semântico, destituído de qualquer eficácia, e passe a ser uma norma respeitada, dotada de coercitividade, e limitando as opções do lower lawmaking track.

Tal conceituação traz a importância da força normativa para o texto constitucional como elemento inerente e indispensável para que este texto possa produzir seus efeitos no seio social, sendo reverenciado de forma especial, tendo em vista a importância dos valores que carrega.

Quanto à força concretizadora da Constituição e a necessidade de seus conteúdos se reproduzirem no meio social, não apenas se limitando a orientar a

criação das demais normas do ordenamento jurídico, Walber de Moura Agra (2012, p.18) afirma que:

Concretização é a possibilidade que as normas constitucionais possuem de produzir efeitos na seara fática, realizando efeitos concretos na subsunção da norma ao fato. Ocorre que quando seus dispositivos conseguem ultrapassar a barreira do ser e do dever ser e se entrelaçam para produzir os efeitos tencionados quando da sua elaboração. Significa densificação de sua normatividade, elidindo as possibilidades de essas normas serem classificadas semânticas.

Neste sentido, e diante de tudo que já foi exposto, entende-se que o texto constitucional, principalmente sob a influência do conceito moderno de Constituição tem como pressuposto primário criar o Estado e prever sua estruturação básica, prever direitos fundamentais ao indivíduo, impor ao ordenamento jurídico e aos atos normativos que o integram a denominada compatibilidade vertical com seu conteúdo, sob pena de exclusão do sistema jurídico-normativo do ato que contrariar seus termos.

Não se pode esquecer que, não menos relevante que tais finalidades, é de fundamental importância para a existência, preservação e manutenção do próprio texto constitucional, conformar a sociedade a partir dos valores que nele estão previstos, pois se a norma constitucional é considerada como o texto supremo, dentre tantos argumentos já aqui expostos, especialmente, porque traduz um consenso social acerca daquilo que é mais importante para sociedade, é indispensável para a garantia de sua efetividade que haja, realmente, correspondência entre o texto e a realidade.

É pelo valor que a norma constitucional carrega que se confere a ela sua importância, e tendo em vista seus valores, que nada mais são do que os anseios da população que decide em conjunto, seja diretamente, seja indiretamente por meio de representantes, precisa tal norma ser sempre protegida contra qualquer ato que tenha o condão de subverter o seu conteúdo, pois na realidade, o que está tentando se subverter é a vontade popular consentida e consensual.

Desta forma, a instituição de um mecanismo de defesa da Constituição, qual seja o controle de constitucionalidade, atuando de forma preventiva ou repressiva, pelo viés político ou judicial, analisando de maneira abstrata ou concreta, não pode permitir que em virtude de filigranas processuais, se perca o objetivo do

sistema de guardar esta norma face às ofensas de outros atos normativos, declarando-os inconstitucionais e retirando-os do ordenamento jurídico.

O valor que o texto constitucional carrega, por si só, já autoriza qualquer tipo de modificação procedimental no intuito de garantir maior eficácia ao controle de constitucionalidade, pois conseqüentemente se estará garantindo maior efetividade ao texto, tendo em vista sua natural força normativa.

Importante frisar que, a prática atual do Supremo Tribunal Federal é de atuar como verdadeiro legislador constituinte positivo, na medida em que por meio de técnicas interpretativas, especialmente a mutação constitucional, técnica essa em que se “altera o texto sem se alterar o texto”, onde o tribunal não acrescenta qualquer valor ao texto escrito, mas produz uma mutação no seu sentido, dando-lhe uma roupagem, em alguns casos, totalmente diferente do que está literalmente escrito.

Neste diapasão, já não é sem demora a mudança de paradigma procedimental da Ação Direta de Inconstitucionalidade, quando da sua perda de objeto e conseqüente arquivamento da demanda por ter restado prejudicada, uma vez que ausente uma das condições da ação, qual seja o interesse de agir. A A.D.I. persegue os efeitos do ato impugnado e estes subsistem quando o desaparecimento deste ocorreu não em virtude de uma declaração de inconstitucionalidade, mas por causa de uma artimanha política ou porque o ato normativo previa em seu seio sua própria morte.

