

## CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

GILMAR FERREIRA MENDES\*

1. Constitucionalismo e Controle de Constitucionalidade 2. Constitucionalidade e inconstitucionalidade 3. Defesa e proteção da constituição 4. Notas sobre os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade 5. Os diferentes tipos de inconstitucionalidade 5.1. Inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material 5.1.1. Inconstitucionalidade formal 5.1.2. Inconstitucionalidade material 5.2. Inconstitucionalidade originária e superveniente 5.3. Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão 5.4. Inconstitucionalidade de normas constitucionais 6. Evolução do controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro 6.1. Constituição Imperial 6.2. Constituição de 1891 6.3. A Constituição de 1934 6.4. Constituição de 1937 6.5. A Constituição de 1946 6.6. Constituição de 1967/69 6.7. Constituição de 1988 7. Controle de constitucionalidade incidental ou concreto. 8. Ação Direta de Inconstitucionalidade 9. Ação Declaratória de Constitucionalidade 10. Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental 11. Reclamação Constitucional. 12. Decisões no controle de constitucionalidade 13. Referências bibliográficas

### 1. Constitucionalismo e Controle de Constitucionalidade

As Constituições escritas são apanágio do Estado Moderno. A concepção de um documento escrito destinado a institucionalizar um sistema preconcebido é uma inovação que se consolida na segunda metade do século XVIII, com a Revolução Francesa e a Independência americana (FERREIRA FILHO, 1978, p. 11-15; CANOTILHO, 1986, p. 57, 2003, p. 1129 e ss.).

A complexidade do seu desenvolvimento histórico e as múltiplas perspectivas de análise atribuem ao conceito de Constituição uma plurissignificativdade inigualável. *"A resposta sobre o significado da Constituição -- diz Hesse -- depende, assim, da tarefa que se pretende resolver com o conceito eventualmente desenvolvido"* (HESSE, 1995, p. 3).

Não obstante a riqueza semântica que o envolve e as múltiplas transformações ocorridas, o conceito de Constituição parece preservar um núcleo permanente: *"a idéia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento"* (KELSEN, 1981, p. 152, 2003, p.130). Vê-se, assim, que a Constituição, no sentido estrito do termo, é formada pelas regras que disciplinam a criação das normas essenciais do Estado, organizam os entes estatais e consagram o procedimento legislativo (KELSEN, 1981, p. 152, 2003, p. 130-131).

Ao lado dessa idéia de Constituição material, cogita-se, igualmente, de uma Constituição formal, entendida aqui como conjunto de regras promulgadas com a observância de um procedimento especial e que está submetido a uma forma especial de revisão (KELSEN, 1981, p. 153, 2003, p.131; MIRANDA, 1981, p. 26-27; SILVA, 2003, p. 40; FRANCO, 1986, p. 106-117; BONAVIDES, 1986, p. 58-59, 2005, p. 80-81)<sup>1</sup>.

Na tentativa de consagrar um conceito que contemple, a um só tempo, o conteúdo material e a realidade normativa da Constituição, define-a Hesse (1995, p. 10, 1998, p. 29) como ordem jurídica fundamental da coletividade (*Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*). Considera que, enquanto ordem jurídica fundamental, a Constituição contém as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura (HESSE, 1995, p. 10, 1998, p. 29-30). Todavia, não se há de confundir a Constituição com uma regulamentação precisa e completa. A Constituição, ensina Hesse (1995, p. 11, 1998, p. 39), não codifica, mas regula apenas -- frequentemente as linhas essenciais -- aquilo que se afigura relevante e carecedor de uma definição.

Não existe, pois, uma pretensão de completude (*Anspruch der Lückenlosigkeit*) do sistema constitucional. E é, exatamente, esta característica que empresta à Constituição a flexibilidade necessária (*Beweglichkeit*) ao contínuo desenvolvimento e permite que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo (*in die Zeit hinein offen*) (HESSE, 1995, p. 11-12 e 15, 1998, p. 39).

Têm-se, assim, a um só tempo, rigidez e flexibilidade. E, segundo Hesse (1995, p. 15, 1998, p. 39), o ponto decisivo situa-se, precisamente, na polaridade desses elementos. Não se trata de eleger alternativas, mas de coordenar esses momentos. Conciliam-se, assim, estabilidade e desenvolvimento, evitando-se, de um lado, a dissolução da ordem constitucional, e, de outro, o congelamento da ordem jurídica (HESSE, 1995, p. 15, 1998, p. 39).

A Constituição escrita não se limita a estabelecer os baldrames da organização estatal e os fundamentos da ordem jurídica da comunidade, mas desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade. Não se trata, à evidência, de um sistema isento de lacunas. E, de certo modo, é essa ausência de regulamentação minudente que assegura a abertura constitucional (*Offenheit*) necessária ao amplo desenvolvimento do processo político (HESSE, 1995, p. 14, 11-12 e 62-64, 1998, p. 39)<sup>2</sup>.

Consagra Hesse, assim, uma concepção material de Constituição que se esforça por conciliar legitimidade material e abertura constitucional (CANOTILHO, 1986, p. 84-85)<sup>3</sup>. Limitar-nos-emos aqui a enunciar essa idéia de Constituição como ordem jurídica fundamental, uma vez que ela contém uma perspectiva de legitimidade material e de abertura constitucional, possibilitando compatibilizar o controle de constitucionalidade -- que pressupõe uma Constituição rígida -- com a dinâmica do processo político-social (CANOTILHO, 1986, p. 84-85)<sup>4</sup>.

## 2. Constitucionalidade e inconstitucionalidade

Como anota Jorge Miranda (1981, p. 273-274), constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, "*a relação que se estabelece entre uma coisa -- a Constituição -- e outra coisa -- um comportamento -- que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido*". Não se cuida, porém, de uma relação lógica ou intelectual, adverte o mestre português, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo (MIRANDA, 1981, p. 274).

Em verdade, é essa relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade, pois somente assim logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente. "*Não estão em causa -- diz Jorge Miranda -- simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um quid a outro quid, ou a desconformidade entre este e aquele ato, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica*" (MIRANDA, 1981, p. 274).

Foi Rui Barbosa, talvez, quem primeiro percebeu, entre nós, que a sanção à violação do Texto Magno integra o próprio conceito de inconstitucionalidade. Dizia o emérito jurista, com fulcro no magistério de Dicey, que a expressão *inconstitucional* poderia ter, pelo menos, três acepções diferentes, conforme a natureza da Constituição adotada. Vale registrar, a propósito, a sua lição:

*"Definindo a qualificação de inconstitucionalidade perante os vários sistemas de constituições, escreve Dicey, o insigne constitucionalista inglês:*

*A expressão inconstitucional, aplicada a uma lei, tem, pelo menos, três acepções diferentes, variando segundo a natureza da Constituição, a que aludir:*

*I - Empregada em relação a um ato do parlamento inglês, significa simplesmente que esse ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse ato seja infração da legalidade e, como tal, nulo.*

*II - Aplicada a uma lei das câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunais franceses se repute obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses, a expressão de ordinário se deve tomar como simples termo de censura.*

*III - Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo inconstitucional quer dizer que esse ato excede os poderes do congresso e é, por conseqüência, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por inconstitucional, isto é, ultra vires, isto é, nulo" (DICEY, 1885, p. 165-166, apud BARBOSA, 1962, p. 46).*

Não se afirma, hoje, o dogma da nulidade com a mesma convicção de outrora. A disciplina emprestada aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo constituinte austríaco (1920-1929) e os desenvolvimentos posteriores do tema no Direito Constitucional de diversos países parecem recomendar a relativização dessa concepção unitária de inconstitucionalidade (CANOTILHO, 1986, p. 729)<sup>5</sup>.

Todavia, é inegável que a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica.

Nessa linha de entendimento, assenta Kelsen (1981, p. 199-200, 2003, p. 139-140) que uma Constituição que não dispõe de uma garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória. E não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou o ato inconstitucional, porquanto tal providência não o retira do ordenamento jurídico. Faz-se mister a existência de órgão incumbido de zelar pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição. Convém registrar o seu magistério:

*"Embora não se tenha plena consciência disso -- porque uma teoria jurídica dominada pela política não lhe dá ensejo -- é certo que uma Constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e, sobretudo, de leis com ela incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante. Qualquer lei, simples regulamento ou todo negócio jurídico geral praticado por entes privados têm*

*uma força jurídica superior à Constituição, a que estão subordinados e que lhes outorga validade. É que a ordem jurídica zela para que todo ato que contraria uma norma superior diversa da Constituição possa ser anulado. Assim, essa carência de força obrigatória contrasta radicalmente com a aparência de rigidez outorgada à Constituição através da fixação de requisitos especiais de revisão. Por que tanta precaução se as normas da Constituição, ainda que quase imutável, são, em verdade, desprovidas de força obrigatória? Certo é, também, que uma Constituição, que não institui uma Corte Constitucional ou órgão análogo para anulação de atos inconstitucionais, não se afigura de todo desprovida de sentido jurídico. A sua violação pode dar ensejo a sanções onde exista pelo menos o instituto da responsabilidade ministerial contra os órgãos que participaram da formação do ato, desde que admita sua culpa. Mas, além do fato de que, como ressaltado, essa garantia não se mostra muito eficaz, uma vez que deixa íntegra a lei inconstitucional, não se há de admitir que a Constituição estabeleça uma única via possível para a edição de leis. O texto constitucional explícita, consoante o seu sentido literal e subjetivo, que as leis devem ser elaboradas de um certo modo e que hão de ter, ou não, determinado conteúdo. Mas no seu sentido objetivo, admite a Constituição que a lei é válida, mesmo em caso de inobservância de regras de índole procedimental ou material" (KELSEN, 1981, p. 199-200) <sup>6</sup>.*

Como se vê, não se limita Kelsen a reconhecer a sanção como elemento integrativo do conceito de inconstitucionalidade. Considera indispensável, igualmente, a existência de sanção qualificada, isto é, do procedimento de anulação do ato inconstitucional por órgão competente. Daí afirmar-se que, para Kelsen, a jurisdição constitucional é uma decorrência lógica da Constituição em sentido estrito (GRIMM, 1982, p. 152).

Dessarte, os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão-somente, a idéia de conformidade ou inconformidade com a Constituição. Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bittar (1978, p. 39, 1996, p. 477), dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção -- de nulidade ou de anulabilidade -- por desconformidade com o ordenamento constitucional.

Finalmente, cumpre advertir que os conceitos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não abrangem, tradicionalmente, toda conformidade ou desconformidade com a Constituição, referindo-se, propriamente, a atos ou omissões dos Poderes Públicos.

A violação da ordem constitucional por entes privados, embora relevantes do prisma do Direito Constitucional, não se equipararia, segundo esse entendimento, à ofensa perpetrada pelos órgãos públicos, destinatários primeiros de seus comandos normativos (MIRANDA, 1981, p. 274)<sup>7</sup>.

### **3. Defesa e proteção da Constituição**

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.

As formas de controle de constitucionalidade são as mais diversas, de modo que serão apresentadas as classificações mais comuns.

Quanto ao órgão – *quem controla* – pode-se ter: a) controle político; b) controle jurisdicional; controle misto.

Cogita-se de controle de constitucionalidade político, também chamado modelo de controle francês, quando a atividade de controle de constitucionalidade é exercida por órgão político e não por órgão jurisdicional.

Assim, o controle de constitucionalidade realizado nas casas legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais comissões, enquadra-se nessa categoria. Também o veto oposto pelo Executivo a Projeto de Lei, com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa, configura típico exemplo de controle de constitucionalidade político (CF, art. 66, § 1º).

O controle jurisdicional é aquele exercido por órgão integrante do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional. O controle jurisdicional poder ser: a) difuso (também chamado americano); concentrado (também chamado austríaco); misto.

O controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.

Esse modelo de controle de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury versus Madison* de 1803. A ruptura que a *judicial review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma – reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa – vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.

O controle concentrado de constitucionalidade defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. O controle de constitucionalidade concentrado tem uma ampla variedade de organização, podendo a própria Corte Constitucional ser composta por membros vitalícios ou por membros detentores de mandato, em geral, com prazo bastante alargado.

O controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional -- a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez o exemplo mais eminente desse modelo misto seja o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao *modo ou à forma* de controle, ele pode ser: incidental; ou principal.

No controle incidental a inconstitucionalidade é argüida no contexto de um processo ou ação judicial, em que a questão da inconstitucionalidade configura um incidente, uma questão prejudicial que deve ser decidida pelo Judiciário. Cogita-se também de inconstitucionalidade pela via da exceção, uma vez que o objeto da ação não é o exame de constitucionalidade da lei.

Em geral, associa-se o controle incidental ao modelo difuso, tendo em vista a forma processual própria desse modelo derivado do sistema americano. Canotilho anota

(2003, p. 870), porém, que o modelo português de controle de constitucionalidade admite o controle incidental exercido pela Corte Constitucional.

O controle principal permite que a questão constitucional seja suscitada autonomamente em um processo ou ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei. Em geral, admite-se a utilização de ações diretas de inconstitucionalidade ou mecanismos de impugnação *in abstracto* da lei ou ato normativo.

Quanto ao *momento do controle*, ele pode ser preventivo; e b) repressivo ou sucessivo.

O controle preventivo efetiva-se antes do aperfeiçoamento do ato normativo. Modelo clássico de controle preventivo é o exercido pelo Conselho Constitucional francês. Tem-se, por provocação de diversos órgãos, o controle de constitucionalidade de projetos de lei<sup>8</sup>. Hodiernamente, defende-se também o controle preventivo de Tratados internacionais, tendo em vista as conseqüências que podem decorrer da declaração de inconstitucionalidade<sup>9</sup>.

Exemplos de controle preventivo de constitucionalidade, no nosso sistema constitucional, são as atividades de controle dos Projetos e Proposições exercidas pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso e o veto pelo Presidente da República com fundamento na inconstitucionalidade do Projeto (CF/88, art. 66, § 1º).

No sistema brasileiro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que se admite o controle judicial preventivo, nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar com objetivo de impedir a tramitação de projeto de emenda constitucional lesiva às cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º)<sup>10</sup>.

Em regra, porém, o modelo judicial é de feição repressiva. Somente se admite, em princípio, a instauração do processo de controle após a promulgação da lei ou mesmo de sua entrada em vigor. Na ação direta de inconstitucionalidade exige-se, em princípio, que tenha havido pelo menos promulgação da lei<sup>11</sup>.

#### 4. Notas sobre os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle.

Essas concepções aparentemente excludentes acabaram por ensejar o surgimento dos modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas básicos (v.g. o sistema brasileiro e o sistema português).

É certo, por outro lado, que o desenvolvimento desses dois modelos básicos aponta em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos.

O modelo concentrado (austríaco ou europeu) adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco. Especialmente a Emenda Constitucional de 7 de dezembro de 1929 introduziu mudanças substanciais no modelo de controle de constitucionalidade formulado na Constituição austríaca de 1920.

Passou-se a admitir que o Supremo Tribunal de Justiça (Oberster Gerichtshof) e o Tribunal de Justiça Administrativa (Verwaltungsgerichtshof) elevem a controvérsia constitucional concreta perante a Corte Constitucional. Rompe-se com o monopólio de controle da Corte Constitucional, passando aqueles órgãos judiciais a ter um juízo provisório e negativo sobre a matéria (SEGADO, 2003, p. 66). Essa tendência seria reforçada

posteriormente com adoção de modelo semelhante na Alemanha, Itália e Espanha.

Em verdade, tal sistema tornou o juiz ou tribunal um ativo participante do controle de constitucionalidade, pelo menos na condição de órgão incumbido da provocação (SEGADO, 2003, p. 68). Tal aspecto acaba por mitigar a separação entre os dois sistemas básicos de controle.

O sistema americano, por seu turno, perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção de um procedimento especial para avaliar a relevância da questão, o *writ of certiorari*, como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva.

Em diferentes conformações, os sistemas de controle de constitucionalidade ganharam o mundo, estando presentes hoje em número elevado de países. Até países que pareciam recusar terminantemente a adoção da jurisdição constitucional parecem dar sinais, por vias diversas, de plena aceitação do instituto.

Na França, o Conselho Constitucional, criado pela Constituição de 1958, vem adotando gradualmente postura que, em muitos aspectos, aproxima-o de um órgão de jurisdição constitucional (ROUSSEAU, 2004, p. 89).

Também a Bélgica instituiu em 1980 um Tribunal arbitral (*Schiedgerichtshof*) que se incumbe da solução de controvérsias federativas. Na Bélgica, na Holanda e em Luxemburgo, embora não se reconheça a Constituição como parâmetro de controle das leis, admite-se o controle de legitimidade das leis em face da Convenção Européia de Direitos Humanos (TOMUSCHAT, 2001, p. 245-248).

Também o Reino Unido vem dando mostras de uma revisão de conceitos. O Parlamento já não mais se mostra um soberano absoluto. O “*European Communities Act*”, de 1972, atribuiu hierarquia superior ao direito comunitário em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento. Essa orientação tornou-se realidade no caso *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport* (N.2) [1991] (TOMUSCHAT, 2001, p. 249). Com a aprovação do *Human Rights Act*, em 1998, confiou-se aos Tribunais britânicos a aferição da legitimidade das leis em face das disposições da Convenção de Direitos Humanos. Embora não se declare a nulidade ou a invalidade da lei, pode-se constatar a incompatibilidade e assegurar à parte uma indenização (TOMUSCHAT, 2001, p. 249). Daí identificarem-se também no Reino Unido os contornos de uma jurisdição constitucional de caráter geral ou não especializada (TOMUSCHAT, 2001, p. 249).

