

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

JOÃO PEDRO SILVESTRINI

A PERTINÊNCIA TEMÁTICA NO CONTROLE ABSTRATO DE  
CONSTITUCIONALIDADE COMO REQUISITO LIMITADOR À  
EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA

RIBEIRÃO PRETO

2019

João Pedro Silvestrini

A PERTINÊNCIA TEMÁTICA NO CONTROLE ABSTRATO DE  
CONSTITUCIONALIDADE COMO REQUISITO LIMITADOR À  
EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA

Dissertação apresentada ao programa de  
Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da  
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP,  
como exigência parcial para a obtenção do grau  
de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Olavo Augusto  
Vianna Alves Ferreira.

RIBEIRÃO PRETO

2019

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

- Universidade de Ribeirão Preto -

Silvestrini, João Pedro, 1993-  
S587p A pertinência temática no controle abstrato de  
constitucionalidade como requisito limitador à efetivação da  
cidadania / João Pedro Silvestrini. - - Ribeirão Preto, 2019.  
127 f.

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

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,  
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2019.

1. Controle Abstrato de Constitucionalidade. 2. Pertinência  
Temática. 3. Tutela de Direitos Coletivos. I. Título.

CDD 340

**JOÃO PEDRO SILVESTRINI**

**A PERTINÊNCIA TEMÁTICA NO CONTROLE ABSTRATO DE  
CONSTITUCIONALIDADE COMO REQUISITO LIMITADOR À EFETIVAÇÃO DA  
CIDADANIA.**

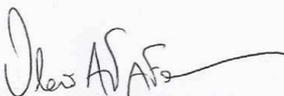
Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
da Universidade de Ribeirão Preto para  
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 29 de julho de 2019

Resultado: Aprovado

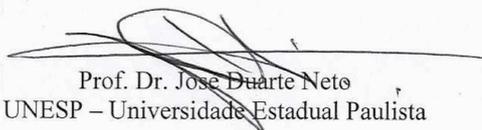
BANCA EXAMINADORA



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



Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld  
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



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

RIBEIRÃO PRETO  
2019

Dedico este trabalho aos meus pais, PEDRO LUIZ e MARIA CRISTINA, e aos meus irmãos, Henrique e Camila, por sempre apoiarem e incentivarem meus estudos.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, devo agradecer a Deus por ter me conduzido com muito aprendizado até essa digna realização.

Agradeço à todos os professores do curso de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania, da Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP, que concorreram decisivamente para que o objetivo fosse alcançado.

Destaco especial agradecimento ao meu orientador, Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, pela paciência, dedicação e comprometimento, sempre me auxiliando e me orientando para melhor realização do trabalho. Serei eternamente grato aos empréstimos e indicações de obras doutrinárias, bem como às inúmeras oportunidades de crescimento pessoal e profissional proporcionadas a minha pessoa. Muito obrigado!

Também devo reconhecer o apoio de todos meus colegas do curso de Mestrado em Direito, que me acompanharam nesta trajetória.

Aos meus amigos, que me aconselharam positivamente, com boas sugestões, para a melhor conclusão do Mestrado.

Aos funcionários da Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP, por colaborarem com meus estudos.

Por fim, agradeço a toda minha família, especialmente aos meus pais, Pedro Luiz e Maria Cristina, e irmãos, Henrique e Camila, que sempre me apoiaram durante toda a vida e, principalmente, durante todo o curso de Mestrado.

“A base da sociedade é a justiça; o julgamento constitui a ordem da sociedade: ora o julgamento é a aplicação da justiça” (Aristóteles).

## RESUMO

A pertinência temática consiste em requisito imprescindível, conforme entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, para que os legitimados ativos do artigo 103, incisos IV, V e IX, da Constituição Federal de 1988, ingressem com a ação do controle abstrato de constitucionalidade. O objetivo pretendido, neste trabalho científico, corresponde na discussão referente à possibilidade de a pertinência temática, como jurisprudência defensiva da Suprema Corte, ocasionar em exigência jurisprudencial limitadora à efetivação da cidadania. Por ser atribuição do Estado Democrático de Direito a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, compreende-se que a pertinência temática consiste em jurisprudência inconstitucional que viola diretamente o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Além disso, afeta diretamente uma satisfatória tutela dos direitos coletivos através das ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade, configurando verdadeira ineficácia da função jurisdicional estatal. É empregado o método dedutivo, baseado em estudos da jurisprudência do Pretório Excelso e na doutrina.

**Palavras-chave:** Controle Abstrato de Constitucionalidade. Pertinência Temática. Tutela de Direitos Coletivos.

## ABSTRACT

The thematic pertinence is an essential requisite according to the case law of the Supreme Court of Brazil, for the legitimized ones of the article 103, IV, V e IX, of the 1988 Federal Constitution, to suit in the abstract control of constitutionality. The objective, in this scientific paper, is the discussion that the thematic pertinence, as Supreme Court's defensive jurisprudence, to bring about a limiting case law to the realization of citizenship. Because it is the attribution of the Democratic State of Law the realization of fundamental rights and guarantees, it is understood that the thematic pertinence would be an unconstitutional jurisprudence that violates directly the constitutional principle of inability of jurisdiction, fixed in the article 5, XXXV, of the Federal Constitution of 1988. Furthermore, it affects a satisfactory protection of the collective rights through the actions of the abstract control of constitutionality, configuring true inefficiency of the state jurisdictional function. The deductive method is used, based on studies in the jurisprudence of the Supreme Court and in the doctrine.

**Keywords:** Abstract Control of Constitutionality. Thematic Pertinence. Defense of Collective Rights.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2. O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO E O CONTROLE ABSTRATO DA CONSTITUCIONALIDADE COMO SEU OBJETO MATERIAL....</b>	<b>16</b>
2.1. A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS COLETIVOS NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.....	21
2.2. ESPÉCIES DE CONTROLE JURISDICIONAL REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....	26
2.2.1. Breve Escorço Histórico do Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro....	32
2.2.2. Controle Difuso de Constitucionalidade.....	39
2.2.3. Controle Abstrato de Constitucionalidade.....	43
2.3. AÇÕES DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	47
2.3.1. Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	47
2.3.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Ação.....	49
2.3.3. Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão.....	50
2.3.4. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental.....	51
2.4. EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	53
2.4.1. Efeito <i>Erga Omnes</i> e Efeito Vinculante.....	53
2.4.2. Eficácia <i>Ex Tunc</i> e sua Aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal.....	57
<b>3. A AUTONOMIA CIENTÍFICA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>60</b>
3.1. CONTROLE JUDICIAL ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E PROCESSO OBJETIVO.....	62
3.2.PRINCÍPIO DO INTERESSE OBJETIVAMENTE CONSIDERADO.....	67

3.3. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL.....	69
3.3.1. O Sistema Estadunidense.....	69
3.3.2. O Sistema Austríaco.....	72
3.3.3. O Sistema Italiano.....	74
3.3.4. O Sistema Alemão.....	76
3.3.5. O Sistema Português.....	79
3.4. O PROCESSO OBJETIVO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	82
<b>4. A PERTINÊNCIA TEMÁTICA NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>86</b>
4.1. PERTINÊNCIA TEMÁTICA: CONCEITO.....	86
4.2. OS LEGITIMADOS UNIVERSAIS E ESPECIAIS.....	89
4.2.1. Capacidade Postulatória.....	94
4.3. A NATUREZA JURÍDICA DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA.....	95
4.3.1. Interesse Processual ou de Agir.....	96
4.3.2. Legitimidade.....	99
4.4. POSICIONAMENTO ADOTADO.....	103
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>115</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>119</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Com aprovação pela Assembleia Nacional Constituinte em 22 de setembro de 1988 e promulgação em 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal de 1988 eliminou o monopólio do Procurador Geral da República<sup>1</sup> para o ingresso das ações do controle concentrado de constitucionalidade, com a ampliação do rol de legitimados junto ao Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>, promovendo, desta forma, uma democratização de acesso ao sistema de controle em tela.

Este procedimento jurídico-constitucional visa, principalmente, garantir a supremacia da Constituição, para que, desta forma, seus princípios e normas vigentes sejam atendidos<sup>3</sup>, já que pela teoria da construção escalonada de Hans Kelsen<sup>4</sup>, a Constituição está no ápice da pirâmide normativa, caracterizando-se como o fundamento de todo nosso ordenamento jurídico.

Uma lei infraconstitucional que não esteja em conformidade com os parâmetros constitucionais, será declarada inconstitucional, por consequência do princípio da supremacia da Constituição.

Constata-se a evolução do controle abstrato de constitucionalidade ocorrida após a Constituição de 1988, que promoveu a ampliação dos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade, previu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, além da criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 3/93, culminando na edição das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99.

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, disciplinou, perante a Suprema Corte, o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade<sup>5</sup>.

Por sua vez, a Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, regulamentou o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que até este momento permanecera como letra morta<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Artigo 114, I, alínea I, da CF/67.

<sup>2</sup> Por meio do artigo 103, CF/88.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 18.

<sup>4</sup> **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 155 – 156.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 89.

<sup>6</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

Atualmente, a função jurisdicional visa conferir proteção à própria ordem jurídica, independentemente da consideração de um específico fenômeno de incidência e de surgimento de relações jurídicas concretas<sup>7</sup>.

É dever do Estado solucionar qualquer ameaça ou lesão a direitos mediante um processo imparcial e justo, sendo respeitados as normas e garantias fundamentais, a Constituição e as leis infraconstitucionais.

Após a promulgação da Constituição de 1988 o numero de ações diretas de inconstitucionalidade cresceu de modo significativo. Com efeito, de 1934, quando foi instituída a ação interventiva, até 1988, o número de ações diretas ajuizadas perante o Excelso Pretório (apenas interventivas até 1965; interventivas e genéricas após 1965) não chegou a 1700 (um mil e setecentos). De 1988 (outubro) a março de 1999, ou seja no prazo de dez anos e cinco meses, foram ajuizadas 1962 (mil novecentos e sessenta e duas) ações, muitas delas impugnando mais de um dispositivo, às vezes mais de uma dezena deles, no caso das ações voltadas contra normas das Constituições estaduais que foram promulgadas a partir de outubro de 1989<sup>8</sup>.

Esta corresponde na função jurisdicional do Estado, exercida pelo Poder Judiciário.

Todavia, em decorrência desta inflação legislativa, bem como da vasta quantidade de processos que chegam anualmente ao Tribunal Maior<sup>9</sup>, e em uma interpretação restritiva, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup> diferenciou os legitimados em universais e em especiais, tendo em vista a relação de pertinência temática entre os fins institucionais e o objeto de controle.

Parte de doutrina<sup>11</sup> discorda da necessidade de se demonstrar a pertinência temática, já que implica tratamento discriminatório sem previsão constitucional nem legal, subtraindo dos legitimados discriminados parcela da prerrogativa que o constituinte

<sup>7</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 56.

<sup>8</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 161.

<sup>9</sup> De 1988 à 2017, há, no Controle Abstrato de Constitucionalidade, 6.239 (seis mil duzentos e trinta e nove) processos autuados, 3.986 (três mil novecentos e oitenta e seis) processos baixados; sendo que 2.252 (dois mil duzentos e cinquenta e dois) processos encontram-se em tramitação, e 4.012 (quatro mil e doze) tiveram decisão final. In: STF. **Estatísticas do STF**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=CC\\_Geral](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=CC_Geral)>. Acesso em: 24 de ago. 2017.

<sup>10</sup> Informativo n. 307 do STF, ADI n. 2.652 – DF, e ADI n. 2.656 – SP.

<sup>11</sup> COSTA NETO, João. A abertura procedimental da jurisdição constitucional exercida pelos órgãos de cúpula: breves notas sobre Alemanha, Brasil e EUA. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=91087>>. Acesso em: 21 jul. 2017; BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 369.

incondicionalmente lhes concedeu para promover a depuração objetiva do ordenamento jurídico.

Segundo esta corrente doutrinária<sup>12</sup>, devem ser examinados outros meios de redução dos números de processos que são encaminhados ao Supremo, pois não é passível dar interpretação restritiva a uma norma que visa proteger a própria supremacia da Constituição.

Também afirmam que a exigência da pertinência temática caracterizaria num estabelecimento de uma técnica cerrada ou *numerus clausus* de intérpretes da Constituição, não se garantindo, dessa forma, uma ampla democratização da interpretação constitucional<sup>13</sup>.

A imposição deste requisito para estes legitimados, nomeados pela doutrina<sup>14</sup> de especiais, configura fator limitativo da fiscalização abstrata de constitucionalidade<sup>15</sup>.

Além do rol taxativo dos legitimados aptos a ingressar com ação do controle de constitucionalidade, do artigo 103, da Lei Suprema de 1988, a pertinência temática, como uma determinação jurisprudencial defensiva da Suprema Corte, pode ocasionar em requisito limitador à efetivação da cidadania pelos legitimados especiais no ingresso de ação do controle abstrato de constitucionalidade<sup>16</sup>.