Sem o julgamento de mérito acerca da inconstitucionalidade do objeto impugnado e conseqüentemente, sem a sua declaração de inconstitucionalidade, os efeitos produzidos permanecerão no ordenamento jurídico cotidianamente, e mesmo que tenham sido produzidos no passado podem ainda continuar ferindo o texto constitucional dia a dia, na medida em podem ter sido travadas relações continuativas sem previsão de extinção natural, e tudo isto continuará a se reproduzir em desrespeito ao valor supremo que a Constituição carrega.

Destarte, por meio da utilização da mutação constitucional, pode e deve o Supremo Tribunal Federal garantir maior efetividade ao texto constitucional.

No caso em tela, o arquivamento da A.D.I. ocorre, como visto, devido a determinações processuais legais infraconstitucionais, o que permite que o S.T.F., usando da hermenêutica constitucional e aplicando a tais regras uma interpretação

conforme a Constituição, sendo plenamente possível se compatibilizar o sentido da regra processual com a supremacia da norma constitucional.

Portanto, com o objetivo de garantir a escolha do povo quando indicou os valores a serem previstos na Constituição; de garantir a efetividade social do texto constitucional por representar um reflexo verdadeiro do seio social; de garantir a supremacia da norma constitucional dentro do ordenamento jurídico; de garantir a compatibilidade vertical no sistema jurídico-normativo, tendo como norma-referência a carta magna; de garantir a eficácia do mecanismo de defesa da Constituição, garantindo-lhe o fiel e bom cumprimento de suas funções; de garantir lógica procedimental ao controle de constitucionalidade previsto na A.D.I., sopesando o valor intrínseco do texto constitucional com as regras processuais; de garantir que a força normativa da regra constitucional não seja diminuída pela esperteza do detentor do poder, quando revoga o ato normativo antes do seu julgamento ou quando já cria tal ato visando que produza efeitos em curto espaço de tempo, mesmo que inconstitucionais; passa a ser uma imposição a qualquer um e a todos a necessidade de se reformular o procedimento de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, permitindo que esta ação persiga tanto o objeto impugnado como seus efeitos, independentemente da revogação superveniente daquele, sob pena de transformar a Constituição e seus valores contidos em uma “mera folha de papel”, vazia, sem significado e significação, carente de importância e efetivação.

5 CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade apresenta-se como um instrumento fundamental para a defesa do texto constitucional, pois oferece vários mecanismos capazes de expurgar do ordenamento jurídico um ato normativo que venha a ofender o conteúdo ou a forma desse texto supremo.

O controle de constitucionalidade brasileiro apresenta traços de todas as matrizes que deram origem a esse sistema, permitindo que os três poderes constituídos atuem no sentido de garantir a supremacia da Constituição. Frise-se que ao lado destes, outros legitimados também podem buscar salvaguardar o texto constitucional, seja de forma incidental por meio do controle concreto, seja de forma direta por meio do controle abstrato.

No que diz respeito ao controle concreto de constitucionalidade, sua questão mais relevante para o debate atual encontra-se no fato de que apresenta como regra as suas decisões, o efeito *inter partes*, ou seja, por estar baseado em caso concreto com partes definidas, e a análise da inconstitucionalidade do ato normativo impugnado é incidental, não sendo o objetivo principal do processo, a decisão acerca dessa análise só interessa às partes envolvidas no litígio, mesmo que inúmeras outras relações jurídicas envolvendo outros indivíduos se encontrem na mesma situação.

Entendendo que o efeito *inter partes* é regra, podendo ser excetuado pela regra constitucional do artigo 52, X da Constituição da República de 1988, por meio de Resolução a ser editada pelo Senado Federal que tem discricionariedade para a sua edição, conforme leciona o texto constitucional, ocorre que tal controle de constitucionalidade provoca o Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário, que apresenta, dentre seus pressupostos de procedibilidade, a necessidade do recorrente demonstrar à Corte Constitucional a chamada repercussão geral da matéria levada ao conhecimento do tribunal.