É certo, por outro lado, que a própria Comunidade Européia, antes mesmo de se cogitar da promulgação de uma Constituição européia, vinha desenvolvendo um sistema de controle de atos comunitários em face dos atos básicos da Comunidade e dos direitos fundamentais, ali compreendidos como princípios gerais de direito. É ampla a possibilidade de provocação do Tribunal de Justiça. Estão legitimados para propor ação o Conselho, a Comissão, os Estados-membros (art. 230, 2) e também as pessoas naturais ou jurídicas, desde que afetadas direta e individualmente por ação ou regulamento da Comunidade (art. 230, 4)<sup>12</sup>. O Tratado de Maastricht estabeleceu no art. 234<sup>13</sup> a necessidade de que, em caso de dúvida sobre a legitimidade de ato comunitário, o juiz local suscite a controvérsia perante o Tribunal de Justiça Européia. Trata-se de providência que guarda estrita semelhança com o processo de controle concreto do sistema concentrado (HÄBERLE, 2001, p. 311-331).

Também a Corte Européia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, desempenha um papel muito similar ao das Cortes Constitucionais nacionais, especialmente no que concerne à questão da defesa dos direitos humanos na Europa. Embora se aponte

como déficit no procedimento da Corte Européia a ausência de decisão de carácter cassatório, afigura-se inequívoco que “o efeito do juízo de constatação” (*Feststellungswirkung*) e a outorga de uma indenização adequada (Convenção, art. 41) acabam por produzir um resultado satisfatório no caso concreto <sup>14</sup>.

## 5. Os diferentes tipos de inconstitucionalidade

A doutrina constitucional esforça-se por estabelecer uma adequada classificação dos diferentes tipos ou manifestações de inconstitucionalidade. E a dogmática tradicional se enriquece, a cada dia, com novas distinções, elaboradas pelos doutrinadores, ou identificadas na cotidiana atividade dos tribunais.

Como já visto, procede-se à distinção entre a inconstitucionalidade formal ou orgânica e a inconstitucionalidade material, tendo em vista considerações relativas ao conteúdo da norma ou às regras de carácter procedimental (BITTENCOURT, 1968, p. 71; CAMPOS, 1956, p. 388 e s.; PINTO, 1946, p. 120-140; MIRANDA, 1981, p. 297-302).

Cogita-se, igualmente, da chamada inconstitucionalidade por ação e da inconstitucionalidade por omissão. A inconstitucionalidade por ação pressupõe uma conduta positiva do legislador, que se não compatibiliza com os princípios constitucionalmente consagrados. Ao revés, a inconstitucionalidade por omissão decorre, fundamentalmente, de uma lacuna inconstitucional (*verfassungswidrige Lücke*), ou do descumprimento da obrigação constitucional de legislar (*Nichterfüllung von Gesetzgebungsaufträgen*) (MIRANDA, 1981, p. 294; SCHLAICH, 1985, p. 170-171; IPSEN, 1980, p. 109 e s. e 135-136; PESTALOZZA, 1976, p. 526-529, 1982, p.111).

Alguns doutrinadores contemplam, ainda, a distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente, considerando os diversos momentos de edição das normas constitucionais e as eventuais mudanças ocorridas na situação fática imperante quando da edição da lei (MIRANDA, 1981, p. 296-297, 248 e s.; IPSEN, 1980, p. 133-135; BITAR, 1978, p. 173; RUFFIA, 1984, p. 268).

A doutrina registra, ainda, a existência da chamada inconstitucionalidade de normas constitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*). Aqui, identificam-se duas correntes: *a*) uma que admite a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias; *b*) outra que sugere, apenas, a possibilidade de contradição entre as normas constitucionais iniciais e outras, oriundas de processo de revisão ou de emenda (BACHOF, 1977, p. 11).

Não se deve omitir a complexa questão atinente ao processo de inconstitucionalização da norma constitucional (*der Prozess des Verfassungswidrigwerdens von Gezetzen*) e suas conseqüências sob a ótica da dogmática jurídica (IPSEN, 1980, p. 132 e s.; PESTALOZZA, 1976, p. 523, 540 e s.).

### 5.1 Inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material

Costuma-se proceder à distinção entre inconstitucionalidade formal e material, tendo em vista a origem do defeito que macula o ato questionado.

#### 5.1.1. Inconstitucionalidade formal

Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, independentemente de seu conteúdo, referindo-se, fundamentalmente, aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.



Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final (CANOTILHO, 1986, p. 738)<sup>15</sup>.

No direito constitucional brasileiro, lavrou-se intensa controvérsia sobre a eficácia convalidatória da sanção aposta pelo chefe do Executivo a projetos eivados pela usurpação de iniciativa reservada. Respeitável corrente doutrinária, integrada por Themístocles Cavalcanti, Seabra Fagundes, Pontes de Miranda e José Afonso da Silva, emprestou adesão à tese da convalidação. Outros, como Francisco Campos, Caio Tácito e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, perfilharam orientação diversa (FERREIRA FILHO, 1978, p. 18).

Segundo José Afonso da Silva (Apud FERREIRA FILHO, 1978, p. 189), "a regra de reserva tem como fundamento pôr na dependência do titular da iniciativa a regulamentação dos interesses vinculados a certas matérias. Não se trata de adotar aqui a tendência que distingue as cláusulas constitucionais em diretórias e mandatoriais. Pois, a regra da reserva é imperativa no que tange a subordinar a formação da lei à vontade exclusiva do titular da iniciativa. Ora, essa vontade pode atuar em dois momentos: no da iniciativa e no da sanção. Faltando a sua incidência, o ato é nulo; mas se ela incidir com sanção, satisfeita estará a razão da norma de reserva".

Esse entendimento logrou ser referendado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrando-se, inicialmente, que a falta de iniciativa do Executivo fica sanada com a sanção do projeto de lei<sup>16</sup>. Já na vigência da Constituição de 1967/1969, estabeleceu-se orientação contrária, afirmando-se que a sanção não mais supre a falta de iniciativa, *ex vi* do art. 57, parágrafo único<sup>17</sup>.

Já sob o império da Constituição de 1988 discutiu-se a legitimidade de lei estadual que não teria observado o disposto no art. 169. A Corte chegou à conclusão que aqui não se cuidava de questão da validade, mas, tão-somente, de questão de eficácia do diploma legislativo.

Afirma-se, tradicionalmente, a impossibilidade de se apreciar, no juízo de constitucionalidade, as questões *interna corporis* das Casas Legislativas. A matéria aparece revestida, não raras vezes, de um conteúdo místico, de uma pretensa indenidade dos atos internos do Congresso à investigação judicial. A consolidação do sistema de controle, com amplo poder para julgar as questões constitucionais, coloca em dúvida a exatidão desse entendimento. Se as leis ou as emendas constitucionais são passíveis de apreciação no juízo de constitucionalidade, não se afigura plausível assegurar indenidade aos regimentos internos das Casas Legislativas (PIERANDREI, 1962, p. 904).

No Direito brasileiro, reconhece-se, igualmente, a não-censurabilidade dos atos exclusivamente *interna corporis*. Assim, o Supremo Tribunal Federal tem assentado, v.g., que "matéria relativa à interpretação de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*"<sup>18</sup>. Posteriormente a Corte passou a entender que se a questão discutida disser respeito ao processo legislativo previsto na Constituição Federal, principalmente no que for atinente ao trâmite de emenda constitucional (art. 60), é possível a discussão judicial, uma vez que ela passa a ter estatura de controvérsia constitucional. Outrossim, norma regimental ofensiva à Constituição também autoriza o exame judicial<sup>19</sup>.

Como acentuado, não se infirma a aferição da regularidade formal da lei, nos termos estabelecidos pelo Texto Magno. O controle de constitucionalidade não se mostra adequado, porém, a obstar a tramitação do projeto de lei ou de proposta de emenda constitucional, considerando-se que a violação só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada<sup>20</sup>. Nesse sentido, observou o Ministro

Moreira Alves que, nesses casos, "a inconstitucionalidade (...) não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra" <sup>21</sup>.

### 5.1.2 Inconstitucionalidade material

Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição (CANOTILHO, 1986, p. 738; CAMPOS, 1956, p. 392 e s.; BITTENCOURT, 1968, p. 56-60; BITAR, 1978, p. 40-43; MIRANDA, 1981, p. 297-300).

A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo (CANOTILHO, 1986, p. 739; MIRANDA, 1981, p. 300 e s.; CALAMANDREI, 1968, p. 362-363) <sup>22</sup>.

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo (CANOTILHO, 1986, p. 617-618; SCHNEIDER, 1976, p. 392).

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*) (CANOTILHO, 1986, p. 617).

Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicar os motivos internos da vontade do legislador (*motivi interiori della volizione legislativa*) <sup>23</sup>. Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo. Isto envolveria o próprio mérito do ato legislativo (PIERANDREI, 1962, p. 906) <sup>24</sup>.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) assentou, em uma de suas primeiras decisões (23-10-1951), que a sua competência cingia-se à apreciação de legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência. Todavia, "a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial" <sup>25</sup>.

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas (ERICHSEN; MARTENS, 1992, p. 186). Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas (*Verbot der Ermessensmissbrauchs; Verbot der Ermessensüberschreitung*). Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. A omissão legislativa parece equiparável, nesse passo, ao excesso de poder legislativo <sup>26</sup>.

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismäßigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins (SCHNEIDER, 1976, p. 390; CANOTILHO, 1986, p. 487). No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso

(*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito (SCHNEIDER, 1976, p. 391; HESSE, 1998, p. 28, 142 e s.).

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa.

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, naqueles casos em que o Estado não pode deixar de proteger de forma adequada esses direitos (STRECK, 2005, p. 180; SARLET, 2005, p. 107).

Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a da proibição de proteção insuficiente de determinada garantia fundamental.

## 5.2. Inconstitucionalidade originária e superveniente

Procede-se à distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente, tendo em vista os diversos momentos da edição das normas constitucionais.

Se a norma legal é posterior à Constituição, tem-se um caso típico de inconstitucionalidade. Se se cuida, porém, de contradição entre a norma constitucional superveniente e o direito ordinário pré-constitucional, indaga-se se seria caso de inconstitucionalidade ou de mera revogação.

Considera-se, igualmente, que lei editada em compatibilidade com a ordem constitucional pode vir a tornar-se com ela incompatível em virtude de mudanças ocorridas nas relações fáticas ou na interpretação constitucional (MIRANDA, 1981, p. 274-276; RUFFIA, 1984, p. 268; IPSEN, 1980, p. 133-137; PESTALOZZA, 1976, p. 548-549; CANOTILHO, 1986, p. 837, 2003, p. 1306 e ss.).

Essas questões têm enorme relevância prática, pois repercutem diretamente sobre a competência dos órgãos judiciais incumbidos de dirimi-las. Se eventual conflito entre o direito pré-constitucional e o direito constitucional superveniente resolve-se no plano do direito intertemporal, há de se reconhecer a competência de todos os órgãos jurisdicionais para apreciá-lo. Ao revés, se se cuida de questão de inconstitucionalidade, a atribuição deverá ser exercida pelos órgãos jurisdicionais especiais competentes para dirimir controvérsias dessa índole, segundo a forma adequada.

A distinção entre inconstitucionalidade originária e superveniente depende, fundamentalmente, do próprio sistema adotado, podendo entender-se que a superveniência de norma constitucional importa na derrogação do direito anterior com ela incompatível. E, nesse caso, a questão deixa de ser matéria de controle de constitucionalidade e passa a ser considerada com todas as suas implicações, no âmbito de direito intertemporal (MIRANDA, 1981, p. 274-276; BASTOS, 2002, p. 119 e ss.)<sup>27</sup>.

Alguns doutrinadores consideram que a situação de incompatibilidade entre uma norma legal e um preceito constitucional superveniente traduz uma valoração negativa da ordem jurídica, devendo, por isso, ser caracterizada como inconstitucionalidade, e não simples revogação (MIRANDA, 1981, p.275)<sup>28</sup>.

Da controvérsia sobre a caracterização do conflito entre o direito anterior e a Constituição ocupou-se o Tribunal Constitucional italiano, de início, tendo firmado o entendimento "*no sentido de que todo contraste entre uma lei anterior e a Constituição produz, antes de uma ab-rogação, uma ilegitimidade constitucional*" (RUFFIA, 1984, p. 268; ZAGREBELSZKI, 1979, p. 42; PIERANDREI, 1962, p. 908). Também a Constituição portuguesa, de 1976, consagra o controle de constitucionalidade do direito anterior (art. 282º, n. 4) (CANOTILHO, 2003, p. 837, 1986, p. 1306 e ss.).

Outros ordenamentos constitucionais, como o alemão, de 1919 e de 1949, e o brasileiro, de 1891, de 1934 e de 1937 (arts. 83, 187 e 183), consagraram, expressamente, as chamadas normas de recepção (*Rezeptionsnorm*), que contêm, fundamentalmente, duas disposições: a) o direito vigente antes da promulgação da Constituição deve continuar a vigorar *en bloc*; b) o direito incompatível com a Constituição terá a sua vigência interrompida com a entrada em vigor de novo texto constitucional (IPSEN, 1980, p. 162). Nesse sentido, estabeleceu-se, no art. 178, § 2º, da Constituição de Weimar, que "as demais leis e regulamentos continuam em vigor, desde que não estejam em contradição com a Constituição".

Tais cláusulas de recepção ensejaram o entendimento de que a colisão de normas não haveria de ser considerada em face do princípio da supremacia da Constituição, e sim tendo em vista a força derogatória da *lex posterior*. O próprio Tribunal Constitucional alemão considera que o dever de suscitar a questão de inconstitucionalidade, no controle concreto de normas, adstringe-se às leis posteriores à Constituição (IPSEN, 1980, p. 162)<sup>29</sup>. Em verdade, o *Bundesverfassungsgericht* parece ter-se valido aqui de uma solução de compromisso para compatibilizar posições antagônicas. O Tribunal entende que a expressão lei (*Gesetz*), contida no art. 100, I, que disciplina o controle concreto de normas, refere-se, tão-somente, às leis em sentido formal editadas após a promulgação da Constituição (*nachkonstitutionelles Gesetz*) (IPSEN, 1980, p. 162)<sup>30</sup>.

Dessarte, os juízes e tribunais ordinários não estão compelidos a submeter ao Tribunal Constitucional as questões atinentes à compatibilidade entre o direito anterior e a Lei Fundamental, uma vez que não se vislumbra qualquer risco para a autoridade do legislador constitucional. E essa autoridade não seria afetada em caso de simples constatação de incompatibilidade segundo o princípio *lex posterior derogat priori*<sup>31</sup>. Ao revés, o controle abstrato de normas, previsto no art. 93, par. 1º, n. 2, da Lei Fundamental, que pressupõe divergência ou dúvida sobre a compatibilidade formal ou material de direito federal ou estadual com a Lei Fundamental, pode ter como objeto direito anterior ou superveniente à Constituição<sup>32</sup>.

Como se vê, a questão transcende o âmbito meramente acadêmico, assumindo nítido interesse prático. Se se trata de matéria de direito intertemporal, dispensável se afigura a adoção dos procedimentos aplicáveis à declaração de inconstitucionalidade, podendo qualquer juiz ao apreciar um caso concreto, deixar de aplicar a lei anterior. A matéria refugirá, pois, ao âmbito de juízo de constitucionalidade, situando-se na esfera da simples aplicação do direito (*Rechtsanwendungsrecht*) (IPSEN, 1980, p. 162; LEAL, p. 389-391; KELSEN, 1981, p. 183-184, 2003, p. 162-163).

Se, ao revés, a incompatibilidade entre uma disposição legal e uma norma constitucional caracteriza uma inconstitucionalidade, o tema há de ser apreciado pelas Cortes Constitucionais, se for o caso, tomando-se todas as cautelas inerentes ao processo de declaração de inconstitucionalidade. Daí asseverar Victor Nunes Leal (p. 389) que "o problema não é bizantino, porque a Constituição exige maioria qualificada para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais (art. 200) e permite que o Senado suspenda, no todo ou em parte, a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64)"<sup>33</sup>.

A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal, sob a Constituição de 1967/69, não deixava dúvida de que a compatibilidade do direito anterior com norma constitucional superveniente haveria de ser aferida no âmbito do direito intertemporal<sup>34</sup>. Assim, na Rp. 946, o Supremo Tribunal reconheceu que o art. 902, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho havia sido revogado pela Carta Magna de 1946<sup>35</sup>. Também na Rp. 969, constatou o Tribunal a derrogação dos arts. 75, § 1º, da Lei n. 1.341, de 30 de janeiro de 1951, e 27, § 1º, da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965, pelo art. 125 da Constituição Federal de 1967<sup>36</sup>. E, na Rp. 1.012, não se conheceu da argüição de inconstitucionalidade relativa à Lei n. 5.048, de 22 de dezembro de 1958, do Estado de São Paulo, tendo o Ministro Moreira Alves ressaltado que *"a lei ordinária anterior, ainda que em choque com a Constituição vigente quando de sua promulgação, ou está em conformidade com a Constituição atual, e, portanto, não está em desarmonia com a ordem jurídica vigente, ou se encontra revogada pela Constituição em vigor, se com ela incompatível"*<sup>37</sup>.

Não parecia subsistir dúvida, pois, quanto ao efeito derogatório, no processo de contrariedade entre norma constitucional superveniente e o direito ordinário em vigor no regime de 1967/69.

A Constituição brasileira de 1988 não tratou expressamente da questão relativa à constitucionalidade do direito pré-constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se desenvolveu sob a vigência da Constituição de 1967/1969, tratava dessa colisão, tal como já mencionado, com base no princípio da *lex posterior derogat priori*.