O primeiro capítulo<sup>17</sup> dedica-se ao estudo do controle abstrato de constitucionalidade como objeto material do direito processual coletivo e examina a tutela jurisdicional dos direitos coletivos na fiscalização abstrata de constitucionalidade. Analisa-se, também, o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O segundo capítulo realiza ampla pesquisa sobre a relação do controle judicial abstrato de constitucionalidade com o processo objetivo.

O terceiro capítulo presta-se a conceituar a pertinência temática, expor a discussão jurisprudencial acerca de sua natureza jurídica e realiza ampla discussão sobre este requisito como limitador à efetivação da cidadania.

---

<sup>12</sup> COSTA NETO, João, *op. cit.*; BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade** *op. cit.*, p. 369.

<sup>13</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997. p. 13 – 15.

<sup>14</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 168; AGRA, Walber de Moura. **Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Juspodvm, 2008. p. 89; BERNARDES, Juliano Taveira. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADInO). Ações Constitucionais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvm, 2011. p. 548 – 549.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 196 – 197.

<sup>16</sup> CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual do Controle da Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29.

<sup>17</sup> Situado após a introdução.

O Estado Democrático de Direito tem como atribuição a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sendo que a pertinência temática consiste em um requisito jurisprudencial que afeta diretamente uma satisfatória tutela dos direitos coletivos por intermédio das ações da fiscalização abstrata de constitucionalidade, prejudicando a eficácia da tutela jurisdicional coletiva e a necessária proteção da cidadania, fato que justifica a pertinência do presente trabalho com a linha de pesquisa do programa de Mestrado em Direito cursado.

O referencial teórico utilizado compõe-se, dentre outras, de obras clássicas dos ilustres professores Clèmerson Merlin Clève<sup>18</sup>, Luís Roberto Barroso<sup>19</sup> e Juliano Taveira Bernardes<sup>20</sup>, referentes ao controle abstrato de constitucionalidade, bem como da doutrina de Teori Zavascki<sup>21</sup> e Mirna Cianci e Gregório Assagra de Almeida<sup>22</sup>, acerca da tutela jurisdicional dos direitos coletivos.

O método de estudo consiste em uma pesquisa dedutiva, baseada em pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na doutrina, realizando uma análise crítica.

---

<sup>18</sup> **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*

<sup>19</sup> **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*

<sup>20</sup> **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*

<sup>21</sup> **Processo Coletivo**, *op. cit.*

<sup>22</sup> **Direito Processual do Controle da Constitucionalidade**, *op. cit.*

## 2. O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO E O CONTROLE ABSTRATO DA CONSTITUCIONALIDADE COMO SEU OBJETO MATERIAL

Com o advento da Constituição Federal de 1988<sup>23</sup>, originou-se, como novo ramo do Direito Processual brasileiro, o Direito Processual Coletivo.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo e Cintra e Cândido Rangel Dinamarco<sup>24</sup> defendem que o Direito Processual Coletivo, por ser caracterizado por regras e princípios gerais próprios<sup>25</sup>, pode ser especificado como disciplina processual autônoma.

Gregório Assagra de Almeida explica que o Direito Processual Coletivo:

é o ramo do direito processual que possui natureza de direito-processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa a disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido *lato* decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia a dia da conflituosidade social<sup>26</sup>.

Nosso ordenamento jurídico, no contexto da tutela jurisdicional dos direitos coletivos, propõe a classificação das tutelas processuais em consonância com as tutelas materiais, sendo necessária a existência de uma efetiva interligação entre o direito material e o processual<sup>27</sup>.

Esta relação de interligação deve ser assentada nos direitos e garantias constitucionais fundamentais<sup>28</sup>.

“Se o sistema jurídico brasileiro já consagra de forma ampla a tutela jurídica material massificada, torna-se imprescindível a concepção de um direito processual massificado”<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> Conforme se extrai dos seguintes artigos constitucionais: 1º; 5º, inciso XXXV; 102, inciso I, *a*, §1º; 103, §§ 1º, 2º e 3º; 129, inciso III e §1º; dentre outros.

<sup>24</sup> **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 133.

<sup>25</sup> Por exemplo: “a interpretação das normas sempre em benefício do grupo (quanto à legitimidade *ad causam* e aos poderes do juiz etc), a atenuação do princípio do dispositivo e do princípio da estabilização da demanda, um novo conceito de indisponibilidade objeto e subjetiva, uma maior liberdade das formas” (CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 133).

<sup>26</sup> **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um Novo Ramo do Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 22.

<sup>27</sup> CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 82.

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 27.

<sup>29</sup> CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 82.

Portanto, visto que o Direito Processual Coletivo não nega a Teoria Geral do Processo ou a unidade do Direito Processual, as quais baseiam-se no plano do Direito Processual Constitucional, compreende-se que sua natureza jurídica é de Direito Processual Constitucional-Social<sup>30</sup>.

O seu método não é só o técnico-jurídico, mas o pluralista, que é próprio da visão instrumentalista do direito processual, mas com leitura essencialmente constitucionalizada à luz da teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais. Esse método pluralista é composto de vários elementos, tais como o sistemático- teleológico, o político, econômico, histórico, ético e social, os quais formam um megaelemento: proteção potencializada da Constituição e do Estado Democrático de Direito e a transformação da realidade social como justiça<sup>31</sup>.

O Direito Processual Coletivo brasileiro, no âmbito do seu objeto material, divide-se em comum e especial.

O Direito Processual Coletivo comum guarda relação com os direitos coletivos subjetivos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), destinando-se a solução de conflitos coletivos ou de dimensão coletiva ocorridos no plano da concretude, consistindo em instrumento de efetivação da Constituição, Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias fundamentais<sup>32</sup>.

Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (=sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível, conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. “Direito coletivo” é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo<sup>33</sup>.

Os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais em que há uma pluralidade de titulares, que são determináveis, e que possui objeto divisível (podendo ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria)<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 18 – 19.

<sup>31</sup> CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 83.

<sup>32</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 82 – 83.

<sup>33</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 39.

<sup>34</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 40.

Os interesses coletivos são subjetivos e “valem-se dos grupos como veículos para sua exteriorização; um grupo pressupõe um mínimo de coesão, de organização, de estrutura. Os interesses, para serem ‘coletivos’, necessitam, pois, estar aglutinados, coalizados”<sup>35</sup>.

São ações do Direito Processual Coletivo comum, dentre outras, pela Ação Civil Pública, pelo Mandado de Segurança Coletivo e Ação Popular, por exemplo.

Convém citar a importante lição de Robert Alexy acerca das normas de direitos fundamentais. Segundo o autor, a definição do conceito de norma de direito fundamental pode ser exposta em três níveis<sup>36</sup>.

No primeiro, o conceito de norma de direito fundamental é definido com fulcro em enunciados normativos estatuídos por uma determinada autoridade, ou seja, o legislador constituinte<sup>37</sup>.

Tais enunciados são identificados com base em critérios meramente formais, segundo a forma de sua positivação.

Isto garante uma orientação da teoria dos direitos fundamentais realizada a partir de sua positivação pela Constituição, sem excluir, embora, as devidas diferenciações estruturais e substanciais<sup>38</sup>.

Num segundo nível, das normas de direitos fundamentais atribuídas, é dada continuidade a referida orientação, uma vez que o conceito de norma de direito fundamental atribuída é vinculado à correção da atribuição a disposições dotadas de autoridades<sup>39</sup>. Ou seja, qualquer um pode, a respeito de qualquer norma, declarar que esta deve ser atribuída a disposições de direitos fundamentais.

Por fim, num terceiro nível, a definição baseada no conceito de fundamentação correta é generalizada, e passa a valer tanto para as normas estabelecidas diretamente quanto para as normas atribuídas<sup>40</sup>.

Com relação à função democrática dos direitos fundamentais: (a) corresponde a uma contribuição de todos da sociedade, para seu exercício (com fulcro no princípio da isonomia e da participação política); (b) implica na garantia de liberdades como o direito de

---

<sup>35</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 61.

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 76.

<sup>37</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>38</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>39</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 76 – 77.

<sup>40</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 77.

associação, de formação de partidos políticos, por exemplo; (c) institui um processo político de criação de direitos sociais, econômicos, e culturais<sup>41</sup>.

Em contrapartida, o Direito Processual Coletivo especial possui como objeto material a tutela de interesse coletivo legítimo, se destinando ao controle abstrato de constitucionalidade, via: Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que constituem ações do processo coletivo segundo a doutrina de Gregório Assagra de Almeida e Mirna Cianci<sup>42</sup> e Teori Zavascki<sup>43</sup>, conforme será explicado no item seguinte.

Nesse procedimento, não há a defesa de direitos subjetivos. A tutela é apenas de direito objetivo, ao se confrontar determinada lei ou ato normativo primário em face da Carta Constitucional.

“A finalidade precípua do direito processual coletivo especial é a proteção, em abstrato, de forma potencializada, da Constituição, aqui englobando, especialmente, o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias constitucionais fundamentais”<sup>44</sup>.

Esse procedimento visa garantir, no plano abstrato, a supremacia da Constituição, no que se refere ao Estado Democrático de Direito, combatendo possíveis normas inconstitucionais.

O Poder Judiciário, na fiscalização abstrata de constitucionalidade, faz-se atuar a função jurisdicional visando, especialmente, a defesa da ordem constitucional, através da resolução de controvérsias sobre a legitimidade da norma jurídica abstratamente considerada, independentemente de sua incidência em específicos suportes fáticos, e não a tutela de direitos subjetivos<sup>45</sup>.

A título de exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.832/DF<sup>46</sup>, o Tribunal Maior afirmou que a Associação Nacional das Operadoras Celulares e a Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado possuem legitimidade *ad causam* para ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade contra norma que determinou que as empresas fornecedoras de serviço de comunicação multimídia devem compensar os

---

<sup>41</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 290.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 82 – 83.

<sup>43</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 55 – 57.

<sup>44</sup> CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 82.

<sup>45</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 249.

<sup>46</sup> Nesse caso, por unanimidade, o Pretório Excelso julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 5.972, de 18 de agosto de 2017.

consumidores pela suspensão de serviço ou pelo provimento de velocidade inferior à contratada.

O Estado Democrático de Direito visa solucionar eventuais imprecisões, ambiguidades e insuficiências transformadoras do Estado Social de Direito<sup>47</sup>.

Além disso, tem por objetivo a renovação com justiça da realidade social, mediante a efetivação dos direitos fundamentais e da defesa ampla e irrestrita aos direitos individuais e coletivos<sup>48</sup>.

É justamente a figura do Estado Democrático de Direito que justifica e impõe a necessidade do desenvolvimento da ideia em torno do direito processual coletivo especial como novo ramo do direito processual brasileiro. Ele deve ser concebido como instrumento processual constitucional fundamental para a proteção do Estado Democrático de Direito como Estado da justiça material, nos termos consagrados nos arts. 1º e 3º da Lei Pátria Magna, seja quanto às suas instituições fundamentais, seja quanto aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, individuais ou coletivos, consagrados constitucionalmente de forma expressa ou implícita<sup>49</sup>.

Como guardião da Constituição, a Suprema Corte deve fundamentar suas decisões nos direitos e garantias fundamentais e nos preceitos constitucionais elementares e inerentes ao Estado Democrático de Direito, nos termos dos artigos 1º<sup>50</sup> e 102<sup>51</sup> da Lei Suprema de 1988.

Segundo exigência expressa da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, incisos I e III, compete ao Pretório Excelso a garantia do maior compromisso do Estado Democrático de Direito: a transformação com justiça da realidade social<sup>52</sup>.

Em suma, consoante a doutrina<sup>53</sup>, o sistema de controle abstrato da constitucionalidade, em se tratando de direitos coletivos, configura um mecanismo extremamente relevante para a garantia da rigidez e supremacia constitucional, tal como para a efetividade da democracia.

Nessa perspectiva, é possível compreender que a determinação da comprovação da pertinência temática, pela jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal, pelos

<sup>47</sup> LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho e Constitución**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986. p. 229

<sup>48</sup> CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 29.

<sup>49</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 84.

<sup>50</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

<sup>51</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

<sup>52</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 235 – 236.

<sup>53</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 55 – 57; CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 82 – 83.

legitimados especiais, ocasiona em certa quebra na “democracia participativa”<sup>54</sup>, pois obstaculiza o ingresso da ação de fiscalização abstrata de constitucionalidade por esses representantes.

## 2.1. A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS COLETIVOS NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Pela análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988<sup>55</sup>, entende-se que a função jurisdicional estatal é empregada, frequentemente, com o intuito de se tutelar qualquer ameaça ou lesão à direitos.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015, e em conformidade com a Lei Suprema, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional obteve previsão expressa em seu artigo 3º, *caput*: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Este princípio é considerado como imperativo ético do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 10, da Declaração Universal dos Direitos do Humanos, de 1948<sup>56</sup>.

A Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, de 1969, em seu artigo 8º, inciso I, estipula que:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Com fulcro no acesso universal ao Poder Judiciário e no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, compreende-se ser uma garantia fundamental das pessoas a proteção ou reparação de seus direitos, por intermédio de uma ordem jurídica justa.

---

<sup>54</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 287 – 288.

<sup>55</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>56</sup> “Art. 10: Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com equidade, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida, em matéria penal”

Este princípio deve ser observado na garantia dos direitos difusos e coletivos, não somente aos direitos individuais, pois todas as pessoas podem postular, ao Poder Judiciário, tutela jurisdicional preventiva ou reparatória<sup>57</sup>.

“Referido princípio tem por objetivo assegurar o direito a uma tutela jurisdicional a todos que dela necessitem. Trata-se, portanto, do princípio que garante às pessoas, tanto naturais como jurídicas, quer de direito público ou privado”<sup>58</sup>.

A jurisdição corresponde ao encargo do Estado em declarar, por meio do Poder Judiciário, a vontade legal perante uma situação controvertida.

É direito do homem a intervenção do Poder Público para solucionar a lide e efetivar a justiça<sup>59</sup>.

“O conceito de jurisdição, conseqüentemente, está relacionado com a atividade estatal de identificar e fazer atuar a norma jurídica em casos concretos, vale dizer, a partir da verificação da ocorrência (ou da iminência) de uma situação de fato”<sup>60</sup>.

A tutela jurisdicional também pode ser delineada como o direito que toda pessoa detém para que, mediante um processo que se garanta a justiça e a imparcialidade, sua lide seja solucionada<sup>61</sup>.

É direito dos jurisdicionados obter, do Poder Judiciário, uma tutela jurisdicional adequada e justa<sup>62</sup>.

Giuseppe Chiovenda<sup>63</sup> define a jurisdição como obrigação do Estado em prezar pela vontade concreta das leis, mediante atividade dos particulares e dos órgãos públicos em ratificarem a Constituição, tornando-a efetiva.

Piero Calamandrei, o caráter e desígnio jurisdicional consiste em “fazer observar o direito objetivo em seus preceitos individualizados”<sup>64</sup>.

Pelo processo ser considerado “um instrumento a serviço da paz social”<sup>65</sup>, a jurisdição também pode ser convocada com o fito de se tutelar direitos difusos e coletivos, de

---

<sup>57</sup> NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 100.

<sup>58</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29.

<sup>59</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 42.

<sup>60</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 55.

<sup>61</sup> PÉREZ, Jesús González. **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 27.

<sup>62</sup> NERY JR., Nelson, *op. cit.*, p. 100 – 101.

<sup>63</sup> **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

<sup>64</sup> **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. v. 1. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1986. p. 178.

titularidade indeterminada, pois conforme nossa Carta Constitucional de 1988, a função jurisdicional objetiva, especialmente, a defesa do ordenamento jurídico, independentemente de avaliação de um fenômeno específico de incidência e de surgimento de relações jurídicas concretas<sup>66</sup>.

Pode-se então concluir, a jurisdição constitucional engloba as atividades jurisdicionais praticadas por meio de (a) processos conflituosos instaurados entre órgãos e entidades estatais; (b) remédios processuais que se traduzem em direitos fundamentais previstos na própria Constituição; ou (c) quaisquer outros instrumentos processuais dos quais decorra a interpretação ou a aplicação direta das normas constitucionais<sup>67</sup>.

Constata-se, assim, a jurisdição constitucional, pelo poder exercido pelo Pretório Excelso, no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos primários visando a aplicação da Constituição<sup>68</sup>.

É o que se analisa nas seguintes ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos: Ação Declaratória de Constitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão; e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

“Trata-se de atuação objetivando dar efetividade à ordem jurídica abstratamente considerada, em processo em que não há lide nem, conseqüentemente, partes, no sentido com que tal terminologia é adotada pelo Código de Processo”<sup>69</sup>.

Teori Zavascki explica que, além de possuírem eficácia direta na defesa da supremacia da Constituição, indiretamente, as sentenças de mérito, proferidas nas ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade, podem autorizar ou não a incidência da norma, objeto da ação, sobre os fatos jurídicos<sup>70</sup>.

As decisões de mérito proferidas nas ações de controle de constitucionalidade consistem em um procedimento especial de prestar a tutela coletiva de direitos, possuindo a eficácia de, diretamente, prestar a defesa a ordem jurídica, e indiretamente, de autorizar ou

<sup>65</sup> LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Processo Civil e Direitos Fundamentais. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto/SP, a. XX, v. 24, n. 2, p. 57 – 70, Jul./Dez. 2015. p. 64.

<sup>66</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 56.

<sup>67</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 269.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 383.

<sup>69</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 56.

<sup>70</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 57.

desautorizar a incidência de uma norma, objeto da ação, sobre os fatos jurídicos, afirmando ou não a subsistência dos direitos subjetivos<sup>71</sup>.

De acordo com Mirna Cianci e Gregório Assagra de Almeida<sup>72</sup>, o sistema constitucional do controle das leis e atos normativos primários, pelo Supremo Tribunal Federal, é imprescindível para a garantia da supremacia e rigidez da Constituição e para a efetividade da ordem democrática.

Flávia Piovesan<sup>73</sup> acrescenta que a Carta Constitucional será destituída de força jurídica vinculante se ela for desprovida de um sistema eficaz de eliminação de inconstitucionalidades.

O Poder judiciário deve assegurar a integridade dos direitos objetivos, quando esses forem lesados<sup>74</sup>.

Considerando-se essa circunstância, e a eficácia *ex tunc*, sob o enfoque material, e *erga omnes*, em sua dimensão subjetiva, torna-se inegável que o sistema do controle abstrato de constitucionalidade estabelece importante mecanismo para tutelar não apenas o ordenamento jurídico, mas também direitos subjetivos individuais, mesmo que indiretamente, em virtude da eficácia vinculante das decisões<sup>75</sup>.

Faz-se atuar a jurisdição com o objetivo principal de defender a supremacia da Constituição, através da solução de controvérsias que versem sobre a legitimidade da norma jurídica abstratamente considerada, sendo os direitos coletivos tutelados indiretamente<sup>76</sup>.

Soraya Lunardi<sup>77</sup> aponta ser praticamente impossível promover uma ação de controle de constitucionalidade se determinada norma ou ator normativo primário não estiver provocando prejuízos a pessoas ou grupo de pessoas.

Em virtude de suas importantes consequências sociais, o Poder Judiciário deve priorizar, em todos os seus níveis, a proteção dos direitos coletivos, pois a sua falta ou violação pode retirar o valor substancial da democracia e também deslegitimar, pela omissão, a atuação estatal<sup>78</sup>.

---

<sup>71</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 249.

<sup>72</sup> CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 84 – 85.

<sup>73</sup> **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 73 – 74.

<sup>74</sup> ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 29.

<sup>75</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 249.

<sup>76</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>77</sup> **Teoria do Processo Constitucional: Análise de sua Autonomia, Natureza e Elementos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 121 – 122.

<sup>78</sup> CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 31.

Portanto, concordamos com a doutrina<sup>79</sup> que classifica as ações de controle abstrato de constitucionalidade como mecanismo de tutela coletiva de direitos.

Os legitimados universais e especiais previstos no rol taxativo do artigo 103, da Constituição Federal de 1988, devem atuar institucionalmente, com o intuito de preservar o sistema constitucional.

Contudo, as ações do controle abstrato de constitucionalidade que visam tutelar de direitos coletivos, por autoria dos órgãos ou entidades do artigo 103, incisos IV, V e IX, da Constituição Federal de 1988, estão sujeitas ao crivo jurisprudencial da pertinência temática pela Suprema Corte<sup>80</sup>.

Data vênua, é possível inferir que a imposição da pertinência temática, como jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal, caracteriza ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, já que, além da previsão do rol taxativo do artigo 103, da Carta Magna de 1988, para ingresso com ação do controle abstrato de constitucionalidade, a pertinência temática dificulta, aos legitimados especiais, a propositura de ações neste procedimento.

“O direito de acesso à Justiça não se limita ao direito de acesso ao Judiciário: constitui-se em direito de acesso efetivo a uma ordem jurídica justa e transformadora”<sup>81</sup>.

Roberto Rosas<sup>82</sup> explica que qualquer obstáculo ou entrave ao exame judicial, por consequência de lesão ou ameaça a direitos, é inconstitucional, por violar a norma constitucional expressa no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Conforme Juliano Taveira Bernardes<sup>83</sup>, como a pertinência temática não decorre de nenhuma norma constitucional, nem mesmo de alguma não-textual, não se poderiam estabelecer freios, através de jurisprudência restritiva, que prejudicassem a abertura do acesso ao processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Nesse contexto, a proteção dos direitos coletivos em sentido amplo é prioridade e condição de legitimidade do Estado Democrático de Direito. O Estado não deve criar obstáculos a esses direitos; ao contrário, necessita atuar para viabilizá-los, seja aperfeiçoando a legislação, com a finalidade de ampliar o campo de seu reconhecimento, seja administrando com a atenção voltada para a sua efetivação,

---

<sup>79</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 55 – 57; CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 82 – 83.

<sup>80</sup> Informativo n. 307 do STF, ADI n. 2.652 – DF, e ADI n. 2.656 – SP.

<sup>81</sup> CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 29.

<sup>82</sup> *Op. cit.*, p. 206.

<sup>83</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 369.

seja tornando a Justiça realmente efetiva na sua apreciação. Daí a importância do controle da constitucionalidade em suas diversas formas<sup>84</sup>.

Assim, a exigência da pertinência temática, como jurisprudência defensiva da Suprema Corte, configura verdadeira inoperância da função jurisdicional estatal para a defesa de direitos coletivos, prejudicando a efetivação da cidadania<sup>85</sup>.

A tutela jurídica dos direitos coletivos, no Estado Democrático de Direito, deve ser ampla e irrestrita, pois seu objetivo não consiste apenas na declaração de direitos, mas sim na efetivação destes, com justiça, da realidade social<sup>86</sup>.

“Os modelos explicativos dos direitos e do próprio sistema jurídico, especialmente o constitucional, devem considerar o plano da efetivação dos direitos, principalmente os de natureza coletiva”<sup>87</sup>.

Conforme Gregório Assagra de Almeida<sup>88</sup>, é justamente no Estado Democrático de Direito que deve haver uma plena efetivação dos direitos coletivos, através da proteção abstrata dos direitos fundamentais e da consequente observância ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna de 1988.

## 2.2. ESPÉCIES DE CONTROLE JURISDICIONAL REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

O controle de constitucionalidade consiste no conjunto de mecanismos aptos a assegurar a supremacia constitucional, mediante a identificação e eventual retificação de leis incompatíveis com determinadas normas constitucionais<sup>89</sup>.

“Nesse sistema normativo, a Constituição de um Estado é a norma suprema, ou seja, fundamental, pois nela é que buscamos a validade das normas existentes no ordenamento jurídico”<sup>90</sup>.

Epistemologicamente, o termo “controle” origina-se da expressão latim-fiscal medieval *contra rotulum*, e, posteriormente, remete ao vocábulo francês *contre-rôle*

<sup>84</sup> CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 34.

<sup>85</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 58; CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 29.

<sup>86</sup> CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 29.

<sup>87</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>88</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 58.

<sup>89</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 20.

<sup>90</sup> MARIA, Regina; MACEDO, Nery Ferrari. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 41.

(*contrôle*), que significa, literalmente, “contralivro”, ou seja, o livro registro através do qual se contrastava a veracidade dos registros realizados em outros livros fiscais<sup>91</sup>. No português, mesmo possuindo muitas acepções, quase sempre elas estão relacionadas ao conceito de “monitoração” e “fiscalização”<sup>92</sup>.

É notório que a compreensão da Constituição como Lei Fundamental ocasiona tanto no reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, bem como na subsistência de técnicas capazes de confirmá-la juridicamente<sup>93</sup>.

Para tanto, é inexorável que essa esteja acompanhada da “vontade de Constituição”<sup>94</sup>, ou melhor, de uma certa “consciência constitucional”<sup>95</sup>, a qual “reclama a defesa permanente da obra e dos valores adotados pelo Poder Constituinte”<sup>96</sup>.

Segundo Konrad Hesse<sup>97</sup>, a “vontade de Constituição” baseia-se: a) na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa que proteja o Estado contra arbítrios; b) na compreensão que a ordem constituída é mais que uma ordem legitimada pelos fatos; c) na compreensão de que a norma não será eficaz sem o concurso da vontade humana.

Nessa acepção, as leis políticas e civis de uma nação devem, essencialmente, ser inerentes ao povo para o qual foram feitas, relacionando-se com a natureza e o princípio do governo estabelecido ou que se pretende estabelecer<sup>98</sup>. Enfim, “tais leis mantêm relações entre si; estão relacionadas à sua origem, ao objetivo do legislador, à ordem das coisas sobre as quais foram estabelecidas”<sup>99</sup>.

Hans Kelsen<sup>100</sup> afirma que:

a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua

<sup>91</sup> ARAGÓN, Manuel. **Constitución, Democracia y Control**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 121.