A repercussão geral da matéria nada mais é do que a demonstração de que a questão suscitada interessa não só as partes envolvidas no processo, mas interessa também a uma infinidade de outras relações jurídicas, travadas no seio social sob o mesmo fundamento normativo impugnado.

Em virtude da previsão deste pressuposto, a doutrina afirma que está a ocorrer a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, pois a repercussão geral da matéria seria um elemento típico do controle abstrato, na medida em que exige a questão suscitada interesse a um elevado contingente de relações jurídicas, cada uma com seus próprios interessados.

Ora, é ilógico e contraproducente ao sentido do controle concreto de constitucionalidade exigir tal pressuposto uma vez que os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal alcançam apenas as partes do litígio.

Com base nisso, é possível se refletir e afirmar que em virtude de situações como esta o Supremo Tribunal Federal subverteu o conteúdo do artigo 52, X da Constituição da República, quando em um julgamento ainda não finalizado, decidiu aplicar a uma decisão o efeito *erga omnes*, sob o argumento de que a letra do texto constitucional estaria superada no que diz respeito à atribuição exclusiva ao Senado Federal de conferir efeito *erga omnes* para as decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade prolatadas pela Corte Constitucional Brasileira.

Este posicionamento do S.T.F. abre perigoso precedente no sentido de que o Tribunal se arvora no direito de “alterar o texto constitucional sem alterar o texto constitucional”, ou seja, por meio da chamada mutação constitucional, a Corte Constitucional brasileira altera o sentido do texto sem precisar alterar seu conteúdo escrito, até porque não tem qualquer competência para isso, conferindo-lhe um viés interpretativo totalmente diverso do que o legislador constituinte originário quis atribuir à Constituição.

No tocante ao controle abstrato de constitucionalidade, tem-se como principal dificuldade, dilema, desafio, dúvida, questão ou problema, o fato do processo de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ocorrendo a mesma situação nas demais ações constitucionais que fazem parte desse sistema de defesa constitucional, ser paralisado e finalizado com o arquivamento da ação em virtude de, no iter do procedimento, ter ocorrido a perda superveniente do objeto, fazendo desaparecer em consequência uma das condições da ação, qual seja o interesse de agir, impedindo assim que a questão suscitada jamais seja analisada pelo Tribunal Constitucional Brasileiro.

Sobre essa questão, todo aquele que entende que a Constituição é o texto normativo mais importante dentre todos os que integram o ordenamento jurídico brasileiro, se põe a refletir sobre algumas questões que bem pesadas e

medidas, fazem com que este paradigma processual seja abandonado de pronto pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de garantir ao texto constitucional sua máxima efetividade e preservar sua supremacia diante dos demais diplomas legais.

Neste diapasão, a primeira questão a ser suscitada é o motivo do ajuizamento da A.D.I., que não pode ser outro senão declarar o ato normativo impugnado e retirá-lo do ordenamento jurídico. Entretanto, na realidade, o ajuizamento da ação e busca pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do objeto impugnado nada mais é do que perseguir os efeitos inconstitucionais que este ato legal está produzindo dentro do sistema jurídico-normativo, em revelia ao que determina o texto constitucional.

Ora, a lógica do processo constitucional que visa expurgar atos normativos inconstitucionais do ordenamento jurídico está calcada na proteção da supremacia da Constituição face os efeitos que tais atos inconstitucionais visam produzir quando são editados. É com base nos efeitos inconstitucionais que se busca a declaração de inconstitucionalidade de um determinado ato normativo.

Assim, quando ocorre a perda superveniente do objeto da A.D.I. antes do seu julgamento e em virtude disto se arquiva a ação porque restou prejudicada, o aplicador do direito está se esquecendo que os efeitos deste objeto impugnado continuam a existir, podem ter tido novos desdobramentos, e nos casos mais graves, continuam a se reproduzir mesmo depois do desaparecimento do ato normativo. Contudo, uma vez que a ação também já não existe mais, torna-se impossível que a corte constitucional analise tais efeitos, o que faz com que a lógica do controle de constitucionalidade como um todo, seja abandonada em virtude de preciosismos processuais.