Já sob o império da nova Constituição teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de discutir amplamente a questão na ADIn n. 2, da relatoria do Ministro Paulo Brossard. Embora o tema tenha suscitado controvérsia, provocada pela clara manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence em favor da revisão da jurisprudência consolidada do Tribunal<sup>38</sup>, prevaleceu a tese tradicional, esposada pelo Ministro Paulo Brossard.<sup>39</sup>

A despeito das objeções bem fundamentadas suscitadas pelo Ministro Pertence, firme na convicção de que recusar a via da ação direta para aferir a constitucionalidade das normas anteriores à Constituição é expurgar do STF missão e responsabilidade que são suas, bem como qualificar de revogação o fenômeno de comparação da compatibilidade entre uma norma e a Constituição não exclui a possibilidade de também entendê-lo como controle de constitucionalidade, portanto, sindicável pela via da ação direta perante a Corte Constitucional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continua a entender que a questão da inconstitucionalidade somente se põe quando se cuida de lei posterior à Constituição. O tema, porém, perde a relevância prática, com o advento da Lei 9982/99, que, ao regulamentar a ADPF, admitiu o exame direto da legitimidade do direito pré-constitucional em face da norma constitucional superveniente.

### **5.3. Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão**

A inconstitucionalidade por ação é aquela que resulta da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição. A garantia jurisdicional da Constituição constitui elemento do sistema de medidas técnicas cujo objetivo é assegurar o exercício regular das funções estatais, as quais possuem caráter jurídico inerente: consistem em atos jurídicos. São eles atos de criação de normas jurídicas ou atos de execução de Direito já criado, ou seja, de normas jurídicas já estatuídas. (KELSEN, 2003, p. 130)

A idéia de controle de constitucionalidade advém do fato de a Constituição apresentar-se como a base indispensável das demais normas jurídicas, que, na lição de Kelsen (2003, p. 131), *"regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal."*

Se do afazer legislativo resulta uma norma contrária ou incongruente com o texto constitucional, seja no plano da regularidade do processo legislativo, seja no plano do direito material regulado, o ordenamento jurídico oferece mecanismos de proteção à regularidade e estabilidade da Constituição.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade variam de acordo com os modelos e sistemas, mas todos têm o mesmo objetivo de expurgar do ordenamento jurídico as normas que são incompatíveis com a Constituição.

Já o reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão é relativamente recente. Antes, a inconstitucionalidade da lei configurava sempre caso de inconstitucionalidade por ação, ou seja, resultante de um afazer positivo do legislador.

A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna (PESTALOZZA, 1976, p. 526)<sup>40</sup> como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação (HEIN, 1988, p. 57)<sup>41</sup>.

Tem-se *omissão absoluta ou total* quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional (LERCHE, 1965, p. 341-352; JÜLICHER, 1972, p. 33)<sup>42</sup>. É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do Direito Constitucional moderno, envolvendo não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional.

O constituinte brasileiro de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta da inconstitucionalidade da omissão. Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que elas acabaram por suscitar nos primeiros tempos.

Não obstante o esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto, ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada. Esse estado de incerteza decorre, em parte, do desenvolvimento relativamente recente de uma "*Teoria da omissão inconstitucional*". Aqueles que quiserem se aprofundar no exame do tema perceberão que o seu estudo sistemático constituía, até muito pouco tempo, monopólio da dogmática constitucional alemã. Esse aspecto contribuiu, sem dúvida, para que a questão fosse tratada, inicialmente, quase como uma *excentricidade* do modelo constitucional desenvolvido a partir da promulgação da Lei Fundamental de Bonn.

Observe-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão configura fenômeno relativamente recente, também na dogmática jurídica alemã. Em 1911, ressaltava Kelsen (1911, p. 410) que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei afigurava-se inadmissível. Anteriormente, reconhecera Georg Jellinek (1905, p. 80) que a impossibilidade de formular pretensão em face do legislador constituía *communis opinio*. Sob o império da Constituição de Weimar (1919) negava-se, igualmente, a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador. Esse entendimento assentava-se, de um lado, na idéia de uma irrestrita liberdade legislativa e, de outro, na convicção de que o legislador somente atuava no interesse da coletividade (THOMA, 1932, p. 608; GENZMER, 1932, p. 506).

Caso clássico de omissão parcial é a chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. Tem-se a "*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*" se a norma afronta o princípio da isonomia, concedendo

vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas.

Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo <sup>43</sup>; a exclusão de benefícios é explícita <sup>44</sup> se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos <sup>45</sup>.

O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa relação de comparação (MAURER, 1974, p. 345-354). Essa relatividade do postulado da isonomia leva, segundo Maurer (1974, p. 345-354), a uma inconstitucionalidade relativa ("*relative Verfassungswidrigkeit*") não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma "A" ou "B", mas a disciplina diferenciada das situações ("*die Unterschiedlichkeit der Regelung*").

Essa peculiaridade do princípio da isonomia causa embaraços, uma vez que a técnica convencional de superação da ofensa (cassação; declaração de nulidade) não parece adequada na hipótese, podendo inclusive suprimir o fundamento em que assenta a pretensão de eventual lesado (MAURER, 1978, p. 347-354). Assim, se a lei concede um benefício a um grupo de pessoas e silencia em relação a outro em situação idêntica, provoca situação que dificilmente poderia ser resolvida com o caso da declaração de nulidade.

#### 5.4. Inconstitucionalidade de normas constitucionais

O controle de constitucionalidade contempla o próprio direito de revisão reconhecido ao poder constituinte derivado.

Parece axiomático que as Constituições rígidas somente podem ser revistas com a observância dos ritos nelas prescritos. São exigências quanto ao *quorum*, à forma de votação, à imposição de *referendum* popular, ou de ratificação (BITAR, 1978, p. 198) <sup>46</sup>. Alguns textos consagram, igualmente, *vedações circunstanciais* à reforma da ordem constitucional. É o que estabelece, v.g., a Carta brasileira de 1967/1969, ao prever que "a Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio ou estado de emergência" (TEMER, 2005, p. 36). A Constituição imperial de 1824 vedava qualquer reforma antes de completados quatro anos de vigência (art. 174) <sup>47</sup>.

Não raras vezes, impõe o constituinte limites materiais expressos à eventual reforma da Lei Maior. Cuida-se das chamadas *cláusulas pétreas* ou da garantia de eternidade (*Ewigkeitsgarantie*), que limitam o poder de reforma sobre determinados objetos. Assim, a Constituição de 1891 vedava projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa ou a igualdade de representação dos Estados no Senado (art. 90, § 4º). A Constituição de 1934 consagrava a imutabilidade do regime republicano (art. 178, § 5º), e a Carta Magna de 1946 reproduziu a cláusula pétrea adotada pelo Constituinte de 1891 (art. 217, § 6º). O texto de 1967/1969 não inovou na matéria (art. 47, § 1º). A Constituição de 1988 elegeu como cláusulas pétreas a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º).

A Constituição americana contém cláusula que impõe a representação paritária dos Estados no Senado Federal (art. 5º). Todavia, segundo Loewenstein (1976, p. 190), nada impede a eliminação desse preceito.

A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, veda, expressamente, qualquer reforma constitucional que introduza alteração na ordem federativa, modifique a participação dos Estados no processo legislativo, ou suprima os princípios estabelecidos nos seus arts. 1º (intangibilidade da dignidade humana) e 20 (estado republicano, federal, democrático e social, divisão de poderes, regime representativo, princípio da legalidade) <sup>48</sup>.

Tais *cláusulas de garantia* traduzem, em verdade, um esforço do constituinte

para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade (BITAR, 1978, p. 490-491; LINARES QUINTANA, 1953, p. 108-109; LOEWENSTEIN, 1976, p. 189-192; KELSEN, 1934, p. 331-332; HESSE, 1998, p. 261-264; TEMER, 2005, p. 36.)

É que, como ensina Hesse (1998, p. 261-262), a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade. Nesse sentido, pronunciou-se o Tribunal Constitucional alemão, asseverando que o constituinte não dispõe de poderes para suspender ou suprimir a Constituição (HESSE, 1998, p. 262).

Dá falar-se de inconstitucionalidade de normas constitucionais, seja em razão de afronta ao processo de reforma da Constituição, seja em razão de afronta às chamadas cláusulas pétreas. Na experiência brasileira pós 1988 registram-se casos de constitucionalidade e de inconstitucionalidade<sup>49</sup>.

## 6. Evolução do controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro

O controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos. É interessante observar que o sistema de controle de constitucionalidade sofreu uma incrível expansão na ordem jurídica moderna.

Afigura-se inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo de controle concentrado. Cuida-se mesmo de uma nova divisão de poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade.

Deve assinalar-se que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil sofreu uma substancial reforma com o advento da Constituição de 1988. A ruptura do chamado “monopólio da ação direta” outorgado ao Procurador-Geral da República e a substituição daquele modelo exclusivista por um amplíssimo direito de propositura configuram fatores que sinalizam para a introdução de uma mudança radical em todo o sistema de controle de constitucionalidade.

Embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade “incidental” ou “difuso”, é certo que a adoção de outros instrumentos, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade.

### 6.1 Constituição Imperial

A Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n. 8º e 9º).

Nessa linha de raciocínio, o insigne Pimenta Bueno (1978, p. 69) lecionava, com segurança, que o conteúdo da lei somente poderia ser definido pelo órgão legiferante:

*“Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela.*



*Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse”.*

Era a consagração de dogma da soberania do Parlamento.

Por outro lado, a instituição do Poder Moderador assegurava ao Chefe de Estado o elevado mister de velar para “a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes” (art. 98). “É a faculdade (...) — dizia Pimenta Bueno (1978, p. 203) — de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente como outros para o fim social, o bem-estar nacional: é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão (...)”.

Não havia lugar, pois, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle *judicial* de constitucionalidade<sup>50</sup>.

## 6.2. Constituição de 1891

O regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1º, a e b).

O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, estabeleceu, no seu art. 3º, que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte. “Esse dispositivo (...) — afirma Agrícola Barbi — consagra o sistema de controle por via de exceção, ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação de parte” (BARBI, 1968, p. 37; MELLO, 1980, p. 156). Estabelecia-se, assim, o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes. E, tal qual prescrito na Constituição Provisória, o art. 9º, parágrafo único, a e b, do Decreto n. 848, de 1890, assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais.

A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1º, a e b).

Não obstante a clareza dos preceitos, imperou alguma perplexidade diante da inovação. E o gênio de Rui destacou (1962, p. 54-55), com peculiar proficiência, a amplitude do instituto adotado pelo regime republicano, como se vê na seguinte passagem de seu magnífico trabalho elaborado em 1893:

*“O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2ª, cujo teor reza assim: ‘O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos’.*

*Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.*

*Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se*

prescreve que

*‘Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal’ (art. 60, a);*

*como, ainda, que*

*‘Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art. 59, § 1º, a)’.*

*A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.*

*É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito”.*

A Lei de n. 221, de 20 de novembro de 1894, veio a explicitar, ainda mais, o sistema judicial de controle de constitucionalidade, consagrando no art. 13, § 10, a seguinte cláusula:

*“Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.*

Não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade. A reforma constitucional de 1926 procedeu a algumas alterações, sem modificar, no entanto, a substância.

Consolidava-se, assim, o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do direito brasileiro. Convém observar que era inequívoca a consciência de que o controle de constitucionalidade não se havia de fazer in abstracto. *“Os tribunais — dizia Rui (1962, p. 83)— não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração (...)”.* E sintetizava, ressaltando que a judicial review *“é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação”* (BARBOSA, 1962, p. 83).

### **6.3. A Constituição de 1934**

A Constituição de 1934 introduziu profundas e significativas alterações no nosso sistema de controle de constitucionalidade. A par de manter, no art. 76, III, b e c, as disposições contidas na Constituição de 1891, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros

dos tribunais. Evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais (art. 179) (MANGABEIRA, 1934, p. 115-117; MELLO, 1980, p. 159-165).

Por outro lado, a Constituição consagrava a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 91, IV, e 96) (MELLO, 1980, p. 170; CASTRO, 1935, p. 246-247).

A fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade. É possível, porém, que, inspirado no direito comparado, tenha o constituinte conferido ao Senado um poder excessivo, que acabaria por convolar solução em problema, com a cisão de competências entre ao Supremo Tribunal e o Senado<sup>51</sup>. É certo, por outro lado, que, coerente com o espírito da época, a intervenção do Senado limitava-se à declaração de inconstitucionalidade, não se conferindo eficácia ampliada à declaração de constitucionalidade.

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”, tal como a denominou Bandeira de Mello (1980, p. 170), isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, a a h, da Constituição. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º). Assinale-se, por oportuno, que, na Assembléia Constituinte, o Deputado Pereira Lyra apresentou emenda destinada a substituir, no art. 12, § 2º, a expressão “tomar conhecimento da lei que a decretar e lhe declarar a constitucionalidade” por “tomar conhecimento da lei local argüida de infringente desta Constituição e lhe declarar a inconstitucionalidade” (CASTRO, p. 107-108).

Esse controle judicial configurava, segundo Pedro Calmon (1936, p. 33-35), um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual. Advirta-se, porém, que não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, mas de exame puramente jurídico (MIRANDA, 1938, p. 364).

Não obstante a breve vigência do Texto Magno, ceifado pelas vicissitudes políticas que marcaram aquele momento histórico, não se pode olvidar o transcendental significado desse sistema para todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no direito brasileiro (POLETTI, 1985, p. 93)<sup>52</sup>.

Não se deve omitir, ainda, que a Constituição de 1934 continha expressa ressalva à judicialização das questões políticas, dispondo o art. 68 que “é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”.

Manifesta-se digna de menção a competência atribuída ao Senado Federal para “examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais” (art. 91, II). Em escólio ao art. 91, II, da Constituição de 1934, Pontes de Miranda (1938, p. 770) destacava que “tal atribuição outorgava ao Senado Federal um pouco da função de Alta Corte Constitucional (...)”. A disposição não foi incorporada, todavia, pelas Constituições que sucederam o Texto Magno de 1934.

Finalmente, afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional, inspirada no modelo

austríaco. Na fundamentação da proposta referia-se diretamente à conferência de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*)<sup>53</sup>.

#### 6.4. Constituição de 1937

A Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, b e c), preservando-se, inclusive, a exigência de quorum especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

Instituíam-se, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois, como observado por Celso Bastos (2001, p. 412), a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição<sup>54</sup>.

É bem verdade que o novo instituto não colheu manifestações unânimes de repulsa. Cândido Motta Filho (p. 277), por exemplo, saudava a inovação, ressaltando que: “*A subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despido de caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo. Leone, em sua Teoría de la política, mostra com surpreendente clareza, como a tendência para controlar a constitucionalidade das leis é um campo aberto para a política, porque a Constituição, em si mesma, é uma lei sui generis, de feição nitidamente política, que distribui poderes e competências fundamentais*”.

No mesmo sentido, pronunciaram-se Francisco Campos (p. 246 e s.), Alfredo Buzaid (1958, p. 32) e Genésio de Almeida Moura (p. 161).

Assinale-se que, do ponto de vista doutrinário, a inovação parecia despida de significado, uma vez que, como assinalou Castro Nunes (1943, p. 593), “podendo ser emendada a Constituição pelo voto da maioria nas duas casas do Parlamento (art. 174), estaria ao alcance deste elidir, por emenda constitucional, votada como qualquer lei ordinária, a controvérsia sobre a lei que se houvesse por indispensável”. Mas, em verdade, buscava-se, a um só tempo, “validar a lei e cassar os julgados” (NUNES, 1943, p. 593).

Todavia, quando em 1939 o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei n. 1.564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a reação nos meios judiciários foi intensa (BITTENCOURT, 1968, p. 139-140). Considerou Lúcio Bittencourt (1968, p. 139) que as críticas ao ato presidencial não tinham procedência, porque, no seu entendimento, o Presidente nada mais fizera do que “cumprir, como era de seu dever, o prescrito no art. 96 da Carta Constitucional”. Concede, porém, o insigne publicista que a celeuma suscitada nas oportunidades em que atos judiciais foram desautorizados, entre nós, “está a demonstrar como se encontra arraigado em nosso pensamento jurídico o princípio que confere à declaração judicial caráter incontestável, em relação ao caso concreto” (BITTENCOURT, 1968, p. 139-140).

Por outro lado, cumpre notar que a Carta de 1937 vedou, expressamente, ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94), e o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação

ordinária. E o Código de Processo Civil, de 1939, excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319).

### 6.5. A Constituição de 1946

O Texto Magno de 1946 restaura a tradição do controle judicial no direito brasileiro. A par da competência de julgar os recursos ordinários (art. 101, II, *a, b e c*), disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários: “a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; e c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato”. Preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para *suspender a execução* da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64).

A Constituição de 1946 emprestou nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, introduzida, inicialmente, no Texto Magno de 1934. Atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8º, parágrafo único, *c/c* o art. 7º, VII).

A intervenção federal subordinava-se, nesse caso, à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal (art. 8º, parágrafo único).

Deve-se ressaltar que, embora o constituinte tenha outorgado a titularidade da ação direta ao Procurador-Geral da República, a disciplina da chamada representação interventiva configurava, já na Constituição de 1934, uma peculiar modalidade de composição de conflito entre a União e o Estado. Cuidava-se de aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado. E o poder atribuído ao Procurador-Geral da República, que, na Constituição de 1946, exercia a função de chefe do Ministério Público Federal — a quem competia a defesa dos interesses da União (art. 126) —, deve ser considerado, assim, uma simples representação processual (MELLO, 1980, p. 192).