<sup>92</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (coord.). **Constituição Federal: 30 anos**. Ribeirão Preto/SP: Migalhas, 2018. p. 65.

<sup>93</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 25.

<sup>94</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 19 – 20.

<sup>95</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 33.

<sup>96</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>97</sup> HESSE, Konrad, *op. cit.*, p. 19 – 20.

<sup>98</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 26.

<sup>99</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>100</sup> **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 155 – 156.

vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Portanto, consoante a teoria do escalonamento normativo elaborada por Hans Kelsen<sup>101</sup>, depreende-se que a Constituição corresponde à norma de maior hierarquia de nosso ordenamento jurídico, visto que concede validade e unidade às demais normas jurídicas que compõem seu sistema<sup>102</sup>.

Assim, por encontrar-se no vértice do sistema normativo, a Constituição Federal possui supremacia sobre as demais normas jurídicas, carecendo, assim, de respeito integral, pois constitui-se em Lei Suprema tanto na perspectiva formal quanto na material.

No que se refere à perspectiva formal, “a Constituição possui força jurídica superior àquela das demais normas do ordenamento jurídico”<sup>103</sup>.

No tocante à ótica material, a Constituição possui supremacia pois tutela os dogmas fundamentais do Estado<sup>104</sup>, e também por expressar um projeto político que é elaborado pelos detentores do poder, estabelecendo, sistematicamente, e de modo claro e taxativo, a ordem política do Estado<sup>105</sup>.

Desta maneira, o conceito de supremacia é intrínseco à noção de Constituição, desde que essa superioridade normativa implique na ideia de uma norma fundamental cujo valor jurídico represente um preceito de validade de toda a ordem positiva estabelecida no Estado<sup>106</sup>.

Com a eficaz observância da supremacia da Lei Suprema, compreende-se que o princípio da segurança jurídica, previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Constitucional de 1988, é efetivo e concede importante estabilidade jurídica, política, econômica e social em nosso ordenamento jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.215/PE, afirmou que a supremacia da ordem constitucional “traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental”.

<sup>101</sup> Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**, *op. cit.*, p. 155 – 156.

<sup>102</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105 – 106.

<sup>103</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18.

<sup>104</sup> Isto é, os direitos fundamentais e a organização dos poderes.

<sup>105</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 18.

<sup>106</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 26.

A Constituição equivale a base da ordem jurídica, bem como ao seu fundamento de validade, sendo que, como norma jurídica fundamental, usufrui da supremacia em face de todas as normas infraconstitucionais<sup>107</sup>.

Logo, a designação do princípio da hierarquia normativa da Carta Magna é imprescindível para o exercício do controle de constitucionalidade, já que não há credibilidade em se verificar uma instrução normativa na concepção de outro comando de igual hierarquia jurídica. “Em outras palavras, só se pode controlar a constitucionalidade de determinado ato normativo se o parâmetro do controle (a Constituição) for superior a este ato”<sup>108</sup>.

Com o intuito de se prevenir distinções em um ordenamento jurídico, requer-se que nenhuma regra infraconstitucional contradiga e discrimine as normas e princípios da Constituição de um Estado, em nome de sua hegemonia<sup>109</sup>.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira<sup>110</sup> ressalta que a inexistência de dispositivo legal expresso, que ratifique a supremacia da Lei Maior, consiste em questão de somenos importância, pois esta é extraída da interpretação de tantas normas constitucionais<sup>111</sup>.

André Ramos Tavares assevera que a previsão da superioridade normativa da Lei Suprema também encontra-se implícita nas Constituições dos Estados Unidos e na França<sup>112</sup>, enquanto nas Constituições de Portugal (artigo 3º.2 e 277º.1) e Espanha (artigo 9.1) há previsão expressa<sup>113</sup>.

Outrossim, resta averiguado que o controle dos atos emanados do Poder Legislativo ocorre unicamente por meio da adequação desses à uma Constituição que se encontra situada em um patamar superior<sup>114</sup>, e, a qual é caracterizada por sua rigidez<sup>115</sup>.

<sup>107</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 26.

<sup>108</sup> VAINER, Bruno Zilberman. **A Pertinência Temática e o Controle Concentrado de Constitucionalidade: o Interesse de Agir à Luz do Papel do Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição**. 2009. 311 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, São Paulo, 2009. p. 56.

<sup>109</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 58.

<sup>110</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 25.

<sup>111</sup> Em especial, os artigos 23, I, 25, 29, 32, 60, 78, 85, 102, 103, 121 § 3º e § 4º e 125, todos da Constituição Federal de 1988, e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os artigos 1º e 11.

<sup>112</sup> Nesses países a supremacia da Constituição se firmou por obra jurisprudencial (TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 73.

<sup>113</sup> TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**, *op. cit.*, p. 73.

<sup>114</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 59.

<sup>115</sup> A rigidez constitucional decorre da existência de um procedimento especial, mais complexo e árduo para a revisão das normas constitucionais (BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 07).

Isto é, a rigidez garante às normas constitucionais uma capacidade de resistência à derrogação superior das leis ordinárias, sendo que, desta forma, a Constituição será revisada apenas mediante um procedimento específico, e de acordo com os limites formais, circunstanciais e materiais desta<sup>116</sup>.

Enfim, em decorrência da supremacia das normas constitucionais, faz-se imprescindível a pertinência, inclusive pelas emendas à Constituição Federal, daquilo que está expresso no texto constitucional, sob pena de configuração do vício de inconstitucionalidade<sup>117</sup>.

O vício da inconstitucionalidade reside na “incompatibilidade do conteúdo de determinado ato normativo ou comportamento, ou do respectivo processo de elaboração, com a Constituição Federal.

Há, outrossim, inconstitucionalidade na omissão”<sup>118</sup>.

O controle de constitucionalidade<sup>119</sup>, como instituto do direito processual constitucional, consiste em método propício para que seja possível garantir as disposições estabelecidas na Constituição Federal de 1988<sup>120</sup>.

Este mecanismo constitucional visa impedir, em nosso ordenamento jurídico, a “existência de atos normativos contrários à Constituição e ao próprio Estado de Direito consagrado no texto constitucional.

Este é o cerne do controle de constitucionalidade e num sentido amplo do próprio direito processual constitucional”<sup>121</sup>.

No sistema jurídico pátrio<sup>122</sup>, o controle de constitucionalidade é híbrido<sup>123</sup>, sendo que neste há dois mecanismos ou sistemas de controle repressivo de constitucionalidade<sup>124</sup>: “o

---

<sup>116</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 215

<sup>117</sup> CALCINI, Fábio Pallaretti. **Limites ao Poder de Reforma da Constituição**: o embate entre as gerações. Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 94.

<sup>118</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 27.

<sup>119</sup> Considerado como instrumento substancial do Estado de Direito

<sup>120</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, *op. cit.*, p. 95.

<sup>121</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 97.

<sup>122</sup> “A Constituição é norma fundamental do sistema jurídico em dois sentidos. Num plano a Constituição é a norma criadora, fundante do sistema jurídicos. Em outro aspecto, é a viga mestra, a espinha dorsal do sistema jurídico, ou seja, seu fundamento de validade” (SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, *op. cit.*, p. 100).

<sup>123</sup> VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 34.

<sup>124</sup> “O objeto deste controle pelo Judiciário são leis, ou atos normativos ou atos do poder público já editados. Vale lembrar que a doutrina trata do controle preventivo de constitucionalidade e dos órgãos controladores” (BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de Inconstitucionalidade pelo Árbitro: Vedação ou Dever. **Revista de Processo**, v. 274, p. 543 – 578, dez. 2017.

concentrado (ou reservado, ou via de ação, ou direto); e o difuso (ou aberto, ou via de exceção ou defesa, ou descentralizado)”<sup>125</sup>.

Ambos serão discutidos no decorrer deste trabalho.

Entretanto, deve-se ressaltar, previamente, que a fiscalização abstrata e o controle concentrado de constitucionalidade constituem modalidades distintas, não sendo passível, neste ponto, qualquer equívoco.

O controle abstrato de constitucionalidade consiste em processo de natureza objetiva<sup>126</sup>, que não possui contraditório, uma vez que inexistem partes, muito embora possam ser consultados órgãos que participaram da elaboração da lei que está sendo discutida perante o Supremo Tribunal Federal, bem como outros atores envolvidos ativamente no ciclo desse procedimento<sup>127</sup>.

Ademais, pode ser instaurado “independentemente da demonstração da existência de um interesse jurídico específico”<sup>128</sup>, “configurando típico processo objetivo, cuja finalidade é a preservação da ordem jurídica”<sup>129</sup>.

São ações do controle abstrato de constitucionalidade: (a) a Ação Declaratória de Constitucionalidade; (b) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação; (c) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; e (d) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

De maneira oposta, o controle concentrado, que é exercido diretamente no Pretório Excelso<sup>130</sup>, nem sempre é abstrato, compreendendo: (a) a Ação Declaratória de Constitucionalidade; (b) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação; (c) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; e (d) a Ação Direta Interventiva.

Constata-se que a Ação Direta Interventiva não figura no rol das ações do controle abstrato de constitucionalidade, pois “não desencadeia um processo objetivo”<sup>131</sup>, visto que o “objeto do processo não é a declaração da inconstitucionalidade em tese de um ato estadual,

<sup>125</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 38.

<sup>126</sup> Processo objetivo é aquele que possui como única finalidade constitucional a defesa do ordenamento jurídico, no tocante à sua hierarquia normativa (LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 27).

<sup>127</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 27 – 28.

<sup>128</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **A Ação Declaratória de Constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 53.

<sup>129</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 38.

<sup>130</sup> Salvo a Ação Direta de Inconstitucionalidade no âmbito estadual, prevista no artigo 125, § 2º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição” ... “§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

<sup>131</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 128.

mas antes a solução de um conflito entre a União e o Estado-membro que pode desembocar numa intervenção”<sup>132</sup>.

Nessa ação do controle concentrado de constitucionalidade compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de um conflito federativo, sendo que esta ação não tem por propósito a declaração de nulidade de lei ou ato do Poder Público, mas sim a decretação de intervenção federal<sup>133</sup>.

### 2.2.1. Breve Escorço Histórico do Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro

Todas as situações jurídicas previstas em nossa legislação infraconstitucional devem guardar uma relação de compatibilidade e respeito com as normas da Constituição Federal, visto que esta é a norma fundamental da qual todas as outras normas retiram seus fundamentos de validade, sob pena de nulidade.

Assim, na hipótese de haver suspeita de que alguma lei não colida com os ditames de nossa Norma Maior, esta deverá ser objeto de um controle de constitucionalidade, em virtude da supremacia da Constituição.

Logo, faz-se necessário analisar o desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade no direito pátrio.

A primeira Constituição Brasileira, a de 1824, aderiu a um modelo em que a guarda da Constituição era função exercida pelo parlamento (Câmara dos Deputados e Senado Federal), em decorrência de intensa influência francesa<sup>134</sup>.

A Constituição de 1824 caracterizava-se<sup>135</sup>:

- (a) quanto à sua mutabilidade, como sendo uma Constituição semi-rígida<sup>136</sup>;
- (b) pela adoção da Monarquia<sup>137</sup> e da religião católica<sup>138</sup>;
- (c) pela previsão de um rol de direitos fundamentais<sup>139</sup>;

<sup>132</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 129.

<sup>133</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 39.

<sup>134</sup> SCALABRIN, Felipe; SANTANA, Gustavo. **Lições de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade: De acordo com a Emenda Constitucional nº 96/2017**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 31.

<sup>135</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Sistema Constitucional das Crises: restrições a direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2009. p. 60.

<sup>136</sup> Nos termos do artigo 178, da Constituição de 1824.

<sup>137</sup> Vide artigo 3º, da Constituição de 1824.

<sup>138</sup> Artigo 5º, da Constituição de 1824.

<sup>139</sup> Constituição de 1824, artigo 179.

(d) pela separações de funções de modo brando, em virtude da existência do Poder Moderador<sup>140</sup>.

Nessa Constituição Imperial de 1824, incumbia ao Poder Legislativo tutelar a Constituição do Império <sup>141</sup>, pois ela não previa qualquer sistema de controle de constitucionalidade das leis.

Ainda, “assegurava-se a todo cidadão o direito de peticionar, aos Poderes Legislativo e Executivo, expondo qualquer infracção da Constituição (art. 179, XXX)”<sup>142</sup>.

Além disso, era presente a figura do Poder Moderador<sup>143</sup>, que reconhecia ao Imperador a prerrogativa de alterar as decisões tomadas pelo poder Legislativo com base em critérios que não consistissem necessariamente na legalidade ou mesmo na (in)constitucionalidade, com o intuito de preservar a independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais Poderes Políticos (conforme o artigo 98, da Carta Constitucional de 1824)<sup>144</sup>.