Não se está aqui defendendo que em qualquer processo, de qualquer natureza, ausente o interesse de agir em virtude da perda do objeto, deva o processo seguir até o seu julgamento, mas se está a defender que no caso do controle de constitucionalidade, em específico do controle abstrato, por se tratar de questão constitucional, ou seja, de questão de interesse público, interesse inafastável seja pela vontade das partes, seja pela vontade do próprio Estado, não pode ser vítima de filigranas processuais que podem ser muito bem aplicadas, até porque necessárias, pois podem garantir a manutenção da paz social a depender do caso, nas demais relações processuais que não envolvam matéria constitucional.

Outra questão a ser refletida é, partindo do pressuposto em que se adota um novo modelo procedimental, em que mesmo com perda superveniente do objeto, o processo de julgamento da A.D.I. segue seu rumo regular, sobre ser possível fundamentar o novo paradigma não só na lógica do controle de constitucionalidade, mas também com base em uma nova visão do próprio processo constitucional de defesa da Constituição, onde as ações constitucionais do controle abstrato passam a ter um duplo objeto, que é simbiótico mas independente entre si, de forma que a perda superveniente do objeto impugnado não prejudica a continuidade do processo de julgamento, na medida em que remanesce o outro objeto, qual seja, os efeitos produzidos pelo ato impugnado pelo vício da inconstitucionalidade.

Atente-se que tal argumento acaba por se associar ao fundamento anterior, quando se afirma que na realidade, o que se persegue com o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade é a retirada do ato normativo impugnado para que não produza mais efeitos ofensivos a Constituição no ordenamento jurídico.

A defesa do texto constitucional consiste em um sistema que se inter-relaciona com os demais textos normativos, exigindo sua obediência hierárquica para com seu conteúdo, sendo um sistema aberto na medida em que vários são os legitimados à propositura de uma questão que analise a constitucionalidade de um ato normativo, inclusive o indivíduo considerado de forma isolada, quando faz uso do controle concreto de constitucionalidade.

Outra questão também de extrema relevância é quanto à produção dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado.

Entende-se que a regra do reconhecimento da inconstitucionalidade é o efeito retroativo absoluto ou *ex tunc*, alcançando o ato normativo impugnado desde o início de sua vigência, bem como aos seus efeitos. Ocorre que alguns defendem que a coisa julgada consiste em um limite à retroação absoluta, não podendo ser desfeita mesmo em face de uma declaração de inconstitucionalidade. Tenta-se justificar tal situação tanto com o argumento de que a segurança jurídica é um brocardo constitucional fundamental para a manutenção do ordenamento jurídico como sistema coeso, lógico e confiável, como sob o argumento de que o próprio controle abstrato de constitucionalidade prevê casos em que, mesmo com o

reconhecimento da inconstitucionalidade do ato normativo, o efeito da decisão se dará para o futuro, não alcançando as situações pretéritas.

Pois bem, afirmar isto não reduz ou impede a necessidade de que o paradigma procedimental das ações constitucionais, em específico da Ação Direta de Inconstitucionalidade não precise mudar tendo em vista a perda superveniente do objeto antes do seu julgamento, com o consequente arquivamento da ação por ter restado prejudicada.

Na mesma medida em que se permite a modulação dos efeitos quando o julgamento seguiu seu curso normal, sem qualquer óbice criado em virtude da perda superveniente de seu objeto, também é possível e permitido que sob o manto do novo paradigma, presentes os mesmos pressupostos, se permita que a modulação dos efeitos possa ser aplicada pelo Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, o argumento da defesa da segurança jurídica é, apesar de válido, insuficiente diante do valor que a Constituição carrega como um todo. O texto constitucional não pode ser relativizado em virtude de um valor específico, mesmo que previsto no seu texto, pois esse texto, como já foi dito, é um sistema, e não pode ser analisado e muito menos flexibilizado a partir da visão de um instituto singular.

Também não se pode esquecer que o ato nulo não se convalida, e ato nulo é, em regra, aquele que ofende a legislação infraconstitucional.