A arguição de inconstitucionalidade direta teve ampla utilização no regime constitucional instituído em 1946. A primeira ação direta, formulada pelo Procurador-Geral da República, na qual se argüia a inconstitucionalidade de disposições de índole parlamentarista contidas na Constituição do Ceará, tomou o n. 93 (CAVALCANTI, 1966, p. 110)<sup>55</sup>. A denominação emprestada ao novo instituto — representação —, segundo esclarece Themístocles Cavalcanti (1966, p. 112), deveu-se a uma escolha entre a reclamação e a representação, “processos conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal”. A análise do sentido de cada um teria conduzido à escolha do termo *representação*, “já porque tinha de se originar de uma representação feita ao Procurador-Geral, já porque a função deste era o seu encaminhamento ao Tribunal, com o seu parecer” (CAVALCANTI, 1966, p. 112)<sup>56</sup>.

A ausência inicial de regras processuais permitiu que o Supremo Tribunal Federal desenvolvesse os mecanismos procedimentais que viriam a ser consolidados, posteriormente, pela legislação processual e pela práxis da Corte (CAVALCANTI, 1966, p. 111-112). E, por isso, colocaram-se, de plano, questões relativas à forma da arguição e à sua

própria caracterização processual. Questionava-se, igualmente, sobre a função do Procurador-Geral da República e sobre os limites constitucionais da argüição.

Na Representação nº 94, que argüia a inconstitucionalidade dos preceitos consagradores do regime parlamentarista na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, indagou-se sobre a necessidade de se formular requerimento ao Procurador-Geral. E esse entendimento foi acolhido, tendo o chefe do Ministério Público Federal solicitado “*que a medida fosse provocada, o que foi feito através de pedido devidamente justificado*” (CAVALCANTI, 1966, p. 110).

Na opinião do insigne publicista, que exercia o cargo de Procurador-Geral da República, a argüição de inconstitucionalidade não poderia ser arquivada, mas, ao revés, deveria ser submetida ao Supremo Tribunal, ainda que com parecer contrário do Ministério Público (CAVALCANTI, 1966, p. 111).

O Supremo Tribunal Federal exercia, pois, a função de “árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade”. Não se tratava, porém, de afastar, simplesmente, a aplicação da lei inconstitucional. A pronúncia da inconstitucionalidade, nesse processo, tinha dimensão diferenciada, como se pode ler no magnífico voto de Castro Nunes, ao enfatizar que “atribuição nova, que o Supremo Tribunal é chamado a exercer pela primeira vez e cuja eficácia está confiada, pela Constituição, em primeira mão, ao patriotismo do próprio legislador estadual no cumprir, de pronto, a decisão e, se necessário, ao Congresso Nacional, na compreensão esclarecida da sua função coordenada com a do Tribunal, não será inútil o exame desses aspectos, visando delimitar a extensão, a executoriedade e a conclusividade do julgado”<sup>57</sup>.

Com essa colocação, o jurista e magistrado logrou fixar princípios do próprio controle abstrato de normas, que viria a ser introduzido, entre nós, pela Emenda n. 16, de 1965.

Os limites constitucionais da ação direta também mereceram a precisa reflexão de Castro Nunes. Na Rp 94, enfatizou-se o caráter excepcional desse instrumento. “Outro aspecto, e condizente com a atitude mental do intérprete, em se tratando de intervenção — ensinava — é o relativo ao caráter excepcional dessa medida, pressuposta neste regímen a autonomia constituinte, legislativa e administrativa dos Estados-membros, e, portanto, a preservação dessa autonomia ante o risco de ser elidida pelos Poderes da União”<sup>58</sup>. E Castro Nunes aduzia que a enumeração contida no art. 7º, VII, da Constituição de 1946 “é taxativa, é limitativa, é restritiva e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal Federal”<sup>59</sup>.

A Emenda n. 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais. A reforma realizada, fruto dos estudos desenvolvidos na Comissão composta por Orozimbo Nonato, Prado Kelly (Relator), Dario de Almeida Magalhães, Frederico Marques e Colombo de Souza, visava a imprimir novos rumos à estrutura do Poder Judiciário. Parte das mudanças recomendadas já havia sido introduzida pelo Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965. A Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães, ao Presidente da República ressaltava que “a atenção dos reformadores tem-se detido enfaticamente na sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos”. Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal houve por bem sugerir a adoção de dois novos institutos de legitimidade constitucional, tal como descrito na referida Exposição de Motivos:

“a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8º, parágrafo único, da Constituição Federal);

*b) uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo”.*

O parecer aprovado pela Comissão Mista, da lavra do Deputado Tarso Dutra, referiu-se, especificamente, ao novo instituto de controle de constitucionalidade

*“A letra ‘k’, propondo a representação a cargo da Procuradoria-Geral da República, contra a inconstitucionalidade em tese da lei, constitui uma ampliação da faculdade consignada no parágrafo único do art. 8º, para tornar igualmente vulneráveis as leis federais por essa medida. Ao anotar-se a conveniência da modificação alvitrada na espécie, que assegurará, com a rapidez dos julgamentos sumários, uma maior inspeção jurisdicional da constitucionalidade das leis, não será inútil configurar o impróprio de uma redação, que devia conferir à representação a idéia nítida de oposição à inconstitucionalidade e o impreciso de uma referência a atos de natureza normativa de que o nosso sistema de poderes indelegáveis (art. 36, §§ 1º e 2º) conhece apenas uma exceção no § 2º do art. 123 da Constituição”<sup>60</sup>.*

A proposta de alteração do disposto no art. 64 da Constituição, com a atribuição de eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi rejeitada<sup>61</sup>. Consagrou-se, todavia, o modelo abstrato de controle de constitucionalidade sob a forma de uma representação que haveria de ser proposta pelo Procurador-Geral da República.

A implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípuo de “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconcipientes” (BASTOS, p. 413), veio somar aos mecanismos já existentes um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.

Finalmente, não se deve olvidar que, no tocante ao controle de constitucionalidade da lei municipal, a Emenda n. 16 consagrou, no art. 124, XIII, regra que outorgava ao legislador a faculdade para “estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado”.

## **6.6. Constituição de 1967/69**

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso. A ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946, com a Emenda n. 16, de 1965.

A representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República, foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1ª parte). A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, § 2º). Preservou-se o controle de constitucionalidade *in abstracto*, tal como estabelecido pela Emenda n. 16, de 1965 (art. 119, I, l).

A Constituição de 1967 não incorporou a disposição da Emenda n. 16/65, que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. A Emenda n. 1, de 1969, previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de

lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município (art. 15, § 3º, d).

A Emenda n. 7, de 1977, introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, e). E, segundo a Exposição de Motivos apresentada ao Congresso Nacional, esse instituto deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei<sup>62</sup>.

Finalmente, deve-se assentar que a Emenda n. 7, de 1977, pôs termo à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (CF de 1967/1969, art. 119, I, p)<sup>63</sup>.

Deve-se registrar, ainda, que, a despeito do esforço despendido, o incidente não contribuiu — infelizmente, ressalte-se — para que a doutrina constitucional brasileira precisasse a natureza jurídica do instituto.

Não restou assente sequer a distinção necessária e adequada entre o controle abstrato de normas (representação de inconstitucionalidade) e a representação interventiva. Alguns doutrinadores chegaram mesmo a recomendar a alteração da Lei n. 4.337, de 1964, que disciplina a representação interventiva, para que se explicitasse a obrigatoriedade da propositura da ação pelo Procurador-Geral, desde que isso lhe fosse requerido por determinados entes.

Não se percebeu, igualmente, que, tal como concebida, a chamada representação de inconstitucionalidade tinha, em verdade, *caráter dúplice* ou *natureza ambivalente*, permitindo ao Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal quando estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma ou, mesmo quando convencido da higidez da situação jurídica, surgissem controvérsias relevantes sobre sua legitimidade.

A imprecisão da fórmula adotada na Emenda n. 16 — *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral* — não consegue esconder o propósito inequívoco do legislador constituinte, que era o de permitir, “*desde logo, a definição da ‘controvérsia constitucional’ sobre leis novas*”.

Não se pretendia, pois, que o Procurador-Geral instaurasse o processo de controle abstrato com o propósito exclusivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei, até porque ele poderia não tomar parte na controvérsia constitucional ou, se dela participasse, estar entre aqueles que consideravam válida a lei.

Não se fazia mister, portanto, que o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma. Era suficiente o requisito objetivo relativo à existência de “*controvérsia constitucional*”. Daí ter o constituinte utilizado a fórmula equívoca — *representação contra a inconstitucionalidade da lei, encaminhada pelo Procurador-Geral da República* —, que explicitava, pelo menos, que a dúvida ou a eventual convicção sobre a inconstitucionalidade não precisava ser por ele perfilhada.

Se correta essa orientação, parece legítimo admitir que o Procurador-Geral da República tanto poderia instaurar o controle abstrato de normas, com o objetivo precípuo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (*ação declaratória de inconstitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade*), como poderia postular, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada (*ação declaratória de constitucionalidade*).

A cláusula sofreu pequena alteração na Constituição de 1967 e de 1967/69 (*representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato*



*normativo federal ou estadual* — CF de 1967, art. 115, I, l; CF de 1967/69, art. 119, I, l).

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na versão de 1970<sup>64</sup>, consagrou expressamente essa idéia:

“Art. 174.....

§ 1º *Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário”.*

Essa disposição, que, como visto, consolidava tradição já velha no Tribunal, permitia ao titular da ação encaminhar a postulação que lhe fora dirigida por terceiros, manifestando-se, porém, em sentido contrário.

Não é preciso maior esforço de argumentação para demonstrar que, do ponto de vista dogmático, nada mais fez o Regimento Interno do que positivar, no plano processual, a orientação que balizara a instituição da representação de inconstitucionalidade (controle abstrato) entre nós.

Ela se destinava não apenas a eliminar a lei declarada inconstitucional da ordem jurídica (*pedido de declaração de inconstitucionalidade*), mas também a elidir controvérsias que se instaurassem sobre a legitimidade de determinada norma (*pedido de declaração de constitucionalidade*).

Assim, se o Procurador-Geral encaminhava súplica ou representação de autoridade ou de terceiro, com parecer contrário, estava simplesmente a postular uma declaração (*positiva*) de constitucionalidade. O pedido de representação, formulado por terceiro e encaminhado ao Supremo, materializava, apenas, a existência da *controvérsia constitucional*, apta a fundamentar uma *necessidade pública de controle*.

Tal cláusula foi alterada em 1980, passando o Regimento Interno a conter as seguintes disposições:

“Art. 169. *O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação, o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade.*

§ 1º *Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência”.*

Parece legítimo supor que tal modificação não alterou, substancialmente, a idéia básica que norteava a aplicação desse instituto. Se o titular da iniciativa manifestava-se, afinal, pela constitucionalidade da norma impugnada, é porque estava a defender a declaração de constitucionalidade.

Na prática, continuou o Procurador-Geral a oferecer *representações de inconstitucionalidade*, ressaltando a relevância da questão e opinando, muitas vezes, em favor da constitucionalidade da norma. A falta de maior desenvolvimento doutrinário e a própria balbúrdia conceitual instaurada em torno da *representação interventiva* (BUZOID, 1958, p. 107; MOREIRA, 1964, p. 67, 75-76; CAVALCANTI, 1966, p. 115 e s.) — confusão essa que contaminou os estudos do novo instituto — não permitiram que essas idéias fossem formuladas com a necessária clareza.

A própria disposição regimental é equívoca, pois, se interpretada literalmente, reduziria o papel do titular da iniciativa, o Procurador-Geral da República, ao de um *despachante autorizado*, que poderia encaminhar os pleitos que lhe fossem dirigidos, ainda que com parecer contrário.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado inadmissível representação na qual o Procurador-Geral da República afirma, de plano, a constitucionalidade da norma<sup>65</sup>, é certo que essa orientação, calcada numa interpretação literal do texto constitucional, não parece condizente, tal como demonstrado, com a natureza do instituto e com a sua práxis desde a sua adoção pela Emenda n. 16, de 1965.

Todavia, a Corte continuou a admitir as representações e, mesmo após o advento da Constituição de 1988, as ações diretas de inconstitucionalidade nas quais o Procurador-Geral se limitava a ressaltar a relevância da questão constitucional, pronunciando-se, afinal, pela sua improcedência<sup>66</sup>.

Em substância, era indiferente, tal como percebido por Victor Nunes Leal, que o Procurador-Geral sustentasse, desde logo, a constitucionalidade da norma, ou que encaminhasse o pedido, para, posteriormente, manifestar-se pela sua improcedência.

Essa análise demonstra claramente que, a despeito da utilização do termo *representação de inconstitucionalidade*, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de *natureza dúplice ou ambivalente*.

Dáí ter Victor Nunes Leal (1978, p. 25-33) observado em palestra proferida na Conferência Nacional da OAB de 1978 (Curitiba) que, “em caso de representação com parecer contrário, o que se tem, na realidade, sendo privativa a iniciativa do Procurador-Geral, é uma representação de constitucionalidade”<sup>67</sup>.

A propósito, acrescentou, ainda, o notável jurista:

*“Relembro, aliás, que o ilustre Professor Haroldo Valladão, quando Procurador-Geral da República<sup>68</sup>, sugeriu ao signatário (não sei se chegou a registrá-lo por escrito) a conveniência de deixar expressa no Regimento a representação destinada a afirmar a constitucionalidade, para solver dúvidas, ainda que não houvesse pedido formal de terceiros no sentido da inconstitucionalidade”* (LEAL, 1978, p. 25-33).

A identificação da natureza dúplice do instituto retiraria um dos fortes argumentos do Procurador-Geral, que se referia à sua condição de titular da ação para fazer atuar a jurisdição constitucional com o escopo de ver declarada a inconstitucionalidade da norma. A possibilidade de pedir a declaração de constitucionalidade deitaria por terra essa assertiva, convertendo o pretense *“direito”* de propor a ação de inconstitucionalidade num *“poder-dever”* de submeter a questão constitucional relevante ao Supremo, sob a forma de representação de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade.

A existência de controvérsia constitucional relevante configurava a objetivação da necessidade de o Procurador-Geral da República submeter a arguição ao Supremo Tribunal, ainda quando estivesse convencido sobre a sua improcedência. Em outros termos, configurada controvérsia constitucional relevante, não poderia o Procurador-Geral da República furtar-se ao dever de submetê-la ao Supremo Tribunal Federal, ainda que se manifestando pela improcedência do requerimento (pedido de declaração de constitucionalidade).

Portanto, uma análise mais detida da natureza do instituto da representação de inconstitucionalidade permite reforçar a censura ao entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, propiciando-se, assim, uma nova leitura — ainda que apenas com valor de crítica histórica — da orientação sustentada pela Procuradoria-Geral da República e avalizada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>69</sup>.

## 6.7 Constituição de 1988

A Constituição de 1988 amplia significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis.

A Constituição preservou a *representação interventiva*, destinada à aferição da compatibilidade de direito estadual com os chamados *princípios sensíveis*<sup>70</sup> (CF, art. 34, VII, c/c art. 36, III). Esse processo constitui pressuposto da intervenção federal, que, nos termos do art. 36, III e § 1º, da Constituição, há de ser executada pelo Presidente da República. Tradicionalmente, é o Supremo Tribunal Federal competente para conhecer as causas e conflitos entre a União e os Estados, entre a União e o Distrito Federal ou entre os Estados entre si (art. 102, I, f). Tal como outros países da América Latina, não dispõe a ordem jurídica brasileira de instrumento único para defesa de direitos subjetivos públicos<sup>71</sup>. A Constituição consagra o *habeas corpus* como instrumento processual destinado a proteger o indivíduo contra atos arbitrários do Poder Público que impliquem restrições ao direito de ir e vir (CF, art. 5º, LXVIII). Ao lado do *habeas corpus*, dispõe a ordem jurídica brasileira, desde 1934, do mandado de segurança, destinado, hodiernamente, a garantir direito líquido e certo não protegido por *habeas data* ou *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXIX, a)<sup>72</sup>. O mandado de segurança pode ser, igualmente, utilizado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros (*mandado de segurança coletivo*).

A Constituição de 1988 criou, ao lado do *habeas data*, que se destina à garantia do *direito de autodeterminação sobre informações*<sup>73</sup> (art. 5º, LXXII), o mandado de injunção, remédio especial que pode ser utilizado contra a omissão de órgão com poder normativo que impeça o exercício de direito constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, LXXI).

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário — também quanto ao critério de quantidade — o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal<sup>74</sup>. Esse remédio excepcional, desenvolvido segundo o modelo do *writ of error* americano<sup>75</sup> e introduzido na ordem constitucional brasileira pela Constituição de 1891, pode ser interposto pela parte vencida<sup>76</sup>, no caso de ofensa direta à Constituição, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou declaração de constitucionalidade de lei estadual expressamente impugnada em face da Constituição Federal (CF, art. 102, III, a, b, e c). A Constituição de 1988 reduziu o âmbito de aplicação do recurso extraordinário<sup>77</sup>, confiando ao Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre os casos de colisão direta entre o direito estadual e o direito federal ordinário.

Tal como já observado, particular atenção dedicou o constituinte à chamada “omissão do legislador”. Ao lado do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, c/c art. 102, I, q, destinado à defesa de direitos subjetivos afetados pela omissão legislativa ou administrativa, introduziu a Constituição, no art. 103, § 2º, o processo de controle abstrato da omissão. Tal como o controle abstrato de normas, pode o controle abstrato da omissão ser instaurado pelo Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesa de uma Assembléia Legislativa, Governador do Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional<sup>78</sup>.

A grande mudança vai-se verificar no âmbito do controle abstrato de normas, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (Cf, art. 102, I, “a” c/c art. 103).