Dirley da Cunha Júnior<sup>145</sup> explica que:

a Constituição do Império atribuiu ao Imperador um Poder Moderador, concebido como a “chave de toda a organização política”, para “manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos” (art. 98), que praticamente inviabilizava o exercício de qualquer controle da constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, além do que, nos termos daquela Constituição, cabia ao Imperador, no exercício pessoal do Poder Moderador, resolver os conflitos envolvendo os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

Nesse sistema não competia aos Poderes Legislativo e Judiciário o controle de constitucionalidade das leis, já que a figura existente do Poder Moderador exercia suprema inspeção sobre os demais<sup>146</sup>.

Promulgada em 24 de fevereiro de 1891, e influenciada pela doutrina da *judicial review* norte americana, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil previa o controle judicial da constitucionalidade das leis<sup>147</sup>.

<sup>140</sup> Conforme o artigo 10, da Constituição de 1824.

<sup>141</sup> Conforme seu artigo 15, IX.

<sup>142</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (coord.). **Constituição Federal: 30 anos**, *op. cit.*, p. 70.

<sup>143</sup> Poder este exercido pelo Imperador, chefe supremo da nação (VELOSO, Zeno *op. cit.*, p. 29).

<sup>144</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (coord.). **Constituição Federal: 30 anos**, *op. cit.*, p. 69.

<sup>145</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 92.

<sup>146</sup> GULART, Vyvany Viana Nascimento de Azevedo. **A Compatibilidade da Eficácia Ex Nunc e da Eficácia Diferida das Decisões em Controle Abstrato de Constitucionalidade com o Direito Constitucional Brasileiro**. 2003. 132 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Pernambuco – UFPE, Brasília, 2003. p. 50.

<sup>147</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 92.

Assim, por inspiração do direito norte-americano, atribuiu-se ao Judiciário a tarefa de zelar pela legitimidade das leis, reconhecendo-se, explicitamente, a possibilidade de questionamento judicial acerca da validade das leis em geral, em face da Constituição, tanto na Justiça local quanto na Justiça Federal, com chance de recurso extraordinário ao STF (art. 59, II, §1º, “b”)<sup>148</sup>.

Mais especificamente, condizia, na verdade, ao controle difuso de constitucionalidade, uma vez que a Constituição de 1891<sup>149</sup> outorgava ao Poder Judiciário à possibilidade de que este tutelasse as normas previstas na Constituição<sup>150</sup>.

“Aliás, esse controle já aparecia nítido desde a Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 (Decreto nº 510, art. 58, §1º, alínea *b*) e no Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal (art. 9º, parágrafo único, alíneas *a* e *c*)”<sup>151</sup>.

Refletindo esses dispositivos legais, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1981, facultou o recurso a Suprema Corte<sup>152</sup>, em seu artigo 59, §1º, alínea *a*<sup>153</sup>.

Cada indivíduo lesado estava apto a provocar o Poder Judiciário para que uma determinada norma ou ato fosse considerado ilícito ao ser comparado com a Carta Constitucional.

Em síntese, apenas após a Lei Suprema de 1981 o Poder Judiciário passou a deter competência para exercer um controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público<sup>154</sup>.

Promulgada em 16 de julho de 1934, a Constituição de 1934, que manteve a República<sup>155</sup>, a tripartição dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário)<sup>156</sup>, o presidencialismo<sup>157</sup>, instituiu o mandado de segurança<sup>158</sup> e previu um rol de direitos e garantias individuais<sup>159</sup>, aperfeiçoou o modelo já existente<sup>160</sup>.

<sup>148</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (coord.). **Constituição Federal: 30 anos**, *op. cit.*, p. 70 – 71.

<sup>149</sup> Artigo 59, §1º, alínea *a*, da Constituição de 1891.

<sup>150</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 35.

<sup>151</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 92 – 93.

<sup>152</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 93.

<sup>153</sup> Artigo 59, §1º, alínea *a*, da Constituição de 1981: “Ao Supremo Federal compete: Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela”.

<sup>154</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 93.

<sup>155</sup> Artigo 1º, da Constituição de 1934.

<sup>156</sup> Artigo 3º, da Constituição de 1934.

<sup>157</sup> Artigo 51, da Constituição de 1934

<sup>158</sup> Constituição de 1934, artigo 113, 33.

<sup>159</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Sistema Constitucional das Crises: restrições a direitos fundamentais**, *op. cit.*, p. 69 – 70.

<sup>160</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 512.

Assim, o controle difuso, incidental, foi mantido na Constituição de 1934<sup>161</sup>, sendo que surgiram relevantes inovações como: (a) o quórum mínimo para declaração de inconstitucionalidade; (b) a viabilidade de que o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade de lei estadual, após provocação do Procurador Geral da República; (c) a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, com efeitos *erga omnes*<sup>162</sup>; e (d) a cláusula de reserva de plenário (*full bench clause*)<sup>163</sup>.

Houve, ainda, a inserção de algumas normas voltadas à fiscalização adequada de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico com esta Constituição<sup>164</sup>.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, “manteve, no essencial, o modelo de controle da constitucionalidade inaugurado em 1981 (art. 101, III, alíneas *b* e *c*, da CF/37)”<sup>165</sup>.

Por outro lado, a outorga excessiva de poderes ao Presidente da República, na Constituição de 1937, correspondeu a um verdadeiro retrocesso na área do controle de constitucionalidade; um exemplo deste fato estava previsto em seu artigo 97, parágrafo único, que viabilizava a reconstitucionalização de lei declarada anteriormente como inconstitucional<sup>166</sup>.

A referida norma possibilitava ao Presidente da República<sup>167</sup> submeter, ao Parlamento, uma segunda vez o dispositivo legal reconhecido como inconstitucional, para que esse órgão legitimasse a retirada dos efeitos<sup>168</sup> da decisão proferida pelo Pretório Excelso<sup>169</sup>.

Esta Constituição vedou expressamente, em seu artigo 94<sup>170</sup>, a possibilidade de o Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas<sup>171</sup>.

Com o advento da Constituição de 1946, o controle judicial de constitucionalidade, que havia sido suspenso de maneira abrupta no regime do Estado Novo,

<sup>161</sup> Conforme o artigo 76, III, alíneas *b* e *c*, da Constituição de 1934.

<sup>162</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 35.

<sup>163</sup> Artigo 179, da Constituição de 1934.

<sup>164</sup> DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O Controle Abstrato de Constitucionalidade sob o Enfoque dos Princípios Processuais**. 2010. 241 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010. p. 64.

<sup>165</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 95.

<sup>166</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 35 – 36.

<sup>167</sup> Fundamentando-se no bem estar social ou na promoção ou defesa do interesse nacional.

<sup>168</sup> Havendo a confirmação de “dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficava sem efeito a decisão do Tribunal” (FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Sistema Constitucional das Crises: restrições a direitos fundamentais**, *op. cit.*, p. 76).

<sup>169</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 36.

<sup>170</sup> Repetindo o artigo 168 da Constituição de 1934.

<sup>171</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 96.

retornou seu andamento, sendo possível notar o regresso, por exemplo: (a) da atribuição do Senado Federal em suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso; (b) da imposição da maioria absoluta dos votos nas decisões que declaratórias de inconstitucionalidade; (c) da representação de inconstitucionalidade interventiva, cujo titular era o Procurador Geral da República<sup>172</sup>.

Assim, representando verdadeira redemocratização posterior à queda do Estado Novo, a Constituição de 1946 validou o controle difuso de constitucionalidade (sem que houvesse eventual revisão pelos outros Poderes)<sup>173</sup>.

A Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, alargou a competência originária do Pretório Excelso, alterando a redação da alínea “k”, do artigo 101, inciso I, da Constituição de 1946, prevendo a competência para julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República”. Foi a partir desta reforma que ocorreu a introdução, no ordenamento jurídico pátrio, do controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, verdadeira fiscalização constitucional abstrata, genérica, de norma em tese, isto é, livre de qualquer caso concreto, com a única finalidade de preservar o ordenamento jurídico em benefício da supremacia do Texto Fundamental<sup>174</sup>.

Além do controle difuso, o concentrado de constitucionalidade no direito pátrio teve origem com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, sendo que a posterior Constituição de 1967 (em seu artigo 114, I, 1) e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (artigo 119, I, 1), também mantiveram os controles concentrado e difuso que haviam sido instituídos pela Emenda de 1965<sup>175</sup>.

A Lei Maior de 1967, classificada pela concentração de poderes no âmbito federal, conferiu diversos poderes ao Presidente da República, eleito indiretamente<sup>176</sup>, dentre os quais destaca-se o de editar Decretos-leis<sup>177</sup>, aprovados pelo decurso do tempo, com o objetivo de discorrer sobre temas como segurança nacional e finanças públicas.

Ademais, a Constituição de 1967 teve por característica o fortalecimento dos poderes do Presidente da República, “entre os quais o de editar Decretos-leis (artigo 58), aprovados por decurso de prazo, para tratar de segurança nacional e finanças públicas”<sup>178</sup>; e a previsão, ao lado do controle incidental, da possibilidade de ajuizamento de Ação Direta

<sup>172</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 155.

<sup>173</sup> SCALABRIN, Felipe; SANTANA, Gustavo, *op. cit.*, p. 32.

<sup>174</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 36.

<sup>175</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 36 – 37.

<sup>176</sup> Nos termos do artigo 76, da Constituição de 1967.

<sup>177</sup> Constituição de 1967, artigo 58.

<sup>178</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Sistema Constitucional das Crises: restrições a direitos fundamentais**, *op. cit.*, p. 91.

genérica de Inconstitucionalidade, controle principal, a cargo do Procurador Geral da República<sup>179</sup>.

“Acrescente-se que a Emenda Constitucional nº 07/77 dissipou controvérsia da época e passou a autorizar expressamente a concessão de “medida cautelar” nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República”<sup>180</sup>.

A Emenda Constitucional nº 07/77 atribuiu a Suprema Corte a competência para a interpretação, com efeito vinculante, de ato normativo<sup>181</sup>.

De fato, diante do artigo 119, I, XXX, *l*, da Constituição de 1967/69, com a Emenda nº 07/77, competia ao Supremo Tribunal Federal julgar “a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

Com relação ao controle de constitucionalidade, salienta-se que a Constituição de 1967 (artigo 114, I, 1) e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (artigo 119, I, 1), conservaram o controle difuso e o abstrato<sup>182</sup>, e também previram a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, perante o Pretório Excelso, tendo como único legitimado ativo o Procurador Geral da República<sup>183</sup>.

A Constituição Cidadã<sup>184</sup>, promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe consigo novidades “no campo do controle jurisdicional de constitucionalidade, a inconstitucionalidade por omissão e a ampliação da legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade”<sup>185</sup>.

O controle de constitucionalidade brasileiro é o jurisdicional misto, que é mesclado o difuso com o controle concentrado, sendo esta competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal; desta maneira, o exercício do controle constitucional ocorre por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade<sup>186</sup>.

Destaca-se que, com a Emenda Constitucional nº 3, de 18 de março de 1993, os artigos 102 e 103, da Lei Fundamental da República, foram alterados, instituindo a Ação

<sup>179</sup> DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin, *op. cit.*, p. 68 – 69.

<sup>180</sup> SCALABRIN, Felipe; SANTANA, Gustavo, *op. cit.*, p. 33.

<sup>181</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 89.

<sup>182</sup> Instituído pela Emenda Constitucional de 16/65.

<sup>183</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 37.

<sup>184</sup> “A Constituição Brasileira de 1988 constituiu um marco na transição para o regime democrático, consagrando um extenso rol de direitos e garantias individuais, com ampla participação popular na sua elaboração e foco na plena realização da cidadania, motivo pelo qual foi denominada de Constituição Cidadã por Ulisses Guimarães” (FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Sistema Constitucional das Crises: restrições a direitos fundamentais**, *op. cit.*, p. 147).

<sup>185</sup> GULART, Vyviany Viana Nascimento de Azevedo, *op. cit.*, p. 63.

<sup>186</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 64.

Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência da Suprema Corte<sup>187</sup>.

Nesse caso, as respectivas decisões do Supremo Tribunal Federal teriam eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo<sup>188</sup>.

Igualmente relevante, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, além de instituir a súmula vinculante<sup>189</sup>, também discorreu sobre o controle difuso, ao modificar a admissibilidade do recurso extraordinário, e sobre o abstrato, corrigindo especialmente o rol de legitimados da Ação Declaratória de Constitucionalidade<sup>190</sup>.

Ficou consagrado um sistema eclético de fiscalização de constitucionalidade, que prevê lado a lado o controle concreto e incidental, nos moldes da *judicial review* estadunidense, e a fiscalização principal e abstrata, exercida por meio de ação direta (voltada à verificação de inconstitucionalidade por ação e omissão: CF, art. 102, I, a, e art. 103, § 2º), prevendo-se, outrossim, a instituição de mecanismo voltado à sanção pelo descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º)<sup>191</sup>.

Compreende-se que, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mantendo a reunião dos métodos difuso-concreto-incidental e concentrado-abstrato-principal, potencializou o sistema judicial de controle da constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico<sup>192</sup>.