Ora, se o ato nulo que ofende a legislação infraconstitucional não se convalida, porque se admitir a convalidação de uma ofensa ao texto mais importante dentre todos que fazem parte do ordenamento jurídico?

Esta posição está ultrapassada, e muito além de ser considerada como inconstitucional é na realidade ofensiva à própria manutenção do Estado pelo valor de agregação que esse carrega, no sentido de que existe para permitir a vida em sociedade e vida em plenitude, pois não se admite que o ente estatal reduza o indivíduo a um meio à seu serviço, é o indivíduo o fim último de cada ação estatal, e relativizar o valor fundamental que agrega tudo isso, é pôr em risco a própria vida social pois a confiança da sociedade depositada no poder público passará a reduzir de forma gradativa até desaparecer por completo, provocando em todos e em cada um o seguinte questionamento: para que serve o Estado?

Portanto, a mudança de paradigma procedimental da Ação Direta de Inconstitucionalidade quanto à necessidade do seu processo de julgamento mesmo diante da ocorrência da perda superveniente de seu objeto, pode ser por alguns

considerada algo pequeno para a sobrevivência do Estado, como uma simples gota de água caída no oceano, entretanto, essa pequena gota d'água jogada em um copo já cheio faz com que esse transborde, gerando consequências que não se pode prever.

Ao bem da verdade, a defesa do texto constitucional não é algo simples ou que muitas vezes dê ao aplicador do direito a possibilidade de fazer fáceis escolhas, na realidade e na maioria dos casos, por envolver tantos interesses particulares e até mesmo o interesse público, é algo complicado, difícil, dispendioso, demorado, indispensável, reflexivo, mas sempre indispensável, e indispensável para a manutenção do Estado, para manutenção do indivíduo, para manutenção da vida, para a manutenção da paz, para manutenção do que é justo, para a manutenção da esperança por dias sempre melhores.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de Araújo. **Jurisdição Constitucional e Federação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense: 2012.

_____. **Fraudes à constituição: Um atentado ao poder reformador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**. Tübingen: Livraria Almedina, 1994.

BALLE, José Maria Lafuente. **La judicialización de la interpretación constitucional**. Madrid: Editorial Colex, 2000.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2.ed. Campinas: Russel Editores, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro, 1968.

BRITO, Edvaldo. **Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BUZAID, Alfredo. **Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1956.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1992.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1996.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide**. Revista Brasileira de Filosofia XXXIII, São Paulo, out – nov – dez, 1983.

CUNHA JR, Dirlei da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

DANTAS, Ivo. **Constituição e Processo**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

_____. **O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar: 1996.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999)**. In: Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, n. 5, 2001.

_____. **O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro.** In: Revista do Advogado, São Paulo, n. 76, 2004.

FERREIRA, Pinto. **O poder de reforma constitucional no direito brasileiro e comparado.** Recife: Instituto dos Advogados de Pernambuco, 1995.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La Garantía en el Estado Constitucional de derecho.** Madrid: Editorial Trotta, 1997.

HAMILTON, Alexander., MADISON, James., JAY, John. **O Federalista.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1991.

_____. **Constitución y Derecho Constitucional. In: Manual de Derecho Constitucional.** 2.ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2001.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Berlin: Konrad – Adenauer – Stiftung E.V., 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade.** Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993.** In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro.** *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, jan – mar., 1993.

_____. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos.** São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Estado de direito e jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil.** São Paulo: C Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Manual de direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. 2.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil.** In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça.* São Paulo: Saraiva, 1993.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis.** São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PACHÚ, Cláudia Oliveira. **Aspectos dos Efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 15. n.59. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

POLETTI, Ronaldo Rebelo de Brito. **Controle da constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: (a perda de competência como sendo a inconstitucionalidade por omissão).** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

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

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Jurisdição constitucional e separação de poderes: limites e legitimidade do controle das leis.** Revista da Pós-Graduação em Direito da Unicap. Ano I. n. 1. Recife: FASA Editora, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade.** In: O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

_____. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

SIMON, Helmut. **La Jurisdicción Constitucional. In: Manual de Derecho Constitucional.** 2.ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

PUCCINELLI JR. André. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional da constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/1999.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.