## 7. Controle de constitucionalidade incidental ou concreto

É sabido que, com o advento da República, consagrou-se o modelo difuso do controle de constitucionalidade. Em 1934, procedeu-se à introdução da ação direta, como procedimento preliminar do processo interventivo (CF 1934, art. 12). Em 1946, consolida-se

o desenvolvimento da representação interventiva contra lei ou ato normativo estadual (CF 1946, art. 8º § único). E, somente em 1965, com a adoção da representação de inconstitucionalidade, passa a integrar o nosso sistema a modalidade de controle abstrato de normas (Emenda nº 16/65 à Constituição de 1946). No âmbito da unidade federada, a Constituição de 1967/1969, além de propor a representação interventiva em face do direito estadual (CF art. 11, § 1º, “c”) estabeleceu a representação de lei municipal, pelo chefe do Ministério Público local, tendo em vista a intervenção estadual (art. 15, § 3º, d). Finalmente, a Emenda nº 7, de 1977, outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, completando, assim, o *instrumentarium* do controle de constitucionalidade no Direito pátrio.

Ao final dos anos 80, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade, portanto, elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constitucionalidade, dando ensejo ao surgimento de um *modelo híbrido* ou *misto* de controle. Não obstante, o monopólio da ação direta exercido pelo Procurador-Geral da República, que, em grande medida, realizava a idéia de designação de um advogado da Constituição defendida por Kelsen em 1928 (1929, p. 75), não produziu uma alteração de monta em todo o sistema de controle. A ação direta subsistiu como um elemento acidental no âmbito de um sistema difuso predominante.

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta (CF, art. 103). O constituinte manteve o direito de o Procurador-Geral da República propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a tomar essa iniciativa (CF, art. 103).

Com isso, satisfiz-se apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, v.g., dez mil cidadãos, ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade<sup>79</sup>.

Esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu-se reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar *instrumento de correção* do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial - ainda que não desejada - no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz (1927, p. 208), ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. 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, constituem elemento explicativo de tal tendência.

A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal, mediante ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, o processo abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: é a um só tempo instrumento de defesa da ordem objetiva e de defesa de posições subjetivas (HÄBERLE, 1976, p. 14).

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, firmando a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República e, com a EC nº 45/2004, outorgou-se a todos os legitimados para a ADI a legitimidade para a propositura da ADC.

Assim, ao lado do amplo sistema difuso, que outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei *in concreto* (CF 1988, art. 97, art. 102, III, *a a c*, art. 105, II, *a e b*) e dos novos institutos do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do *habeas data* e da ação civil pública, consagra-se, no sistema constitucional brasileiro:

*a) a ação direta de inconstitucionalidade do direito federal e do direito estadual em face da Constituição, mediante provocação dos entes e órgãos referidos no art. 103 da Constituição;*

*b) a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição Federal, mediante provocação dos entes e órgãos referidos no art. 103 da Constituição;*

*c) a representação interventiva, formulada pelo Procurador-Geral da República, contra ato estadual considerado afrontoso aos chamados princípios sensíveis ou, ainda, para assegurar a execução de lei federal;*

*d) a ação direta por omissão, mediante provocação dos entes e órgãos referidos no art. 103 da Constituição;*

É, portanto, nesse novo contexto, que se há de apreciar o controle incidental ou concreto de normas.

Como se sabe, adotou-se, entre nós, de início, o modelo difuso de declaração de inconstitucionalidade (BITTENCOURT, 1968, p. 99; MELLO, 1980, p. 156). O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, consagrava que “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura só intervirá em espécie e por provocação da parte”. O desenvolvimento posterior veio a consolidar essa tendência, como se depreende do disposto nos arts. 59, § 1º, *a e b*, e 60 da Constituição de 1891, e no art. 13, § 10, da Lei de Organização da Justiça Federal (Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894). A reforma de 1926 não introduziu modificação significativa nesse âmbito, limitando-se a restringir o acesso ao Judiciário nas questões políticas<sup>80</sup>.

A matéria não sofreu alterações profundas nos textos subsequentes.

A declaração de inconstitucionalidade por via de exceção se erigiu, inicialmente, em dogma do regime republicano. A “*inconstitucionalidade – ensinava Rui (1962, p. 82)– não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute*”, uma vez que “*o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política não se deve pleitear por ação direta ou principal*” (BARBOSA, 1962, p. 81). E, dentre os requisitos elementares ao exercício do controle de constitucionalidade, no Direito brasileiro, reputava imprescindível “*que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do poder legislativo, ou executivo,*

*mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não alvo, do libelo.*” (BARBOSA, 1962, p. 95, 1910, p. 103)

Essa concepção ortodoxa sofreu profunda modificação na sua própria matriz, conforme demonstra George Jaffin (1941, p. 285 e s.) no artigo intitulado “Evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos.” A ampla utilização da *injunction* como técnica do controle de constitucionalidade permitiu que se atenuassem, significativamente, as exigências para obter “*uma declaração judicial sobre a validade da lei*”, ensejando a propositura de ações visando a impedir que determinado agente oficial desse execução a uma lei inconstitucional (JAFFIN, 1941, p. 279-292; BITTENCOURT, 1968, p. 101; BUZAID, 1958, p. 24-26). Admitia-se, como observado por Benjamin Cardozo (Apud BITTENCOURT, 1968, p. 101), “*que o prejudicado chorasse antes de sentir dor*”. O reconhecimento da legitimidade da ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade outorgou maior flexibilidade ao sistema, superando a exigência de uma controvérsia ou de um contraditório rígido e nem sempre autêntico (BITTENCOURT, 1968, p. 101; BUZAID, 1958, p. 27-29; JAFFIN, 1941, p. 290-291; ARECHAGA, 1934, 293-300).

Entre nós, a instituição das garantias constitucionais do *habeas corpus* e do mandado de segurança individual e coletivo ampliou, significativamente, a chamada via de defesa ou de exceção contra o ato ou omissão eivados de inconstitucionalidade, admitindo-se, inclusive, a utilização desses remédios em caráter preventivo (BITTENCOURT, 1968, p. 101 e 105-110; BASTOS, 1982, p. 58-60).

Reconheceu-se, igualmente, a legitimidade da ação declaratória como instrumento processual hábil a obter a pronúncia de inconstitucionalidade de lei ou ato desconforme com a ordem constitucional (BITTENCOURT, 1968, p. 102-105). A ação popular passa a constituir, também, forma judicial idônea para provocar o controle jurisdicional da constitucionalidade<sup>81</sup>.

Não se cuida mais, ou exclusivamente, de simples defesa contra a aplicação de um ato inconstitucional, tal como inicialmente definido por Lúcio Bittencourt (1968, p. 97)<sup>82</sup>, ou de alegação de inconstitucionalidade emanada de pessoa cujos direitos tenham sido ofendidos pela lei, como preconizado por Buzaid (1958, p. 24).

Ao revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário. “*É mister – diz Lúcio Bittencourt (1968, p. 111-112) – que se trate de uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva*”<sup>83</sup>.

Anote-se que não se faz imprescindível a alegação dos litigantes, podendo o juiz ou o tribunal recusar-lhe aplicação, a despeito do silêncio das partes (BITTENCOURT, 1968, p. 113).

Convém ressaltar que a distinção consagrada na doutrina entre os controles “*abstrato*” e “*concreto*”, ou entre controle por via de ação e controle por via de exceção, não tem a relevância teórica que, normalmente, se lhe atribui.

Nos modelos concentrados, a diferenciação entre controle concreto e abstrato assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade (*Zulässigkeitsvoraussetzungen*). O controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta, constituindo a relevância da decisão (*Entscheidungserheblichkeit*) pressuposto de admissibilidade (SCHLAICH, 1994, p. 92; PESTALOZZA, 1991, p. 202)<sup>84</sup>. O chamado controle abstrato, por seu turno, não está vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer outro evento do cotidiano (*Lebensvorgang*) (SCHLAICH, 1994, p. 92; PESTALOZZA, 1991, p. 202; SÖHN, 1970, p. 296). Schlaich ressalta a equivocidade desses conceitos, porquanto o controle realizado, a decisão proferida e as conseqüências jurídicas são verdadeiramente abstratas, na

medida em que se processam independentemente do feito originário. Em outros termos, o controle e o julgamento levados a efeito pelo tribunal estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo, por isso, conseqüências jurídicas idênticas (SCHLAICH, 1994, p. 91-92).

Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura “*antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica.*” (BUZUID, p. 69)<sup>85</sup>.

## 8. Ação Direta de Inconstitucionalidade

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial — ainda que não desejada — no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “*difusos*” ou “*incidentes*” de controle de constitucionalidade.

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.

As Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99 constituem elementos de consolidação do processo de evolução do controle de constitucionalidade de normas no Brasil. Trata-se de dois textos normativos que disciplinam instrumentos processuais destinados ao controle de constitucionalidade e da legitimidade constitucional em geral.

Ao regular o art.102, § 1º, da CF, a Lei n. 9.882 estabeleceu os contornos da ADPF, instituto que confere nova conformação ao controle de constitucionalidade entre nós, especialmente na relação entre o modelo abstrato e o modelo difuso.

Já a Lei n. 9.868/99 regulamenta o processamento e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), exercendo, agora, um papel que era cumprido, em grande parte, pelo Regimento Interno ou por construções da jurisprudência do STF. Aliás, este diploma legislativo teve, sem dúvida, a preocupação de recolher em seu conteúdo boa parte destas construções, não renunciando, porém, à introdução de algumas importantes modificações em nosso sistema de controle.

## 9. Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, disciplinou o instituto da *ação declaratória de constitucionalidade*, introduzido no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, no bojo de reforma tributária de emergência. A Emenda Constitucional n. 3 firmou a competência do STF para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República.

Embora a discussão sobre a ação declaratória de constitucionalidade seja mais ou menos recente no Brasil, a prática constitucional demonstra que, muitas vezes a representação interventiva e sobretudo a representação de inconstitucionalidade foram utilizados com o fito de se afastar qualquer dúvida sobre a legitimidade de uma norma.

Daí não parecer surpreendente a criação da ação declaratória de constitucionalidade.

Acolhendo sugestão contida em estudo que elaboramos juntamente com o Professor Ives Gandra, o Deputado Roberto Campos apresentou proposta de Emenda Constitucional que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade<sup>86</sup>.

Parte dessa proposição, com algumas alterações, foi incorporada à Emenda que deu nova redação a alguns dispositivos da ordem constitucional tributária e autorizou a instituição do imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, mediante iniciativa do Deputado Luiz Carlos Hauly<sup>87</sup>.

A ação declaratória foi aprovada, embora com ressalvas, quanto à legitimação, restrita ao Presidente da República, Mesa da Câmara, Mesa do Senado Federal e Procurador-Geral da República, e quanto ao objeto, que se limitou ao direito federal<sup>88</sup>.

A discussão sobre a constitucionalidade da emenda, suscitada pela Associação dos Magistrados do Brasil, foi pacificada no julgamento da ADC n. 1<sup>89</sup>.

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, corrigiu em parte o modelo restritivo da EC 3/93, estabelecendo que estariam legitimados para ADC os mesmos legitimados para a ADIN. Subsiste, porém, a limitação quanto ao objeto, restrito ao direito federal, objeto agora de Projeto de emenda constitucional que tramita no Congresso Nacional.

De qualquer sorte, o controle abstrato de normas passa agora a ser exercido tanto pela ADIN, de longe a ação mais relevante no sistema de controle de constitucionalidade de normas<sup>90</sup>, como pela ação declaratória de constitucionalidade.

## 10. Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A



ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso.

Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal). Essas questões somente poderiam ser tratadas no âmbito do recuso extraordinário, o que explica a pleora de processos desse tipo ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal.

É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada “guerra de liminares”.

Foi em resposta ao quadro de incompletude de sistema de controle direto que surgiu a idéia de desenvolvimento do chamado “incidente de inconstitucionalidade”, que pretendia assegurar aos entes legitimados do art. 103 a possibilidade de provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre outras controvérsias constitucionais suscitadas nas ações judiciais em curso. Porém, tal instituto não vingou.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental veio prevista no texto constitucional de forma bastante singela: “a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma lei.” (art. 102, § 1º). A ausência de qualquer antecedente histórico significativo dificultava enormemente a disciplina infraconstitucional do instituto. Sepúlveda Pertence chegou a chamá-lo de autêntica “esfinge” do direito brasileiro<sup>91</sup>.

Nesse contexto, eu e o professor Celso Bastos passamos a nos indagar se a chamada “argüição de descumprimento de preceito fundamental”, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição, não teria o escopo de colmatar importantes lacunas identificadas no quadro de competências do Supremo Tribunal Federal.

O Professor Celso Bastos elaborou o primeiro esboço do anteprojeto que haveria de regular a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Tomando por base o texto inaugural, cuidamos nós de elaborar uma segunda versão, introduzindo-se o incidente de inconstitucionalidade. Essa proposta traduziu-se num amálgama consciente das concepções constantes do Projeto Celso Bastos, do Projeto da Comissão Caio Tácito<sup>92</sup> e o do incidente de inconstitucionalidade, contemplado em várias propostas de Emenda Constitucional sobre o Judiciário<sup>93</sup>.

Afigurava-se recomendável que o tema fosse submetido a uma Comissão de especialistas. A sugestão foi elevada à consideração do Ministro Iris Resende, da Justiça, que, em 4 de julho de 1997, editou a Portaria nº 572, publicada no D.O.U de 7 de julho de 1997, instituindo comissão destinada a elaborar estudos e anteprojeto de lei que disciplinasse a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Foram designados, para compor a comissão, o Prof. Celso Ribeiro Bastos (Presidente), o Prof. Arnoldo Wald, o Prof. Ives Gandra Martins, o Prof. Oscar Dias Corrêa e o autor deste estudo. Após intensos debates realizados em São Paulo, a comissão chegou ao texto final do anteprojeto, que foi encaminhado pelo Prof. Celso Bastos, acompanhado de relatório, ao Ministro da Justiça, em 20 de novembro de 1997.

A proposta de anteprojeto de lei cuidou dos principais aspectos do processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos e para os efeitos do disposto no § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Estabeleceram-se o rito perante o STF, o elenco dos entes com legitimidade ativa, os pressupostos para suscitar o incidente e os efeitos da decisão proferida e sua irrecorribilidade.

Tendo em vista que o disciplinamento do instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental afetava as atribuições do STF, resolveu-se, ainda, colher a opinião daquela Corte (Aviso/MJ nº 624, de 4.5.1998). Em 7 de maio de 1998, Celso de Mello informou ter encaminhado cópia do texto do anteprojeto para todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal (Ofício nº 076/98). Em 30 de junho de 1998, o trabalho realizado pela comissão Celso Bastos foi divulgado em artigo publicado na Revista Consulex nº 18, ano II, vol. I, p. 18/21, sob título “Preceito fundamental: argüição de descumprimento”.

É necessário observar, todavia, que, desde março de 1997, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.872, de autoria da ilustre deputada Sandra Starling, objetivando, também, disciplinar o instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, sob o *nomen juris* de “reclamação”. A reclamação restringia-se aos casos em que a contrariedade ao texto da Lei Maior fosse resultante de interpretação ou de aplicação dos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional, ou do Regimento Comum, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal. Aludida reclamação haveria de ser formulada ao Supremo Tribunal Federal por um décimo dos Deputados ou dos Senadores, devendo observar as regras e os procedimentos instituídos pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.

Em 4 de maio de 1998, o projeto de lei da deputada Sandra Starling recebeu parecer favorável do relator, o ilustre deputado Prisco Viana, pela aprovação do projeto na forma de substitutivo de sua autoria. Como então se verificou, o substitutivo Prisco Viana ofereceu disciplina que muito se aproximava daquela contida no Anteprojeto de Lei da Comissão Celso Bastos.

Aludido substitutivo, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, foi referendado pelo Plenário da Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, tendo sido submetido ao Presidente da República, que o sancionou<sup>94</sup>, com veto ao inciso II do parágrafo único do art. 1º, ao inciso II do art. 2º, ao § 2º do art. 2º, ao § 4º do art. 5º, aos §§ 1º e 2º do art. 8º, e ao art. 9º.

## 11. Reclamação Constitucional

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

É o que se deduz da lição do Min. Rocha Lagoa na Rcl. nº 141, de 1952, assim ementada: “A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. Não seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. Necessária e legítima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. É de ser julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender a decisão do Supremo Tribunal Federal.”<sup>95</sup>

Em 1957 aprovou-se a incorporação da Reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>96</sup>. A Constituição Federal de 1967<sup>97</sup>, que autorizou o STF a estabelecer a disciplina processual dos feitos sob sua competência, conferindo força de lei

federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos, acabou por legitimar definitivamente o instituto da reclamação, agora fundamentada em dispositivo constitucional.

Com o advento da Carta de 1988, o instituto adquiriu, finalmente, *status* constitucional (art. 102, I, l). A Constituição consignou ainda o cabimento da reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, f), igualmente destinada à preservação da competência da Corte e à garantia da autoridade das decisões por ela exaradas.