O controle difuso-concreto-incidental, é provocado por via de exceção ou defesa, por ocasião de uma demanda judicial concreta, perante qualquer juízo ou tribunal<sup>193</sup>.

Por sua vez, o controle concentrado-abstrato-principal, é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, “em sede de ação direta, e em abstrato, o controle de constitucionalidade dos atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal”<sup>194</sup>, ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal na hipótese de controle da constitucionalidade dos atos normativos estaduais ou municipais perante a respectiva Constituição Estadual<sup>195</sup>.

---

<sup>187</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 91.

<sup>188</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>189</sup> Artigo 103-A, da Constituição Federal de 1988.

<sup>190</sup> SCALABRIN, Felipe; SANTANA, Gustavo, *op. cit.*, p. 33.

<sup>191</sup> DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin, *op. cit.*, p. 71.

<sup>192</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 97.

<sup>193</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 97 – 98.

<sup>194</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 97.

<sup>195</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 97 – 98.

Vale dizer que, com a nova redação atribuída ao artigo 102, §2º, da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, as decisões definitivas de mérito proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, passaram a possuir efeitos vinculantes<sup>196</sup>.

É notório que a Constituição Federal de 1988, por meio de seu artigo 103, ampliou significativamente o rol dos sujeitos legitimados para dar início ao controle de constitucionalidade.

Atualmente, estão legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa; o Governador de Estado; o Procurador-Geral da República; o 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>197</sup>.

Assegura-se que, no Brasil, a jurisdição constitucional não consiste em privilégio exclusivo dos tribunais ou da Suprema Corte, pois todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, independente da instância, encontra-se apto a exercer o controle de constitucionalidade<sup>198</sup>.

Apenas a fiscalização de constitucionalidade pela via principal ou abstrata é exercida unicamente pelo Pretório Excelso (em face da Constituição Federal) ou dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (defronte da Constituição do Estado)<sup>199</sup>.

Portanto, realizado esse esforço histórico do controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico pátrio, transfigura-se necessário efetuar algumas considerações a respeito do controle difuso de constitucionalidade e da fiscalização abstrata de constitucionalidade.

### 2.2.2. Controle Difuso de Constitucionalidade

O controle difuso de constitucionalidade é aquele que origina-se incidentalmente no curso de um processo comum<sup>200</sup>, caracterizando-se, assim, pela possibilidade de que

---

<sup>196</sup> DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin, *op. cit.*, p. 72.

<sup>197</sup> Nos termos do artigo 103, da CF/88.

<sup>198</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 99.

<sup>199</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>200</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, *op. cit.*, p. 146.

qualquer Juiz ou Tribunal possa reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma a qual foi arguida pela parte como modalidade de defesa<sup>201</sup>.

“O objeto principal da ação não é a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo a mesma analisada incidentalmente ao julgamento de mérito”<sup>202</sup>.

Portanto, com o intuito de solucionar o caso concreto em questão, faz-se necessária a declaração de inconstitucionalidade, já que essa pode decidir determinada relação jurídica que é o objeto principal da ação<sup>203</sup>.

De maneira oposta, no controle concentrado a fiscalização de constitucionalidade concentra-se apenas em um único órgão<sup>204</sup>.

O controle difuso de constitucionalidade decorre do direito norte-americano<sup>205</sup>, na resolução do famoso caso *William Marbury vs James Madison*<sup>206</sup>, em que ficou assentada a responsabilidade do Tribunal no exercício do controle de constitucionalidade<sup>207</sup>.

Nesse pleito, o Juiz da Suprema Corte *John Marshall*, no ano de 1803, determinou que na hipótese de haver conflito entre a Lei e a Constituição, deve prevalecer essa última.

Nesse sentido, Elival da Silva Ramos enfatiza:

antes mesmo de a Suprema Corte firmar entendimento favorável ao controle, o que somente aconteceu em 1803, no célebre caso *Marbury versus Madison*, os Tribunais Federais de Apelação (Cortes de Circuito) já declaravam que um ato legislativo em contraste com uma norma constitucional deve ser apartado e rechaçado por incompatibilidade<sup>208</sup>.

Por sua vez, Ronaldo Polleti salienta que:

<sup>201</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 69.

<sup>202</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, *op. cit.*, p. 149.

<sup>203</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>204</sup> RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 97.

<sup>205</sup> “Além dos Estados Unidos, adotam o modelo de controle difuso na atualidade países como a Argentina, a Grécia e o Japão” (DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 73).

<sup>206</sup> “A ideia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu no caso *Madison vs Marbury* (1803), em que o Juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo” (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 608).

<sup>207</sup> “O controle de constitucionalidade (*judicial review*) é exemplo da criatividade constitucional norte-americana. Trata-se do poder que o Judiciário tem de rever as ações dos outros corpos governamentais, constatando (ou não) compatibilidade constitucional. Apoia-se concretamente no caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803. Não há previsão constitucional quanto ao exercício do controle de constitucionalidade; a atividade não fora originariamente outorgada à Suprema Corte norte-americana. Não se cogitou do controle de constitucionalidade como inerente ao Poder Judiciário” (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004. p. 64).

<sup>208</sup> **A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 103. Na nota de rodapé n. 223, o citado autor afirma: “Ghigliani menciona decisão de uma Corte Federal de Circuito datada de 1795 e relatada pelo Juiz Patterson, que à época também fazia parte da Suprema Corte”, acrescentando outras decisões anteriores como no caso “*Ware v. Hylton*”, em que uma lei do Estado da Virgínia tinha sido declarada inconstitucional (nota de rodapé n. 228, p. 104).

A Justiça do Estado de *New Jersey*, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, os juizes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação<sup>209</sup>.

Depreende-se que, no direito norte-americano, o controle judicial da constitucionalidade é difuso, sendo que a decisão final é julgada pela Suprema Corte.

No Brasil, o controle difuso está presente desde a Constituição de 1891, subsistindo hodiernamente sem maiores modificações<sup>210</sup>. Na atual Constituição, a de 1988, o controle difuso encontra-se regulamentado no artigo 102, inciso III<sup>211</sup>.

Ainda, impende ressaltar pela impossibilidade de confusão entre o controle incidental<sup>212</sup> para o controle difuso.

“Há possibilidade de controle incidental no controle concentrado, como por exemplo na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF”<sup>213</sup>. Nesse caso, preliminarmente a análise do mérito da ação (constitucionalidade ou não de determinada norma), o Supremo Tribunal Federal determinou, em sede de controle incidental, pela constitucionalidade da Ação Declaratória (prevista por Emenda Constitucional)<sup>214</sup>, tendo sido o mérito apreciado posteriormente.

No controle incidental<sup>215</sup>, a inconstitucionalidade é suscitada incidentalmente, em processo cujo objeto corresponde à outra matéria, estabelecendo-se na técnica processual uma questão prejudicial<sup>216</sup>, e que é integrada à motivação do *decisium*, em julgamento *incidenter tantum*<sup>217</sup>.

Todavia, o controle difuso será, em todo caso, incidental, uma vez que a “questão principal não poderá ser a questão constitucional, sob pena de ausência de interesse de agir

<sup>209</sup> **Controle de Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 36. Sobre o assunto vide *Blaine Free Moore, The Supreme Court and unconstitutional legislation, Studies in History, Economics and Public Law* (volume LIV, n. 2, p. 13).

<sup>210</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 70.

<sup>211</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 111.

<sup>212</sup> Vale dizer que no direito americano, o controle difuso é exercido somente em via incidental (*judicial review*, literalmente “verificação constitucional”) (LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 50).

<sup>213</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 41.

<sup>214</sup> STF – Pleno, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1/DF, Rel. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 5 de novembro de 1993, p. 23.286, vencido o Ministro Marco Aurélio.

<sup>215</sup> Também chamado de controle por via de exceção ou defesa, pois usualmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, que visava escusar-se do cumprimento de norma que não acreditava ser válida (BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 72).

<sup>216</sup> RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis**. *op. cit.*, p. 98.

<sup>217</sup> PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. **Efeitos Processuais no Controle Judicial de Constitucionalidade**. 2009. 354 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2009. p. 62 – 63.

(ausência do requisito necessidade da tutela jurisdicional, para solucionar o mal alegado), manifestada pela inexistência do caso concreto”<sup>218</sup>. Observa-se que o controle difuso difere do controle em via de ação principal, em que o “objeto do processo é o próprio ato arguido de inconstitucional”<sup>219</sup>.

A fiscalização jurisdicional difusa e incidental de constitucionalidade processar-se-á na resolução do caso concreto, em que, para tutelar-se determinado direito subjetivo, se ratificará ou não a aplicação a de um preceito normativo, a sujeitar-se do juízo afirmativo ou negativo de sua compatibilidade com a Constituição<sup>220</sup>.

Nessa conjectura, a força vinculante resultante da análise de constitucionalidade será fixado a próprio caso concreto<sup>221</sup>, mantendo-se a norma impugnada como sendo obrigatória a terceiros<sup>222</sup>.

A fiscalização difusa poderá ser exercida de ofício, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>223</sup>, ao afirmar sua condição de guardião maior da Constituição, estabelecendo a incumbência dessa Suprema Corte em declarar a inconstitucionalidade de lei, ainda que *ex officio*, em razão do controle difuso de constitucionalidade, independente de pedido expresso da parte.

Há, inclusive, precedente do Pretório Excelso que afasta o prequestionamento<sup>224</sup>, adotando a causa de pedir aberta no Recurso Extraordinário, com a justificativa que compete ao Pretório Excelso a guarda da Constituição (artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988)<sup>225</sup>.

Destaca-se que o novo Código de Processo Civil consagrou esta tese em seu artigo 1.034<sup>226</sup>.

Em síntese, em Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal poderá exercer a fiscalização difusa de constitucionalidade de ofício, sem a observância do prequestionamento, pois essa Corte é a guardiã da supremacia constitucional.

<sup>218</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 42.

<sup>219</sup> RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis**. *op. cit.*, p. 98.

<sup>220</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 23 – 24.

<sup>221</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 238.

<sup>222</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, *op. cit.*, p. 150.

<sup>223</sup> Informativo n. 365, do STF.

<sup>224</sup> Neste sentido: STF, RE n. 298.694/SP.

<sup>225</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 42 – 43.

<sup>226</sup> “Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito. Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado”.

É aplicável, nessa conjuntura, o artigo 10, do novo Código de Processo Civil<sup>227</sup>, o qual dispõe, pela homenagem ao contraditório, que configura obrigação do magistrado, sob pena de nulidade.

Ademais, consoante exigência do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988<sup>228</sup>, a motivação da declaração de inconstitucionalidade é imprescindível em todas as modalidades de controle de constitucionalidade.

José Afonso da Silva acentua a relevância do controle difuso de constitucionalidade, elucidando que somente o controle concentrado “não seria suficiente para a organização de um sistema eficaz de proteção aos direitos humanos, pois tal competência”<sup>229</sup> já competia ao Supremo Tribunal Federal, “no regime das Constituições anteriores, e não raro, lamentavelmente, suas decisões sustentaram o arbítrio do regime militar”<sup>230</sup>.

O controle difuso de constitucionalidade pode ser realizado em qualquer ação, mesmo nos instrumentos da chamada “jurisdição constitucional da liberdade”<sup>231</sup>, que são “meios processuais constitucionais que objetivam o amparo dos direitos humanos”<sup>232</sup>; ou mesmo em ação de competência originária, tendo como exemplo o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção, o Habeas Corpus e a Ação Originária<sup>233</sup>.

### 2.2.3. Controle Abstrato de Constitucionalidade

De maneira oposta, intenta-se na fiscalização abstrata de constitucionalidade a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo<sup>234</sup> em tese, neste âmbito seja por

<sup>227</sup> “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

<sup>228</sup> “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:” ... “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

<sup>229</sup> **Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual.** Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, edição especial em comemoração dos 10 anos da Constituição Federal, set. 1998. p. 173.

<sup>230</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>231</sup> “São eles o habeas corpus, o mandado de segurança, a ação popular, o mandado de injunção, o habeas-data, e a ação civil pública” (FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 44).

<sup>232</sup> SILVA, José Afonso da. **Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual.** Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, *op. cit.*, p. 175.

<sup>233</sup> Por exemplo, aquelas previstas no artigo 102, I, alíneas “e”, “f” e “n”.

<sup>234</sup> Igualmente ao ato do poder público via arguição de descumprimento de preceito fundamental.

ação ou omissão<sup>235</sup>, independentemente da existência de uma lide. Esse controle tem por finalidade a retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, anteriormente à subsistência de um conflito interindividual e/ou social que exija sua aplicação<sup>236</sup>.

Nessa via de controle, o próprio pedido da ação intentada será a inconstitucionalidade do ato normativo primário, que deverá ser declarada no dispositivo da decisão.

Em nosso ordenamento jurídico, a fiscalização abstrata de constitucionalidade decorreu da Constituição de 1946<sup>237</sup>. Por força do projeto de reforma constitucional idealizado com o intuito de deter a “sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal Federal e ao Tribunal Federal de Recursos”<sup>238</sup>, sucedeu a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, a qual instituiu a “representação de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República”<sup>239</sup>.