Numa tentativa de sistematizar a evolução do instituto no Supremo Tribunal Federal, José da Silva Pacheco, em excelente artigo sobre a reclamação no STF e no STJ, identificou quatro fases distintas da reclamação: “1º) a primeira vai desde a criação do STF até 1957; 2º) a segunda começa em 1957, com a inserção da medida no RISTF, até 1967; 3º) a terceira, a partir do disposto na CF de 1967, art. 115, parágrafo único, “c”, que foi reproduzido na EC 1/69, art. 120, parágrafo único, “c” e, posteriormente, após a EC 7, de 13.4.77, com o disposto no art. 119, I, “o”, sobre a advocatória, e no § 3º, “c”, autorizando que o RISTF estabelecesse ‘o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal’; 4º) a quarta, com o advento da CF de 5.10.88, cujos arts. 102, I, “l” e 105, I, “f”, prevêm, expressamente, a reclamação como da competência originária do STF e do STJ.”<sup>98</sup>

Importante discussão reside na natureza da reclamação tal como se vê no inventário feito por Celso de Mello na Reclamação nº 336:

*“RECLAMAÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - ALEGA DO  
DESRESPEITO À AUTORIDADE DE DECISÃO EMANADA DO STF -  
INOCORRÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA.*

*- A reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe dê - ação (Pontes de Miranda, "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, "O Poder Judiciário e a Nova Constituição", p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orosimbo Nonato, apud Cordeiro de Mello, "O processo no Supremo Tribunal Federal", vol. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, "A Correição Parcial", p. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (José Frederico Marques, "Manual de Direito Processual Civil", vol. 3º, 2ª parte, p. 199, item n. 653, 9ª ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, RTJ 112/518-522)- configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "l") e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "f").*

*- Não constitui ato ofensivo à autoridade de decisão emanada do Supremo Tribunal Federal o procedimento de magistrado inferior que, motivado pela existência de várias execuções penais ainda em curso, referentes a outras condenações não desconstituídas pelo writ, deixa de ordenar a soltura imediata de paciente beneficiado por habeas corpus concedido, em caso diverso e específico, por esta Corte<sup>99</sup>.*

Como se vê, a definição de sua natureza jurídica não constitui tarefa fácil, por inexistir consenso na doutrina e na jurisprudência. Pacificado está somente o entendimento de se tratar a reclamação de medida jurisdicional, pondo fim à antiga discussão de que a reclamação constituiria mera medida administrativa. Tal entendimento se deu quando o instituto era identificado com a correição parcial, mas, como explicita Marcelo Navarro Dantas, o fato de a jurisprudência do STF reconhecer, na reclamação, seu

poder de produzir alterações em decisões tomadas em processo jurisdicional e da decisão em reclamação produzir coisa julgada confirmam seu caráter jurisdicional<sup>100</sup>.

No tocante à natureza jurídica, a posição dominante parece ser aquela que atribui à reclamação natureza de ação propriamente dita<sup>101</sup>, a despeito de outras vozes autorizadas da doutrina identificarem natureza diversa para o instituto, como já referido, seja como remédio processual<sup>102</sup>, incidente processual<sup>103</sup> ou recurso<sup>104</sup>.

Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser solvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou no desrespeito das decisões do Tribunal e, por outro lado, aqueles que pretendem ver preservada a competência e a eficácia das decisões exaradas pela Corte.

Anote-se ainda que, com o desenvolvimento dos processos de índole objetiva em sede de controle de constitucionalidade no plano federal e estadual (inicialmente representação de inconstitucionalidade e, posteriormente, ADI, ADI-o, ADC e ADPF), a reclamação, enquanto ação especial, acabou por adquirir, como se verá no presente estudo, contornos diferenciados na garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal ou na preservação de sua competência.

A EC n. 45/2005 consagrou a súmula vinculante, no âmbito da competência do Supremo Tribunal, e previu que a sua observância seria assegurada pela reclamação (art. 103-A, § 3º – “*Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso*”).

## 12. Decisões no controle de constitucionalidade

A aprovação da Lei n. 9.868, de 1999, introduziu significativa alteração na técnica de decisão de controle de constitucionalidade brasileiro. Em seu art. 27, a lei consagra a fórmula segundo a qual, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Resta notório que o legislador optou conscientemente pela adoção de uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade, que corresponde à tradição brasileira. Tendo em vista as peculiaridades que marcam o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, cabe analisar os contornos dessa mudança e quais possibilidades de decisão estão abertas ao Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade das leis.

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas (BARBOSA, 1962, p. 70-71; CAMPOS, 1956, p. 430-431; BUZAID, 1958, p. 130-132; NUNES, 1943, p. 589). Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual “the unconstitutional statute is not law at all”<sup>105</sup>, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma

lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição <sup>106</sup>.

Assim, julgada procedente a ADIn ou improcedente a ADC, ter-se-á uma declaração de nulidade da lei inconstitucional. Eventual decisão de caráter restritivo há de ser expressa, nos termos do art. 27 da Lei n. 9868/99, como adiante será analisado.

A inconstitucionalidade de uma lei pode levar, também no direito brasileiro, a diferentes variantes de declaração de nulidade: declaração de nulidade total; declaração de nulidade parcial; declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

A declaração de nulidade total, como o próprio nome indica, ocorre nos casos em que a totalidade da lei ou do ato normativo é invalidada pelo Tribunal.

Defeitos formais, tais como a inobservância das disposições constitucionais atinentes ao processo legislativo – por exemplo, as relativas à iniciativa da lei ou competência legislativa –, levam, normalmente, à declaração de inconstitucionalidade total, uma vez que, nesse caso, não se vislumbra a possibilidade de divisão da lei em partes válidas e inválidas. Trata-se, portanto, de uma *declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa*.

Assim, já sob a égide da Constituição de 1967/69, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de emendas às Constituições estaduais relativas a matérias que somente poderiam ser disciplinadas mediante iniciativa do Executivo <sup>107</sup>. O mesmo se deu quando verificada a invasão do Poder Legislativo no âmbito de iniciativa de outros órgãos ou poderes (Tribunais de Justiça ou Tribunal de Contas) <sup>108</sup>, e também nos casos em que constatada a inobservância de outras normas fixadas na Constituição sobre o procedimento legislativo <sup>109</sup>.

Atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conta com um vasto repertório de casos de declaração de inconstitucionalidade total, o que normalmente ocorre nas hipóteses de descumprimento de preceitos constitucionais relativos ao processo legislativo. A maioria dos casos assenta-se na inconstitucionalidade formal por violação às normas constitucionais de repartição de competências entre a União, os Estados e o Distrito Federal <sup>110</sup>, assim como por ofensa às regras que asseguram a reserva de iniciativa legislativa a órgãos ou poderes <sup>111</sup>.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem plenamente a *teoria da divisibilidade da lei*, de modo que, tal como assente, o Tribunal somente deve proferir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, salvo se elas não puderem subsistir de forma autônoma (BITTENCOURT, 1968, p. 126-127) <sup>112</sup>. O mesmo se aplica aos vetos no controle político-preventivo (CF, art. 66, §2º). Faz-se mister, portanto, verificar se estão presentes as condições objetivas de divisibilidade. Para isso, impõe-se aferir o grau de dependência entre os dispositivos, isto é, examinar se as disposições estão em relação de vinculação que impediria a sua divisibilidade (BITTENCOURT, 1968, p. 127).

Não se afigura suficiente, todavia, a existência dessas condições objetivas de divisibilidade. Impõe-se verificar, igualmente, se a norma que há de subsistir após a declaração de inconstitucionalidade parcial corresponderia à vontade do legislador (BITTENCOURT, 1968, p. 125).

Portanto, devem ser investigadas não só a existência de uma *relação de dependência (unilateral ou recíproca)* (BITTENCOURT, 1968, 125-127; MENDES, 2001, p. 269.) <sup>113</sup>, mas também a possibilidade de intervenção no âmbito da *vontade do legislador* <sup>114</sup>. No exame sobre a *vontade do legislador* assume peculiar relevância a dimensão e o significado da intervenção que resultará da declaração de nulidade. Se a declaração de inconstitucionalidade tiver como conseqüência a criação de uma *nova lei*, que não corresponda às concepções que inspiraram o legislador, afigura-se inevitável a declaração de inconstitucionalidade de toda a lei <sup>115</sup>.

Recentemente, ao apreciar a ADIn 3.459, Relator Ministro Marco Aurélio (Sessão Plenária de 24.8.2005), o Supremo Tribunal Federal, após longa discussão a respeito dos limites da declaração de inconstitucionalidade parcial, decidiu não conhecer da ação direta tendo em vista que a eliminação da expressão normativa impugnada teria o efeito de fazer surgir nova lei contrária à vontade original do legislador.

Já em 1949 identificara Lúcio Bittencourt (1968, p. 128) os casos de inconstitucionalidade da aplicação da lei a determinado grupo de pessoas ou de situações como hipótese de inconstitucionalidade parcial. Nesse sentido, ensinava o emérito constitucionalista:

*“Ainda no que tange à constitucionalidade parcial, vale considerar a situação paralela em que uma lei pode ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros. É a hipótese, verbi gratia, de certos diplomas redigidos em linguagem ampla e que se consideram inaplicáveis a fatos pretéritos, embora perfeitamente válidos em relação às situações futuras. Da mesma forma, a lei que estabelecesse, entre nós, sem qualquer distinção, a obrigatoriedade do pagamento de imposto de renda, incluindo na incidência deste os proventos de qualquer natureza, seria inconstitucional no que tange à remuneração dos jornalistas e professores”.* (BITTENCOURT, 1968, p. 128)

Não raro constata o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da cobrança de tributo sem a observância do princípio da anterioridade (Constituição de 1946, art. 141, § 34; Constituição de 1967/69<sup>116</sup>, art. 153, § 29; Constituição de 1988, art. 150, III, b)<sup>117</sup>. Dessarte, firmou-se orientação sumulada segundo a qual “é inconstitucional a cobrança de tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro” (Súmula 67).

Como se vê, essas decisões não levam, necessariamente, à cassação da lei, uma vez que ela poderá ser aplicada, sem nenhuma mácula, já no próximo exercício financeiro. Em outros casos, considera o Tribunal que a aplicação de leis sobre correção monetária a situações já consolidadas revela-se inconstitucional<sup>118</sup>.

Consoante postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. Na doutrina menciona-se, freqüentemente, a frase de Cooley (1878, p. 228): *“The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect”*<sup>119</sup>.

Os Tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional (BITTENCOURT, 1968, p. 93).

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição. Essa variante de decisão não prepara maiores embaraços no âmbito do controle incidental de normas, uma vez que aqui o Tribunal profere decisão sobre um caso concreto que vincula apenas as partes envolvidas.

A interpretação conforme à Constituição passou a ser utilizada, igualmente, no âmbito do controle abstrato de normas<sup>120</sup>. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição<sup>121</sup>. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão<sup>122</sup>.

A interpretação conforme à Constituição levava sempre, no direito brasileiro, à declaração de constitucionalidade da lei<sup>123</sup>. Porém, como já se disse, há hipóteses em que esse tipo de interpretação pode levar a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto. Tais casos foram levantados pela primeira vez por ocasião da propositura cumulativa

de uma *representação interpretativa*<sup>124</sup> e de uma representação de inconstitucionalidade, suscitando-se a indagação sobre o significado dogmático da interpretação conforme à Constituição<sup>125</sup>.

No caso, o Supremo Tribunal, seguindo orientação formulada por Moreira Alves, reconheceu que a *interpretação conforme à Constituição*, quando fixada no juízo abstrato de normas, corresponde a uma pronúncia de inconstitucionalidade. Daí entender incabível a sua aplicação no âmbito da *representação interpretativa*<sup>126</sup>.

Não se pode afirmar com segurança se, na jurisprudência do Supremo Tribunal, a interpretação conforme à Constituição há de ser, sempre, equiparada a uma declaração de nulidade sem redução de texto.

Deve-se acentuar, porém, que, em decisão de 9 de novembro de 1987, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que a interpretação conforme à Constituição não deve ser vista como simples princípio de interpretação, mas sim como modalidade de decisão do controle de normas, equiparável a uma *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*<sup>127</sup>. Assinale-se, porém, que o Tribunal não procedeu, inicialmente, a qualquer alteração na parte dispositiva da decisão, que continua a afirmar a *improcedência* da argüição, *desde que* adotada determinada interpretação.

As decisões proferidas nas ADIns 491 e 319, todas da relatoria de Moreira Alves, parecem sinalizar que, pelo menos no controle abstrato de normas, o Tribunal tem procurado, nos casos de exclusão de determinadas hipóteses de aplicação ou hipóteses de interpretação do âmbito normativo, acentuar a equivalência dessas categorias<sup>128</sup>.

De nossa parte, cremos que a equiparação pura e simples da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto à interpretação conforme à Constituição prepara dificuldades significativas.

A primeira delas diz respeito à conversão de uma modalidade de interpretação sistemática, utilizada por todos os tribunais e juízes, em técnica de declaração de inconstitucionalidade. Isso já exigiria especial qualificação da interpretação conforme à Constituição, para afirmar que somente teria a característica de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto aquela interpretação conforme à Constituição desenvolvida pela Corte Constitucional, ou, em nosso caso, pelo Supremo Tribunal Federal. Até porque, do contrário, também as questões que envolvessem interpretação conforme à Constituição teriam de ser submetidas ao Pleno dos Tribunais ou ao seu órgão especial (CF, art. 97).

Portanto, se essa equiparação parece possível no controle abstrato de normas, já não se afigura isenta de dificuldades a sua extensão ao chamado controle incidental ou concreto, uma vez que, nesse caso, ter-se-ia de conferir, também no âmbito dos tribunais ordinários, tratamento especial à interpretação conforme à Constituição.

Maior dificuldade ainda adviria do fato de que, ao fixar como constitucional dada interpretação e, expressa ou implicitamente, excluir determinada possibilidade de interpretação, por inconstitucionalidade, o Tribunal não declara — até porque seria materialmente impossível fazê-lo — a inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações de certo texto normativo.

Por outro lado, a afirmação de que a interpretação conforme à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade são uma e mesma categoria, se parcialmente correta no plano das Cortes Constitucionais e do Supremo Tribunal Federal, é de todo inadequada na esfera da jurisdição ordinária, cujas decisões não são dotadas de força vinculante geral<sup>129</sup>.

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade*

*sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão (*a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro*).

A decisão proferida na ADIn 491 parece indicar que o Supremo Tribunal Federal está disposto a afastar-se da orientação anterior, que equiparava a interpretação conforme à Constituição à *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*, passando a deixar explícito, no caso de declaração de nulidade sem redução de texto, que determinadas hipóteses de aplicação, constantes de programa normativo da lei, são inconstitucionais e, por isso, nulas<sup>130</sup>.

Também na ADIn 939, na qual se questionava a cobrança do IPMF, declarou o Tribunal a inconstitucionalidade sem redução do texto dos arts. 3º, 4º e 8º da Lei Complementar n. 77/93, nos pontos em que determinou a incidência da exação sobre as pessoas jurídicas de Direito Público e as demais entidades ou empresas referidas nas alíneas *a*, *b*, *c* e *d* do inciso VI do art. 150 da Constituição<sup>131</sup>.

Mais recentemente, reconheceu-se a possibilidade de “explicitação, no campo da liminar, do alcance de dispositivos de uma certa lei, sem afastamento da eficácia no que se mostre consentânea com a Constituição Federal”<sup>132</sup>.

Esses precedentes estão a denotar que a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto parece ter ganho autonomia como técnica de decisão no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Tudo indica, pois, que, gradual e positivamente, o Supremo Tribunal afastou-se da posição inicialmente fixada, que equiparava simplesmente a interpretação conforme à Constituição à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Neste tema, parece que o legislador fez, pelo que se depreende do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868, uma clara opção pela separação das figuras da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto e a interpretação conforme à Constituição.

### 13. Referências bibliográficas

- ANSCHÜTZ**, Gerhard. *Verhandlungen des 34. Juristentags*, Berlim e Leipzig, 1927, vol. II.
- ARECHAGA**, Eduardo Jiménez. *A ação declaratória de inconstitucionalidade na Constituição uruguaia de 1934*, RF, 86.
- BACHOF**, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Atlântida, 1977.
- BARBI**, Celso Agrícola. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*, RDP, 1(4):37.
- BARBOSA**, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. In: *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.
- BARBOSA**, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre Septentrional*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1910, v. 1.
- BASTOS**, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982.
- BASTOS**, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.



- BASTOS**, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BITAR**, Orlando. *A lei e a Constituição*. In: *Obras completas de Orlando Bitar*. Brasília, Conselho Federal de Cultura, 1978, v. 2.
- BITAR**, Orlando. *A lei e a Constituição*. In: *Obras completas de Orlando Bitar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, v. 1.
- BITTENCOURT**, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BONAVIDES**, Paulo. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BUENO**, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.
- BUZUID**, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CALAMANDREI**, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1968, v. 3.
- CALMON**, Pedro. *Intervenção federal: o art. 12 da Constituição de 1934*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.
- CAMPOS**, Francisco Luiz da Silva. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 1.
- CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.
- CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina.
- CASTRO**, Araújo. *A nova Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.
- CAVALCANTI**, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- DICEY**, Albert Venn. *Lectures introductory to the study of the law of the Constitution*. London, 1885, p. 165-6, apud **BARBOSA**, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 46.
- ERICHSEN**, Hans-Uwe & **MARTENS**, Wolfgang (Org.). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 9. ed. Berlin-Nova York, 1992.
- FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FRANCO**, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- GENZMER**, Felix. *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Handbuch des Deutschen Staatsrechts*. 1932, t. II.
- GRIMM**, Dieter. *Zum Verhältnis von Interpretationslehre Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen*. In: *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Rechtstheorie Beiheft 4. 1982.
- HÄBERLE**, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit*. In: **BADURA**, Peter & **DREIER**, Horst. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2001.
- HÄBERLE**, Peter. *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: **HÄBERLE**, Peter. *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, p. 1 (14).
- HEIN**, Peter. *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*. Baden-Baden, 1988.
- HESSE**, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13. erg. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.