Por isso, de maneira oposta da então presente representação interventiva, figurou na competência da Suprema Corte “nova ação destinada a decidir em tesa da constitucionalidade de atos normativos, sem que houvesse qualquer preocupação com questões conflituosas”<sup>240</sup>.

Posteriormente, não sobreveio qualquer inovação referente à representação elaborada pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, nos regimes originais das Constituições de 1967 e 1969<sup>241</sup>.

Todavia, foram abolidas as representações de inconstitucionalidade da competência dos Tribunais de Justiça<sup>242</sup>.

Com a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, incluiu-se a representação para a interpretação de lei<sup>243</sup>, e ainda confirmou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>244</sup> acerca da admissibilidade de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade<sup>245</sup>.

---

<sup>235</sup> De inconstitucionalidade.

<sup>236</sup> MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2018. p. 12.

<sup>237</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 85.

<sup>238</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 189.

<sup>239</sup> Artigo 101, inciso I, alínea “k”, da Constituição de 1946.

<sup>240</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 86.

<sup>241</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>242</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**, *op. cit.*, p. 192 – 193.

<sup>243</sup> Artigo 119, inciso I, alínea “l”, da Constituição de 1969.

<sup>244</sup> Representação n. 933/RJ, rel. Min. Thompson Flores, DJU de 26/12/1976 e RTJ, 76:342.

<sup>245</sup> Artigo 119, inciso I, alínea “p”, da Constituição de 1969.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o complexo sistema brasileiro de fiscalização abstrata de constitucionalidade foi consolidado e otimizado<sup>246</sup>.

Hodiernamente, o controle abstrato de constitucionalidade representa um processo de natureza objetiva, que não possui contraditório<sup>247</sup>, uma vez que não há partes, muito embora possam ser consultados órgãos que participaram da elaboração da lei que está sendo discutida perante o Pretório Excelso, bem como outros atores envolvidos ativamente no ciclo deste procedimento<sup>248</sup>.

“Trata-se de controle abstrato porque seu objeto é um ato normativo ainda que não tenha produzido efeitos jurídicos, poderá a lei até mesmo ser questionada durante sua *vacatio legis*”<sup>249</sup>. Esse procedimento objetiva eliminar de nosso ordenamento jurídico quaisquer normas consideradas como sendo inconstitucionais<sup>250</sup>.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes, esse processo de natureza objetiva é destinado, exclusivamente, à tutela dos interesses da Lei Suprema, e não à defesa dos interesses das partes, pois não pressupõe a defesa de situações subjetivas<sup>251</sup>.

Há, no controle abstrato de normas, um processo unilateral, sem partes, em que há requerente, mas inexistente requerido<sup>252</sup>.

Ademais, destina-se à “interpretação constitucional, propiciando certeza jurídica e evitando violações de normas constitucionais.

Trata-se de preservar a supremacia constitucional e não tutelar direitos ou interesses subjetivos”<sup>253</sup>.

Dispõe-se pelo controle abstrato de constitucionalidade “a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo em tese, neste caso por ação ou por omissão, independentemente da existência de uma lide”<sup>254</sup>.

Ressalta-se que são objetos desse processo objetivo as normas de direito federal<sup>255</sup> ou estadual<sup>256</sup>.

---

<sup>246</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 87.

<sup>247</sup> VELOSO, Zeno *op. cit.*, p. 75.

<sup>248</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 27 – 28.

<sup>249</sup> NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 651.

<sup>250</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 651 – 652.

<sup>251</sup> **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos, *op. cit.*, p. 251.

<sup>252</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos, *op. cit.*, p. 251.

<sup>253</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 226 – 227.

<sup>254</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 53.

<sup>255</sup> Sendo consideradas como normas de direito federal: 1) as disposições da lei fundamental; 2) as leis federais de qualquer espécie e conteúdo; 3) o regulamento editado pelo Governo Federal ou por um determinado Ministério Federal; 4) estatutos e regimentos editados pelas entidades autárquicas; 5) os atos normativos expedidos com fulcro no estado de necessidade legislativa (art. 81, da Lei Maior) e nas situações de defesa (art.

Deve-se acentuar que de modo oposto ao controle difuso, o controle abstrato produz efeito vinculante e *erga omnes*<sup>257</sup>.

O controle abstrato de constitucionalidade equivale “a um exercício atípico de jurisdição, pois nele não há um litígio ou propriamente, uma situação concreta a ser solucionada pela norma”<sup>258</sup>, e visa à retirada “do ordenamento jurídico um ato normativo (no todo ou em parte) declarado inconstitucional”<sup>259</sup>.

“Chama-se de abstrato porque seu objetivo, ao contrário de gerar efeitos para as partes dentro de um processo, gera efeitos gerais”<sup>260</sup>, e, pode ser instaurado “independentemente da demonstração da existência de um interesse jurídico específico”<sup>261</sup>, configurando típico processo objetivo.

Há, no controle abstrato de constitucionalidade: (a) a Ação Declaratória de Constitucionalidade; (b) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação; (c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; e (d) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O controle abstrato propõe-se apenas à tutela do ordenamento jurídico, retirando-se qualquer norma<sup>262</sup> inconstitucional, não pretendendo, assim, resguardar o interesse das partes<sup>263</sup>.

Destarte, pretende-se obter a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo, seja, neste caso, por ação ou por omissão (inconstitucional), independentemente da existência de uma lide.

115, alíneas “c” e “e”, da Lei Fundamental); 6) o direito consuetudinário que é vigente em todo território nacional; 7) os acordos trabalhistas que possuem eficácia ampla e geral (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 144 – 146).

<sup>256</sup> Sendo consideradas como normas de direito estadual: 1) as disposições das Constituições Estaduais; 2) as leis estaduais; 3) as leis estaduais editadas para regulamentar matéria de competência exclusiva da União (art. 22, parágrafo único, CF/88); 4) decreto editado com força de lei; 5) o regimento interno dos Tribunais Estaduais e os regimentos das Assembleias Legislativas; 6) os atos normativos expedidos pelas pessoas jurídicas de direito público estadual (MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 132 – 133).

<sup>257</sup> NERY JR, Nelson; ABBOUD, Georges, *op. cit.*, p. 652.

<sup>258</sup> ROMANO, Rodrigo Ribeiro. **A Atuação do Legitimado Ativo no Controle Abstrato de Constitucionalidade**: Critérios Procedimentalistas para a Propositura da Ação no Contexto de Lutas por Reconhecimento. 2016. 231 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016. p. 153.

<sup>259</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 81 – 82.

<sup>260</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 82.

<sup>261</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **A Ação Declaratória de Constitucionalidade**: a Inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 53.

<sup>262</sup> No todo, ou em parte.

<sup>263</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 82.

## 2.3. AÇÕES DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como mencionado no tópico anterior, são ações do controle abstrato de constitucionalidade:

- (a) a Ação Declaratória de Constitucionalidade;
- (b) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação;
- (c) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão;
- (d) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Essas ações constitucionais serão examinadas nos próximos itens.

### 2.3.1. Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, sendo que, por meio desta, foi conferida nova redação ao artigo 102, I, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988<sup>264</sup>, e, assim, instituiu o §2º, ao texto constitucional do artigo 102<sup>265</sup>.

Na ocasião, houve manifestação doutrinária<sup>266</sup> contrária a criação da Ação Declaratória, atribuindo a ela relevantes vícios de inconstitucionalidade, pleiteando pela incompatibilidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade com o “princípio do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, da separação de poderes, dentre outros”<sup>267</sup>.

Todavia, o plenário da Suprema Corte declarou, em questão de ordem suscitada pelo Ministro Moreira Alves na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01, a constitucionalidade da Ação Declaratória, tal como sua aplicabilidade imediata, dispensando lei regulamentadora<sup>268</sup>.

---

<sup>264</sup> “Art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

<sup>265</sup> “Art.102. §2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

<sup>266</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (cords.). **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 180.

<sup>267</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 67.

<sup>268</sup> Atualmente regulamentada pela lei 9.868/99.

O procedimento para julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade é regido pela Lei nº 9.868 de 1999, não sendo admitido a desistência<sup>269</sup> e a intervenção de terceiros<sup>270</sup>, mas autoriza-se a participação do *amicus curiae*<sup>271</sup>.

O desígnio da Ação Declaratória de Constitucionalidade consiste na transformação da presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em razão de seu efeito vinculante<sup>272</sup>.

Na Ação Declaratória, “provoca-se o Supremo Tribunal Federal para que o mesmo, caso julgue procedente o pedido, declare a constitucionalidade de determinado ato normativo”<sup>273</sup>.

Não há lide na Ação Declaratória de Constitucionalidade, pois não há conflito aparente de interesses, já que não há réu, e essa ação não é dirigida em face de qualquer particular<sup>274</sup>. Portanto, a Ação Declaratória de Constitucionalidade não possui caráter contencioso<sup>275</sup>.

Além disso, “somente as leis e atos normativos federais é que podem ser declarados constitucionais ou inconstitucionais, por intermédio do instrumento em estudo”<sup>276</sup>. Desta forma, o pedido nesta ação “é o de que se reconheça a compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição”<sup>277</sup>.

São utilizados, por determinação expressa do artigo 26, da Lei nº 9.868 de 1999, os princípios da irrecorribilidade e da não rescindibilidade, sendo resguardado, pelo mesmo dispositivo legal, a interposição de embargos declaratórios.

Frisa-se a exigência legal do artigo 14, inciso III, da Lei nº 9.868 de 1999, segundo o qual a petição inicial, da Ação Declaratória de Constitucionalidade, necessitará de prévia demonstração, como pressuposto de admissibilidade da própria ação, a existência de controvérsia<sup>278</sup> judicial relevante sobre a aplicação do dispositivo impugnado<sup>279</sup>.

---

<sup>269</sup> Artigo 16, da Lei 9.868/99.

<sup>270</sup> Artigo 18, da Lei 9.868/99.

<sup>271</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 70.

<sup>272</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 243.

<sup>273</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 189.

<sup>274</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 190.

<sup>275</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>276</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 68.

<sup>277</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 263.

<sup>278</sup> Por controvérsia, “significa tanto decisões favoráveis quanto desfavoráveis à constitucionalidade do ato” (FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 69 – 70).

<sup>279</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 68 – 69; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 309.

### 2.3.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação

Igualmente a Ação Declaratória de Constitucionalidade, incumbe ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação<sup>280</sup>, cujo procedimento foi regulamentado, também, pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro 1999.

Vale dizer que a doutrina<sup>281</sup> convencionou tratá-la com Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação representa verdadeira ação, representando um “meio especial de provocação da jurisdição constitucional”<sup>282</sup>. Ainda, entende-se que não há um caso concreto a ser solucionado, pois a análise judicial da lei ou ato normativo federal ou estadual será em tese<sup>283</sup>. Ou seja, compreende-se pela ausência de lide a ser julgada na Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação. Além disso, corresponde a uma ação que instaura um processo objetivo, em que será esclarecido uma questão constitucional<sup>284</sup>.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação:

Não há lide, nem partes confrontantes. Por meio dela não se compõem conflitos de interesses, mas apenas conflitos de normas o seu fim é resolver a suposta incompatibilidade vertical entre uma lei ou ato normativo e uma norma da Constituição, sempre em benefício da supremacia constitucional<sup>285</sup>.

Constitui objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, não apenas o exame da constitucionalidade de leis e atos normativos federais ou estaduais, mas também as espécies normativas identificadas no artigo 59, da Constituição Federal de 1988<sup>286</sup>, sendo que, é pacífico na jurisprudência que são passíveis do controle abstrato, via ação direta, as

<sup>280</sup> Nos termos do artigo 102, I, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988.

<sup>281</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 54; MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, *op. cit.*, p. 142; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 140.

<sup>282</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 141 – 142.

<sup>283</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 54.

<sup>284</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 142; NEVES, Daniel Amorin Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 27 – 28.

<sup>285</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 213.

<sup>286</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 182 – 183.

emendas constitucionais<sup>287</sup>, os tratados internacionais<sup>288</sup>, as resoluções administrativas<sup>289</sup> dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais do Trabalho, dentre outras normas.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica visa a defesa da Constituição, intenta manter a coerência da ordem constitucional, rejeitando, assim, a defesa de um direito subjetivo<sup>290</sup>.

Logo, caracteriza como um instrumento de fiscalização abstrata de constitucionalidade, instaurando um processo objetivo de guarda constitucional<sup>291</sup>, por meio do qual, o Supremo Tribunal Federal examina a existência, ou não, de antinomia normativa frente a Lei Suprema<sup>292</sup>.

### 2.3.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Mesmo tendo sido regulamentada apenas em 2009, pela Lei nº 12.063, a Suprema Corte já admitia seu cabimento com o advento da Carta Magna de 1988<sup>293</sup>.