- IPSEN**, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 1980.
- JAFFIN**, George. *Evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos*, in: Revista Forense, Rio de Janeiro, Vol. 86, Ano 38, Abril de 1941.
- KELSEN**, Hans. *A garantia jurisdicional da Constituição*. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão por Alexandre Krug, do italiano por Eduardo Brandão e do francês por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN**, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen, 1911.
- KELSEN**, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN**, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione*. In: *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981.
- KELSEN**, Hans. *Teoría general del Estado*. Trad. Luiz Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934.
- KELSEN**, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Caderno 5, 1929.
- LEAL**, Victor Nunes. *Leis complementares da Constituição*, RDA 7.
- LINARES QUINTANA**, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires: Ed. Alta, 1953, v. 2.
- MANGABEIRA**, João. *Em torno da Constituição*. São Paulo: Nacional, 1934.
- MELLO**, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das constituições rígidas*, 2ª ed., São Paulo, Bushatsky, 1980.
- MIRANDA**, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.
- MIRANDA**, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1938, v. 1.
- MOREIRA**, José Carlos Barbosa. *As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara n. 13, 1964.
- MOTTA FILHO**, Cândido. *A evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. RF n. 86.
- MOURA**, Genésio de Almeida. *Inconstitucionalidade das leis*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo n. 37.
- NUNES**, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- PESTALOZZA**, Christian. “*Noch versassungsmässige*” und “*bloss verfassungswidrige*” *Rechtsslagen*. In: *STARCK, Christian (Org.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1. Aufl., Tübingen: Mohr, 1976, v. 1.
- PESTALOZZA**, Christian. *Verfassungsprozessrecht: die verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*. 2. Aufl., München: C. H. Beck, 1982.
- PINTO**, Bilac. *Parecer: inconstitucionalidade do Decreto-lei no 8.946, de 1946*. RF. Rio de Janeiro.
- POLLETTI**, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- ROUSSEAU**, Dominique. *Do Conselho Constitucional ao Tribunal Constitucional?* In: *Direito Público - Ano I, Nº 3*. Brasília: IDP/Síntese, jan-mar 2004.
- RUFFIA**, Biscaretti di. *Derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Technos, 1984.
- SEGADO**, Francisco Fernández. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelsiano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*. In: *Direito Público - Ano I, nº 2*. Brasília: IDP/Síntese, out-dez 2003.
- SARLET**, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

- SCHLAICH**, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung Verfahren, Entscheidungen*. 1. Aufl., München: C.H. Beck, 1985.
- SCHLAICH**, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht; Stellung Verfahren, Entscheidungen*, 3ª ed., München, C. H. Beck, 1994.
- SILVA**, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SÖHN**, Hartmut. *Die abstrakte Normenkontrolle*, in Christian Starck (org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1. Aufl, Tübingen, Mohr, 1970, v. 1.
- STRECK**, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005.
- TEMER**, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- THOMA**, Richard. *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*. 1932, t. II.
- TOMUSCHAT**, Christian. *Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte*. In: *BADURA, Peter & DREIER, Horst (Org.). Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. 2001, Tübingen: Mohr- Siebeck, vol. 1.

---

\* Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil; Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1988), com a dissertação *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Políticos e Jurídicos*; Mestre em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA (1989), com a dissertação *Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der abstrakten Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht* (Pressupostos de admissibilidade do Controle Abstrato de Normas perante a Corte Constitucional Alemã); Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA (1990), com a tese *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, publicada na série *Schriften zum Öffentlichen Recht*, da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991 (a tradução para o português foi publicada sob o título *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 395 p.). Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Membro do Conselho Assessor do “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional” – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Madri, Espanha. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Internacional de Direito e Economia – AIDE.

<sup>1</sup> Conferir também: RE 211.018/SP, DJ 29.9.2004, decisão monocrática (O Ministro Celso de Mello acentua “a irrecusável condição de normas formalmente constitucionais” dos preceitos do ADCT).

<sup>2</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, cit. p. 84-6; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 1338-1339.

<sup>3</sup> Cf. também: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 1338-1339.

<sup>4</sup> Vide também: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 1338-1339.

<sup>5</sup> Cf. Também: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 949 e ss.

<sup>6</sup> Cf. também Kelsen, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. *VVDStRL*, Caderno 5, 1929, p. 78-9.

<sup>7</sup> A moderna doutrina constitucional alemã desenvolveu, porém, a teoria da eficácia externa (*Drittwirkung*) dos direitos fundamentais, que amplia, de forma significativa, o raio de abrangência dessas garantias, passando a reconhecer a vinculação de entidades públicas e privadas. E, nas hipóteses em que se admite essa eficácia externa imediata dos direitos fundamentais, haveria de se cogitar, propriamente da inconstitucionalidade em relação a atos da atividade privada. Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit. p. 139-43; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, cit. p. 465-72; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 1286 e ss.

<sup>8</sup> Nesse sentido: GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês*. In: *Revista de Informação Legislativa*, a. 40, n. 158, abr. jun./2003, p. 97 e ss.

<sup>9</sup> A propositura da ação direta para aferição da constitucionalidade do decreto legislativo possibilita que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem jurídica interna ainda sejam obstadas, de forma que se apresenta dispensável, pois, qualquer esforço com vistas a conferir caráter preventivo ao controle de constitucionalidade nestas hipóteses. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 210.

<sup>10</sup> MS 20.257/DF, Relator Décio Miranda, *DJ* 8.10.1980; MS 24.138, Relator Gilmar Mendes, *DJ* 28.11.2002

<sup>11</sup> ADI 466/DF, Relator Celso de Mello, *DJ* 10.5.1991; ADI 3367/DF, Relator Cezar Peluso, *DJ* 17.3.2006.

<sup>12</sup> Cf. MARENHOLZ, Ernst Gottfried. Europäische Verfassungsgerichte. *JöR (Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart)* 49 (2001), S. 15-30 (20 ff.), p. 23.

<sup>13</sup> “Artigo 234º (ex-artigo 177º)

*O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial:*

a) *Sobre a interpretação do presente Tratado;*

b) *Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas Instituições da Comunidade e pelo BCE;*

c) *Sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.*

*Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.*

*Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça.”*

<sup>14</sup> Cf. MARENHOLZ, Ernst Gottfried. Europäische Verfassungsgerichte. *JöR*, cit. p. 15 (20-21).

<sup>15</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit. v. 2, p. 302-3; ZAGREBELSKI, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, cit. p. 33-8; PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: *Enciclopedia del Diritto*. Varese: Giuffrè, 1962, v. 10, p. 904-5.

<sup>16</sup> Súmula n. 5.

<sup>17</sup> Rp 890/GB, Relator Oswaldo Trigueiro, *DJ* 7.6.1974, p. 3932; Rp 1.051/GO, Relator Moreira Alves, *DJ* 15.5.1981.

<sup>18</sup> MS 20.471/DF, Relator Francisco Rezek, *RTJ* 112, t. 3, p. 1031-41.

<sup>19</sup> SS-Agr 327/DF, Relator Sydney Sanches, *DJ* 5.6.1992; MS 22.503/DF, Relator Maurício Corrêa, *DJ* 6.6.1997; ADI 2.666/DF, Relator Ellen Gracie, *DJ* 6.12.2002; ADC/DF, Relator Nelson Jobim, *DJ* 9.5.2003.

<sup>20</sup> MS 20.257/DF, Relator Moreira Alves, *RTJ* 99, t. 3, p. 1031.

<sup>21</sup> MS 20.257/DF, Relator Moreira Alves, *RTJ* 99, t. 3, p. 1031.

<sup>22</sup> Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Mulino, 1979, p. 26-30; SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeitskontrolle insbesondere bei Gesetzen. In: STARCK, Christian. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit. p. 392-3.

<sup>23</sup> Cf., sobre o assunto, BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit. p. 121-3, que afirma a incensurabilidade dos motivos do legislador, invocando os precedentes da Suprema Corte americana e do Supremo Tribunal Federal; MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 1, p. 157. V. também PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: *Enciclopedia del Diritto*, cit. p. 906-7.

<sup>24</sup> Cf., também, art. 28 da Lei n. 87, de 1953, que organiza a Corte Constitucional italiana, *verbis*: "il controllo di legittimità della Corte Costituzionale su una legge esclude ogni valutazione di natura politica ed ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale".

<sup>25</sup> *BVerfGE*, 1:15.

<sup>26</sup> Cf., sobre o assunto, em Direito Administrativo, ERICHSEN, Hans-Uwe & MARTENS, Wolfgang (Org.). *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. p. 188.

<sup>27</sup> Cf. ADI 2/DF, Relator Paulo Brossard, *DJ* 21.11.1997; ADI 718/MA, Relator Sepúlveda Pertence, *DJ* 18.12.1998.

<sup>28</sup> Cf., também, BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In *Obras completas de Orlando Bitar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, v. 1, p. 620.

<sup>29</sup> Decisão do Tribunal Constitucional alemão (*BVerfGE*, 2:124).

<sup>30</sup> Decisões do Tribunal Constitucional alemão (*BVerfGE*, 2:124-8).

<sup>31</sup> *BVerfGE*, 2:124(130-1).

<sup>32</sup> *BVerfGE*, 2:124(130); cf. também BACHOF, Otto. *Zur Auslegung des art. 100*, Abs. 1 GG, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1951, p. 14. Deve-se observar que o Tribunal admite apreciar, no processo de controle

concreto de normas, as leis pré-constitucionais que foram modificadas ou confirmadas, isto é, *assumidas* pelo legislador pós-constitucional (cf. *BVerfGE*, 63:181(188 e s.); v. ainda ZEIDLER, Wolfgang. Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen. *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, Heft 8/9, 6 maio 1988, p. 208.

<sup>33</sup> LEAL, Victor Nunes. Leis complementares da Constituição, *RDA* 7, cit. p. 389.

<sup>34</sup> Rp 946/DF, Relator Xavier de Albuquerque, *RTJ* 82, t. 1, p. 44; Rp 969/DF, Relator Antonio Nader, *RTJ* 99, t. 2, p. 544.

<sup>35</sup> Rp 946/DF, Relator Xavier de Albuquerque, *RTJ* 82, t. 1, p. 46.

<sup>36</sup> Rp 969/DF, Relator Antonio Nader, *RTJ* 99, t. 2, p. 544.

<sup>37</sup> Rp 1.012/SP, Relator Moreira Alves, *RTJ* 95, t. 3, p. 980-91.

<sup>38</sup> Voto do ministro Sepúlveda Pertence na ADI 2/DF, *DJ* 21.11.1997.

<sup>39</sup> Cf. BROSSARD, Paulo. A Constituição e as leis anteriores. *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 180 (1992), p. 125 (126-7).

<sup>40</sup> *BVerfGE* 6, 257 (264); Cf., JÜLICHER, Friedrich. *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen*. Berlim, 1972, p. 13.

<sup>41</sup> *BVerfGE* 56, 54 (70 s.); 55, 37 (53);.

<sup>42</sup> LERCHE, Peter. Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven. Zu den “nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen”. *AöR* 90 (1965), p. 341 (352); JÜLICHER, Friedrich. *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen*, cit. p. 33; STERN. *Bonner Kommentar*. Art. 93, *RdNr* 285; LECHNER, *NJW* 1955, p. 181 s.; SCHMIDT-BLEIBTREAU. In: Maunz entre outros. *BVerfGG*, § 90, *RdNr*. 121.

<sup>43</sup> Cf. *BVerfGE* 18, 288 (301); 22, 349 (360).

<sup>44</sup> Cf. *BVerfGE* 25, 101.

<sup>45</sup> Cf., a propósito, MAURER, Hartmut. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. In: *Festschrift für Werner Weber*. Berlim, 1974, p. 345 (349); IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit. p. 109; JÜLICHER, Friedrich. *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen*, cit. p. 51 s.

<sup>46</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit. p. 198.

<sup>47</sup> Cf., sobre o assunto, LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1976, p. 619; CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit. p. 757-9; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p. 1059 e s.

<sup>48</sup> O direito de resistência (art. 20, parágrafo 4º), introduzido por emenda constitucional, não está coberto pela cláusula de intangibilidade (cf. PIEROTH, Bodo & SCHLINCK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht*. Heidelberg: C.F., Müller, 1987, p. 263).

<sup>49</sup> ADI 3.367/DF, Relator Cezar Peluso, *DJ* 17.3.2006; ADI 3685/DF, Relatora Ellen Gracie, *DJ* 10.8.2006; ADI 3.128/DF Relator p/ acórdão Cezar Peluso, *DJ* 18.2.2005; ADI 3.105/DF, Relator Cezar Peluso, *DJ* 18.2.2005; MS 24.642/DF, Relator Carlos Velloso, *DJ* 18.06.2004; ADI 1.946/DF, Relator Sydney Sanches, *DJ* 16.5.2003; ADI-MC 1.946/DF, Relator Sydney Sanches, *DJ* 14.9.2001; ADI-MC 1.805/DF, Relator Néri da Silveira, *DJ* 14.11.2003; ADI-MC 1.497/DF, Relator Marco Aurélio, *DJ* 13.12.2002; ADI-MC 1.420/DF, Relator Néri da Silveira, *DJ* 19.12.1997; ADI 997/RS, Relator Moreira Alves, *DJ* 30.8.1996; ADI 815/DF, Relator Moreira Alves, *DJ* 10.5.1996; ADI 939/DF, Relator Sydney Sanches, *DJ* 18.3.1994; ADI-MC 926/DF, Relator Sydney Sanches, *DJ* 6.5.1994; ADI 830/DF, Relator Moreira Alves, *DJ* 16.9.1994; ADI 466/DF, Celso De Mello, *DJ* 10.5.1991.

<sup>50</sup> Cf., a propósito, BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 27-28; BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *RDP* n. 4, 1968, p.36; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 155.

<sup>51</sup> Cf., a propósito, MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional (Estudos em homenagem a Anna Maria Villela). In: *Revista de Informação Legislativa*, Ano 41, n. 162, abril/junho 2004, p. 149-168.

<sup>52</sup> Afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentada proposta de instituição de um Tribunal especial, dotado de competência para apreciar questões constitucionais suscitadas no curso dos processos ordinários, bem como para julgar pedido de arguição de inconstitucionalidade formulado por “qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto (...)”. O projeto de autoria do Deputado Nilo Alvarenga criava uma Corte Constitucional, inspirada na proposta de Kelsen, e confiava a sua provocação a qualquer sujeito de direito (cf. ALENCAR, Ana

Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa* n. 57, 1978, 15(57):237-45).

<sup>53</sup> Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20.12.1933, *Annaes da Assembléia Nacional Constituinte*. Rio de Janeiro, 1935, v. 3, p. 33-5.

<sup>54</sup> Cf. CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro. *RF* n. 73, p. 246-9.

<sup>55</sup> Rp 93, de 16.7.1947, Annibal Freire, *AJ* 85:3;

<sup>56</sup> Cf., também, Rp 94, de 17.7.1947, Castro Nunes, *AJ* 85:31.

<sup>57</sup> Rp 94, de 17.7.1947, *AJ* 85:33.

<sup>58</sup> *AJ* 85:34.

<sup>59</sup> Rp 94, de 17.7.1947, *AJ* 85:34.

<sup>60</sup> BRASIL. *Constituição* (1946). p. 67.

<sup>61</sup> BRASIL. *Constituição* (1946). p. 88-90.

<sup>62</sup> Mensagem n. 81, de 1976, *Diário do Congresso Nacional*. O Texto Magno de 1988 não manteve esse instituto no ordenamento constitucional brasileiro.

<sup>63</sup> A Constituição de 1988 manteve a competência do Supremo Tribunal para conceder liminar na *ação de inconstitucionalidade* (art. 102, I, p).

<sup>64</sup> *DJ* 4.9.1970, p. 3971 e s.

<sup>65</sup> Rp 1.349, Relator Aldir Passarinho, *RTJ* 129, t. 1, p. 41. O Tribunal considerou inepta a representação, entendendo que, como a Constituição previa uma ação de inconstitucionalidade, não poderia o titular da ação demonstrar, de maneira insofismável, que perseguia outros desideratos.

<sup>66</sup> Cf., dentre outras, ADI 716/RN, Relator Carlos Velloso, *DJ* 29.4.1992, p. 5606.

<sup>67</sup> LEAL, Victor Nunes. Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado. *RDP* 53-54:25 (33).

<sup>68</sup> O Professor Haroldo Valladão exerceu o cargo de Procurador-Geral da República no período de 19.4.1967 a 13.11.1967.

<sup>69</sup> Ver BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *RDP* n. 4, cit., p. 40; MOREIRA, José Carlos Barbosa. As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, cit. p. 67; BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, cit. p. 101-110; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*, cit. p. 115-118; Arquivamento de representação por inconstitucionalidade da lei. *RDP* 16:169; LEAL, Victor Nunes. Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *RDP* 53-54, cit. p. 25; MARINHO, Josaphat. Inconstitucionalidade de lei — representação ao STF. *RDP* 12, cit., p. 50; MELLO, José Luiz de Anhaia. *Os princípios constitucionais e sua proteção*, cit. p. 22-28; MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, cit. p. 43-44; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Voto proferido no Conselho Federal da OAB. *Arquivos do Ministério da Justiça*, cit. p. 25; WALD, Arnoldo. Voto. *Arquivos do Ministério da Justiça*, 118:46-7.

<sup>70</sup> A Constituição de 1988 introduziu modificações nos chamados “princípios sensíveis”. Ao invés da longa enumeração constante da Constituição de 1967/69, limitou-se o constituinte a enunciar expressamente os seguintes princípios: *a*) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; *b*) direitos da pessoa humana; *c*) autonomia municipal; *d*) prestação de contas da administração pública, direta e indireta (CF, art. 34, VII, *a a d*).

<sup>71</sup> Única exceção pode ser verificada no México, onde o “recurso de amparo” permitiu, sob a aparência de unidade, o desenvolvimento de diferentes institutos [cf., a propósito, FIX-ZAMUDIO, Héctor. Das Problem der Verfassungskontrolle. *JöR* n. 25, 1976, p. 649 (663)].

<sup>72</sup> Cf., a propósito, FIX-ZAMUDIO, Héctor. Das Problem der Verfassungskontrolle, *JöR* n. 25, 1976, p. 652 (672), e Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika. In: HORN, Hans-Rudolf & WEBER, Albrecht. *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*. Baden-Baden, 1989, p. 129 (159).

<sup>73</sup> Embora formulado de maneira pouco clara, é certo que o habeas data destina-se a proteger aspecto autônomo do direito de personalidade, o chamado direito de autodeterminação sobre informações — *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* —, que assegura a cada indivíduo o poder de decidir quando e em que medida informações de índole pessoal podem ser fornecidas ou utilizadas por terceiros (cf., sobre o assunto, no direito alemão, PIEROTH, Bodo & SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte — Staatsrecht II*. 11. ed. Heidelberg, 1995, p. 97).

<sup>74</sup> Apenas em 1986 foram interpostos 4.124 recursos extraordinários (cf., a propósito, CORRÊA, Oscar. *O Supremo Tribunal Federal Corte Constitucional do Brasil*. p. 38-9).

<sup>75</sup> O *writ of error* foi substituído no Direito americano pelo *appeal* (cf., a propósito, HALLER, Walter. *Supreme*

Court und Politik in den USA. *The American Political Science Review* v. LXX, n.2, p. 105, june/1976).

<sup>76</sup> O recurso extraordinário, assim como outros recursos, pode ser proposto também pelo terceiro prejudicado (CPC, art. 499).

<sup>77</sup> Essa alteração não trouxe qualquer mudança positiva no número de recursos extraordinários propostos. Enquanto em 1988, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/69, foram propostos 2.342 recursos extraordinários, em 1989, já sob o império da Constituição de 1988, foram distribuídos 3.060 recursos dessa índole. Essa tendência acentuou-se nos anos seguintes: 1990 - 10.833 recursos extraordinários; 1991, 10.247 (cf. Dados dos Relatórios do STF).

<sup>78</sup> Essa disposição foi desenvolvida segundo modelo do art. 283 da Constituição portuguesa:

“A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

(2) Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”.

<sup>79</sup> Cf., a propósito, as propostas de Vilson Souza e Vivaldo Barbosa à Comissão de Organização de Poderes e Sistema de Governo da Assembléia Constituinte, in: *Assembléia Nacional Constituinte, Emendas oferecidas à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo*, 1988, p. 214 e 342.

<sup>80</sup> O art. 60 da Constituição recebeu nova redação, estabelecendo, no seu § 5º que “nenhum recurso judiciário é permitido para a justiça federal, ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração de estado de sítio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade, a perda de mandato aos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo”.

<sup>81</sup> Cf., a propósito, SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional; doutrina e processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p. 125-30.

<sup>82</sup> Cf., a propósito, BASTOS. *Curso...*, cit., p. 58.

<sup>83</sup> Cf., sobre o tema, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1986, p. 795.

<sup>84</sup> Cf., também, CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1972, p. 4-10; CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, in *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1968, v. 3, p. 373 e s.; ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, Bologna, Mulino, 1979, p. 84 e s.

<sup>85</sup> Cf., também, ZAGREBELSKY. *La giustizia...*, cit., p. 84; CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità...*, cit., p. 4-10.

<sup>86</sup> A proposta tinha o seguinte teor:

"Art. 1º *Suprima-se o inciso X do art. 52, renumerando-se os demais.*

Art. 2º *Os arts. 102 e 103 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:*

"Art. 102. (...)

§ 1º *A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma desta lei.*

§ 2º *As decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal, nos processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e no controle de constitucionalidade da omissão, têm eficácia erga omnes e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos.*

§ 3º *Lei complementar poderá outorgar a outras decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia erga omnes, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos"*

"Art. 103. (...)

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º (...).

§ 4º *Os órgãos ou entes referidos nos incisos I a X deste artigos podem propor ação*

*declaratória de constitucionalidade, que vinculará as instâncias inferiores, quando decidida no mérito"*

<sup>87</sup> Cf., a propósito, os dois substitutivos apresentados pelo Deputado Benito Gama, Relator da Comissão Especial destinada a examinar a Proposta de Emenda à Constituição n. 48-a, de 1991.

<sup>88</sup> A Emenda n. 3, de 1993, assim disciplinou o instituto:

"Art. 102. (...)

I -

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;

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

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

"Art. 103. (...)

§ 4º A ação declaratória da constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República."

<sup>89</sup> Cfr. ADC 1/DF, Relator Moreira Alves, Pleno, DJ 16.6.95

<sup>90</sup> Em 16.8.2006, a autuação do Supremo Tribunal Federal registrava a ADI 3.777.

<sup>91</sup> ADPF-QO 1/RJ, voto do Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 7.11.2003.

<sup>92</sup> Projeto de Lei n. 2.960, de 1997 (PLC n. 10, no Senado Federal) sobre ADI e ADC, convertido na Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

<sup>93</sup> Substitutivo do Deputado Aloysio Nunes Ferreira a PEC n. 96-A/92.:

"Art. 103 (...).

§ 5º O Supremo Tribunal Federal, a pedido das pessoas e entidades mencionadas no art. 103, de qualquer tribunal, de Procurador-Geral de Justiça, de Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado, quando for relevante o fundamento de controvérsia judicial sobre a constitucionalidade de lei, ato normativo federal ou de outra questão constitucional, federal, estadual ou municipal, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão, salvo para medidas urgentes, de processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão exclusivamente sobre matéria constitucional suscitada, ouvido o Procurador-Geral da República".

<sup>94</sup> Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

<sup>95</sup> Rcl. nº 141, Rel. Min. Rocha Lagoa, DJ de 25.01.1952.

<sup>96</sup> A Reclamação foi adotada pelo Regimento Interno do STF em 02.10.1957, dentro da competência que lhe dava a Constituição de 1946, em seu art. 97, II, quando foi aprovada proposta dos Ministros Lafayette de Andrada e Ribeiro da Costa, no sentido de incluir o instituto no RISTF, em seu Título II, Capítulo V-"A", intitulado "Da Reclamação": ATA DA TRIGÉSIMA SESSÃO DO TRIBUNAL PLENO, EM 2 DE OUTUBRO DE 1957.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Orosimbo Nonato da Silva – Procuradô General da Republica, o Exmo. Sr. Dr. Carlos Medeiros Silva – Secretário, Sr. Hugo Mosca – Diretor de Serviço, na ausência justificada da Sra. Olga Menge S. Wood – Vice Diretora.

[...]

#### Emenda do Regimento Interno

O Sr. Ministro Ribeiro da Costa propôs pela Comissão do Regimento a seguinte emenda.

Inclua-se no Regimento Interno - No título III como capítulo V-A:

Da Reclamação

Art. 1º - O Supremo Tribunal Federal poderá admitir reclamação do Procuradô General da Republica, ou de interessado na causa, a fim de preservar a integridade de sua competência ou assegurar a autoridade de seu julgado.

Art. 2º Ao Tribunal competirá, se necessário:

I- Avocar o reconhecimento de processo em que se verifique manifesta usurpação de sua competência, ou desrespeito de decisão que haja proferido;

II- determinar lhe sejam enviados os autos de recurso para ele interposto e cuja remessa esteja sendo indevidamente retardada.

Art. 3º A reclamação em qualquer dos casos previstos no artigo anterior, deverá ser instruída com prova documental dos requisitos para a sua admissão.

§ 1º O relator, a quem for distribuída a reclamação, requisitará informações da autoridade, que as prestará dentro de 48 horas.

§ 2º Em face de prova, convincente, poderá ser ordenada a suspensão do curso do processo, ou a imediata remessa dos autos ao Tribunal.

§ 3º Qualquer dos interessados poderá impugnar por escrito o pedido do reclamante.

§ 4º Salvo quando por ele requerida, o Procuradô General da Republica será ouvido no prazo de tres dias sobre a reclamação.

Art. 4º A reclamação será incluída na pauta da primeira sessão do Tribunal que se realizar após a devolução dos autos pelo relatór à Secretaria.



Parágrafo Único. O Presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento de decisão, lavrando-se depois o respectivo acórdão.

Justificação

A medida processual de caráter acentuadamente disciplinar e correccional, denominada reclamação, embora não prevista, de modo expresse, no art. 101, ns. I a IV, da Constituição Federal, tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, exercendo-se nesses casos, sua função corregedora, a fim de salvaguardar a extensão e os efeitos de seus julgados, em cumprimento dos quais se avocou legítima e oportuna intervenção.

A medida da reclamação compreende a faculdade cometida nos órgãos do Poder Judiciário para, em processo especial, corrigir excessos, abusos e irregularidades derivados de atos de autoridades judiciárias, ou de serventários que lhe sejam subordinados. Visa manter sua inteireza e plenitude o prestígio da autoridade, a supremacia da lei, a ordem processual e a força da coisa julgada.

É, sem dúvida, a Reclamação meio idoneo para obviar os efeitos de atos de autoridades, administrativas ou judiciárias, que pelas circunstâncias excepcionais, de que se revestem, exigem a pronta aplicação de corretivo, enérgico, imediato e eficaz que impeça a proceccução de violência ou atentado à ordem jurídica.

Assim, a proposição em apreço entende com a atribuição concedida a este Tribunal pelo art. 97 n. II, da Carta Magna, e vem suprir omissão contida no seu Regimento Interno.

Rio, 2 de outubro de 1957. (ass.) A.C.Lafayette de Andrada. - A.M. Ribeiro da Costa, Relatôr.

Falaram, apoiando, os Srs. Ministros Ary Franco e Hahnemann Guimarães.

Foi aprovado em sessão de 2 de outubro de 1957. Inclua-se no Regimento.

(a) Orosimbo Nonato.

<sup>97</sup> Cf. CF de 1967, art. 115, parágrafo único, “c”, e EC 1/69, art. 120, § único, “c”. Posteriormente, a EC nº 7, de 13.04.77, em seu art. 119, I, “o”, sobre a advocatôria, e no § 3º, “c”, do mesmo dispositivo, que autorizou o RISTF estabelecer “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal”.

<sup>98</sup> Pacheco, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, Capítulo Único, p.601-635.

<sup>99</sup> Rcl. nº 336, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 19.12.90, DJ de 15.03.91.

<sup>100</sup> Cf. Dantas, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p.438-439.

<sup>101</sup> Cf. Pontes de Miranda, “Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo: Forense, tomo V/384.

<sup>102</sup> Cf. Dinamarco, Cândido Rangel. *A reclamação no processo civil brasileiro*. In: Nery Júnior, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.6, p. 100-101. Cf., ainda, Grinover, Ada Pellegrini; Gomes Filho, Antônio Magalhaes e Fernances, Antonio Scarance, in: Recursos no Processo Penal, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 423. Veja também voto-vista do Min. Rafael Mayer na Representação nº 1.092, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ de 19.12.1984; Nonato, Orosimbo, *apud* Cordeiro de Mello, *O processo no Supremo Tribunal Federal*, vol. 1/280.

<sup>103</sup> Cf. Moniz de Aragão, E.D. *A Correição Parcial*. São Paulo: José Bushatsky, 1969, p.106.

<sup>104</sup> Cf. Santos, Moacyr Amaral dos. RTJ 56/546-548; Lima, Alcides de Mendonça. O Poder Judiciário e a Nova Constituição. Aide, 1989, p. 80.

<sup>105</sup> Cf. WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional law of the United States*. New York, 1910, v. 1, p. 9-10. Cf. também COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations*. 4. ed. Boston, 1878, p. 227.

<sup>106</sup> Cf. BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, cit. p. 128-32.

<sup>107</sup> Rp 1.318, Carlos Madeira, RDA jul./set. 1987, 169:60-6; Rp 1.478, Octavio Gallotti, RDA abr./jun. 1988, 172:95; Rp 1.433, Francisco Rezek, RDA jan./mar. 1988, 171:107.

<sup>108</sup> Rp 1.304, Célio Borja, RDA jan./mar. 1988, 171:109-18.

<sup>109</sup> Dentre outras, Rp 980, Relator Moreira Alves, RTJ 96, p. 496 e s.; ADI 574, Relator Ilmar Galvão, DJ 11.3.1994, p. 4111; ADI 89, Relator Ilmar Galvão, DJ 20.8.1993, p. 16316; ADI 805, Relator Celso de Mello, DJ 8.4.1994, p. 7225.

<sup>110</sup> Dentre outras, ADI 3.098/SP, Relator Carlos Velloso, DJ 10.3.2006; ADI 3.259/PA, Relator Eros Grau, DJ 24.2.2006; ADI 3.186/DF, Relator Gilmar Mendes, DJ 12.5.2006; ADI 3.035/PR, Relator Gilmar Mendes, DJ 14.10.2005; ADI 3.323/DF, Relator Joaquim Barbosa, DJ 23.9.2005; ADI 1.007/PE, Relator Eros Grau, DJ 24.2.2006; ADI 1.704/MT, Relator Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 532/SP, Relator Marco Aurélio, DJ 11.3.2005; ADI 3.055/PR, Relator Carlos Velloso, DJ 3.2.2006; ADI 1.475/DF, Relator Octavio Gallotti, DJ

4.5.2001; ADI 2.101/MS, Relator Maurício Corrêa, *DJ* 5.10.2001; ADI 2.847/DF, Relator Carlos Velloso, *DJ* 26.11.2004.

<sup>111</sup> Dentre outras, ADI 3.061/AP, Relator Carlos Britto, *DJ* 9.6.2006; ADI 2.302/RS, Relator Gilmar Mendes, *DJ* 24. 3.2006; ADI 3.254/ES, Relatora Ellen Gracie, *DJ* 2.12.2005; ADI 2.249/DF, Relator Gilmar Mendes, *DJ* 17.2.2006; ADI 2.170/SP, Relator Sepúlveda Pertence, *DJ* 9.9.2005; ADI 3.051/MG, Relator Carlos Britto, *DJ* 28.10.2005; ADI 2.966/RO, Relator Joaquim Barbosa, *DJ* 6.5.2005; ADI 3.267/MT, Relator Joaquim Barbosa, *DJ* 24.6.2005; ADI 2.750/ES, Relator Eros Grau, *DJ* 26.8.2005.

<sup>112</sup> ADI 2.895, Relator Carlos Velloso, 2.2.2005; ADI 2.653, Relator Carlos Velloso, *DJ* 31.10.2003.

<sup>113</sup> Rp 1.305, Sydney Sanches, *RDA out./dez.* 1987, 170:46-60.

<sup>114</sup> Rp. 1.379, Relator Moreira Alves, *DJ* 11.9.1987. Ver, também, BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit. p. 125-7; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, cit. p. 269.

<sup>115</sup> Rp 1.379, Relator Moreira Alves, *DJ* 11.9.1987.

<sup>116</sup> Essa disposição foi, igualmente, incorporada à Constituição de 1988 (art. 150, II).

<sup>117</sup> RMS 11.853, Relator Luiz Gallotti, *DJ* 17.8.1966; RMS 13.208, Relator Vilas Boas, *DJ* 11.5.1966; RMS 13.694, Relator Carlos Medeiros da Silva, *DJ* 10.8.1966; RMS 16.588, Relator Victor Nunes, *DJ* 12.3.1968; RMS 16.661, Relator Evandro Lins e Silva, *RTJ* 59, t. 1, p. 185; RE 61.102, Relator Oswaldo Trigueiro, *DJ* 14.2.1968.

<sup>118</sup> RMS 16.986, Relator Aliomar Baleeiro, *RTJ* 43, p. 575; RMS 16.661, Relator Evandro Lins e Silva, *RTJ* 59, p. 185; RE-EDv 69.749, Relator Bilac Pinto, *RTJ* 61, t. 1, p. 130; RE 63.318, Relator Victor Nunes Leal, *RTJ* 46, t. 1, p. 205; RE 99.180, Relator Djaci Falcão, *RTJ* 106, t. 3, p. 847.

<sup>119</sup> Cf. também BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit. p. 93.

<sup>120</sup> Rp 948, Relator Moreira Alves, *RTJ* 82, t. 1, p. 55-6; Rp 1.100, *RTJ* 115, t. 3, p. 993 e s.

<sup>121</sup> Cf., a propósito, Rp 1.454, Relator Octavio Gallotti, *RTJ* 125, t. 3, p. 997.

<sup>122</sup> Cf., a propósito, Rp 1.389, Relator Oscar Corrêa, *RTJ* 126, p. 514; Rp 1.454, Relator Octavio Gallotti, *RTJ* 125, t. 3, p. 997; Rp 1.399, Relator Aldir Passarinho, *DJ* 9.9.1988.

<sup>123</sup> Cf., a propósito, BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit. p. 95.

<sup>124</sup> A chamada *representação* interpretativa foi introduzida no direito brasileiro pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, e deveria contribuir — tal como ressaltado na Exposição de Motivos do Governo — para dirimir controvérsias sobre interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. O direito de propositura foi confiado exclusivamente ao Procurador-Geral da República (CF de 1967/69, art. 119, I, *l*). A Constituição de 1988 não incorporou esse instituto.

<sup>125</sup> Cf. Rp 1.417, Relator Moreira Alves, *RTJ* 126, t. 1, p. 48 e s.

<sup>126</sup> Voto na Rp 1.417, *DJ* 15.4.1988.

<sup>127</sup> Rp 1.417, Relator Moreira Alves, *RTJ* 126, t. 1, p. 48.

<sup>128</sup> ADI-MC 491, Relator Moreira Alves, *RTJ* 137, t. 1, p. 90; ADI 319, Relator Moreira Alves, *DJ* 30.4.1993.

<sup>129</sup> Cf. SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. München: C. H. Beck, 1985, p. 187.

<sup>130</sup> ADI-MC 491, Relator Moreira Alves, *RTJ* 137, t. 1, p. 90.

<sup>131</sup> ADI 939, Relator Sydney Sanches, *DJ* 18.3.1994, p. 5165-6.

<sup>132</sup> ADI 1.045, Relator Marco Aurélio, *DJ* 6.5.1994, p. 10485.