Prevista no artigo 5º, LXXI, e no artigo 103, parágrafo 2º, ambos da Constituição Federal de 1988, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão tem por fulcro a exigência de que o legislador cumpra seu dever constitucional de emanar normas, sendo que a omissão corresponde à inércia do poder político, o qual não pratica determinado ato ordenado pela Carta Magna<sup>294</sup>.

Em outras palavras, a inconstitucionalidade por omissão ocorre toda vez que uma norma constitucional de eficácia limitada deixar de ser exercida por ausência de lei que a regulamente. Ou seja: a omissão do Poder Público causa a inconstitucionalidade, na medida em que aquele descumpriu a Constituição que o obrigava a elaborar a norma<sup>295</sup>.

Depreende-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão está fadada a suprir, de maneira geral e abstrata, a inatividade (inércia) dos órgãos de direção política, por

---

<sup>287</sup> ADI n. 4.372 – DF.

<sup>288</sup> ADI n. 1.480 – DF.

<sup>289</sup> ADI n. 2.608 – DF.

<sup>290</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 142 – 143.

<sup>291</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 143.

<sup>292</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 213.

<sup>293</sup> Vide ADI 3276/CE.

<sup>294</sup> MARTIGNAGO, Gisella. **Controle de Constitucionalidade e o Ativismo Judicial**. 2009. 115 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, São Paulo, 2009. p. 58.

<sup>295</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 186.

conta da não realização de suas imposições constitucionais<sup>296</sup>. Aqui, o “constituente quis superar, em favor da supremacia e efetividade da Constituição, o estado de inconstitucionalidade decorrente das omissões do poder público”<sup>297</sup>.

Sinteticamente, havendo uma omissão, uma conduta negativa, por parte do Poder Público, perante uma conduta positiva prevista na Constituição, haverá a inconstitucionalidade por omissão<sup>298</sup>.

Destaca-se que a omissão inconstitucional poderá ser: (a) absoluta ou total: caso haja uma total ausência na edição de uma norma exigida pelo constituinte; ou (b) relativa ou parcial: quando houver um cumprimento incompleto ou uma falta de atualização dos mandamentos constitucionais<sup>299</sup>.

Salvo o que for impertinente, é empregado à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão o mesmo procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por via de ação<sup>300</sup>.

Por fim, assim como na Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão também consiste em processo objetivo<sup>301</sup>. Portanto, também não visa defender um direito subjetivo, mas apenas a Constituição<sup>302</sup>.

#### 2.3.4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Produto da atividade do poder constituinte originário, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, última ação típica do controle abstrato de constitucionalidade, está prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988<sup>303</sup>, sendo que seu procedimento está previsto na Lei nº 9.882 de 1999<sup>304</sup>.

<sup>296</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 257 – 258.

<sup>297</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 258.

<sup>298</sup> BUCCI, Eduardo Sandalla. **A Análise do Controle de Constitucionalidade de Omissões Legislativas pelo Supremo Tribunal Federal na Constituição Federal de 1988**. 2016. 173 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2016. p. 16.

<sup>299</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 84.

<sup>300</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 340.

<sup>301</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 339.

<sup>302</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 339 – 340.

<sup>303</sup> “Art. 102. §1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

<sup>304</sup> “Art. 1º. A arguição prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Seus legitimados são os mesmos que podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, estando elencados no artigo 103, da Lei Suprema de 1988, sendo o Supremo Tribunal Federal o único órgão competente para seu julgamento.

São três as espécies da ADPF: i) a preventiva, para evitar lesão a preceito fundamental; ii) a repressiva, para reparar a lesão ocasionada; e iii) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os atos anteriores à Constituição<sup>305</sup>.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental busca restabelecer uma lesão à um preceito fundamental, o qual foi danificado por conta de ato do Poder Público, sendo cabível sua aplicação caso haja relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores a Constituição Federal de 1988<sup>306</sup>.

Logo, entende-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental consiste em ação autônoma, que visa reaver ou evitar um prejuízo a um preceito fundamental<sup>307</sup>.

É um “*plus* normativo em relação aos institutos de proteção aos direitos fundamentais”<sup>308</sup>.

Por preceito fundamental, entende-se ser “toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado”<sup>309</sup>.

O preceito fundamental corresponde as normas de maior relevância em uma Carta Constitucional, em virtude de sua imprescindibilidade<sup>310</sup>.

O objeto do controle, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, corresponde a um ato gravoso do Poder Público, federal, estadual ou municipal, em desfavor de um preceito fundamental<sup>311</sup>.

Contudo, essa ação do controle abstrato de constitucionalidade é regida pelo pressuposto da subsidiariedade às demais ações.

---

<sup>305</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 197.

<sup>306</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 197.

<sup>307</sup> SCALABRIN, Felipe; SANTANA, Gustavo, *op. cit.*, p. 77.

<sup>308</sup> STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 903.

<sup>309</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 327.

<sup>310</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>311</sup> SCALABRIN, Felipe; SANTANA, Gustavo, *op. cit.*, p. 78.

A subsidiariedade representa o caráter residual da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, enunciando que ela apenas será conveniente quando não houver qualquer outro meio capaz de sanar a lesividade<sup>312</sup>.

Extrai-se desse princípio, por exemplo, que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental constitui meio adequado para: (a) confrontar lei municipal ante a Constituição Federal de 1988; (b) discutir matéria pré-constitucional e leis cujos efeitos já se exauriram (caso em que a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é admitida)<sup>313</sup>; e (c) confrontar interpretação judicial de texto constitucional<sup>314</sup>.

## 2.4. EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Os efeitos da decisão emitidos na Ação Declaratória de Constitucionalidade, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, representam tema de extrema relevância em nosso ordenamento jurídico, em virtude das previsões trazidas pelas Leis nº 9.868 de 1999 e nº 9.882 de 1999 e pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Portanto, neste ponto, faz-se necessário discorrer sobre os efeitos da decisão no controle abstrato de constitucionalidade.

### 2.4.1. Efeito *erga omnes* e efeito vinculante

A sentença proferida no controle abstrato de constitucionalidade, que declara a (in)constitucionalidade de um preceito normativo primário, abstratamente considerado, possui efeito *erga omnes*.

Isto é, produz efeitos para todos os possíveis destinatários da norma<sup>315</sup>.

Isso significa que sua eficácia deve ser estendido para além das pessoas envolvidas diretamente no processo<sup>316</sup>.

<sup>312</sup> Artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.882 de 1999.

<sup>313</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 114 – 130.

<sup>314</sup> ADPF nº 101/DF.

<sup>315</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 259; ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**, *op. cit.*, p. 65.

<sup>316</sup> TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**, *op. cit.*, p. 382.

A referida declaração, submetem-se, obrigatoriamente, os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, sendo que, relativamente a eles, a sentença possui, dessa forma, efeito vinculante<sup>317</sup>.

O efeito vinculante pode ser definido como:

proibição de contrariar decisão proferida em processos de controle abstrato de constitucionalidade e, conseqüentemente, como obrigação dos demais órgãos estatais de cumprir o decidido, tanto no dispositivo como nos chamados “motivos determinantes” que se encontram nos votos dos Ministros, também designados como “norma decisória concreta”<sup>318</sup>.

Com a Emenda Constitucional nº 3 de 1993, os referidos efeitos foram previstos pelo poder constituinte reformador para a Ação Declaratória de Constitucionalidade, em virtude do acréscimo do parágrafo 2º ao artigo 102, da Constituição Federal de 1988<sup>319</sup>.

Em 1999, o artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868 de 1999 ampliou os efeitos *erga omnes* e vinculante a Ação Direta de Inconstitucionalidade, e o artigo 10, §3º, da Lei nº 9.882 de 1999 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Apenas com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a redação do artigo 102, §2º, da Constituição Federal de 1988<sup>320</sup>, veio a sofrer alteração, para que, desta maneira, fosse positivado na Lei Fundamental a previsão de que o efeito *erga omnes* ou contra todos e o efeito vinculante também seriam aplicados à Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Conseqüentemente, o legislador infraconstitucional previu o efeito vinculante e *erga omnes* ou contra todos para as decisões prolatadas na Ação Declaratória de Constitucionalidade e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação<sup>321</sup>, e para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>322</sup>.

---

<sup>317</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**, *op. cit.*, p. 65 – 66.

<sup>318</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 164.

<sup>319</sup> “Artigo 102. §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”.

<sup>320</sup> “Art. 102. §2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

<sup>321</sup> Lei nº 9868/99, artigo 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

<sup>322</sup> Lei nº 9882/99, artigo 10, §3º: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

Nesse ponto, destaca-se a divergência na doutrina acerca das diferenças entre o efeito vinculante da eficácia *erga omnes*. Pelo exposto, mesmo que parte da doutrina sustente que o efeito vinculante decorre do efeito *erga omnes*<sup>323</sup>, compreende-se, com a devida vênia, que ambos os efeitos jurídicos são distintos, não se admitindo qualquer confusão entre eles, já que possuem finalidades e características opostas<sup>324</sup>.

O poder constituinte reformador, por meio do artigo 102, §2º, da Constituição Federal de 1988, e o legislador infraconstitucional, na edição das Leis nº 9.868, de 1999<sup>325</sup>, e nº 9.882, também de 1999<sup>326</sup>, previram dois efeitos distintos para as ações do controle abstrato de constitucionalidade.

A previsão desses efeitos demonstra que o legislador utilizou vocábulos contrários para discorrer sobre institutos diferentes<sup>327</sup>, sendo que sobre tal fato não pode-se olvidar que a “termos diversos não se deve atribuir o mesmo conteúdo”<sup>328</sup>.

Na fiscalização abstrata de constitucionalidade, o efeito *erga omnes*, “por si só, não impede a edição de lei posterior eivada do mesmo vício de outra já declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso no controle abstrato”<sup>329</sup>.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>330</sup>, o legislador não está vedado a promulgar uma lei com conteúdo igual ao do texto anteriormente censurado<sup>331</sup>.

Entretanto, depreende-se que o efeito vinculante obriga os destinatários a aplicarem uma mesma tese, que foi adotada em decisão definitiva de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto o efeito *erga omnes* ocasiona efeitos processuais, impedindo uma possível rediscussão sobre uma norma que já foi objeto de controle constitucional pelo Pretório Excelso<sup>332</sup>.

Caso haja descumprimento, por parte dos órgãos inferiores ao Poder Judiciário, da decisão definitiva de mérito dotada de efeito vinculante, é possível que ocorra uma

---

<sup>323</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 241 – 242.

<sup>324</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 259; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 197 – 198.

<sup>325</sup> Lei nº 9868/99, artigo 28, parágrafo único.

<sup>326</sup> Artigo 10, §3º, Lei nº 9882/99.

<sup>327</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 197.

<sup>328</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997. p. 117.

<sup>329</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 113.

<sup>330</sup> ADI 907; ADI864.

<sup>331</sup> TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**, *op. cit.*, p. 382.

<sup>332</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 200.

“provocação do Pretório Excelso por intermédio de uma reclamação, a fim de que seja garantida a autoridade de sua decisão”<sup>333</sup>.

O efeito vinculante confere a decisão definitiva de mérito, no controle abstrato de constitucionalidade, “uma força obrigatória qualificada, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo próprio – a reclamação – para impor seu cumprimento”<sup>334</sup>.

Entretanto, Lunardi assevera que:

O efeito vinculante conhece limitações. Primeiro, só diz respeito a julgados que não se limitam a questões processuais, decidindo sobre o mérito da questão. Segundo, não vincula o próprio STF, pois não há menção a esse respeito na Constituição e nas leis do processo objetivo. Isso significa que uma lei julgada constitucional pode ser reapreciada – e eventualmente declarada inconstitucional – pelo STF se ocorrer mudança na situação legal e/ou social conforme entendimento dos ministros<sup>335</sup>.

O efeito *erga omnes* não é destinado apenas às partes litigantes, mas à todos da sociedade, de modo a evitar a repetição de uma mesma matéria<sup>336</sup>.

Por outro lado, o efeito vinculante não se restringe somente ao dispositivo, mas atinge, também, a fundamentação, evitando, conseqüentemente, que uma fundamentação já enfrentada pela Suprema Corte volte a ser discutida, garantindo-se, assim, mais estabilidade à decisão proferida no controle de constitucionalidade<sup>337</sup>.

Em suma, o efeito vinculante é mais amplo do que o efeito *erga omnes*<sup>338</sup>.

O efeito vinculante estabelece uma relação de subordinação, impondo aos seus destinatários a aplicação da tese empregada na decisão definitiva de mérito do Supremo Tribunal Federal “aos casos que versam sobre aquela matéria decidida, sem qualquer questionamento posterior à constatação de que a decisão vinculante é aplicável ao caso”<sup>339</sup>.

Em contrapartida, o efeito *erga omnes* ou contra todos acarreta em efeitos exclusivamente processuais, negando rediscussão sobre ato cuja incompatibilidade com a Constituição já foi objeto de análise definitiva pelo Supremo Tribunal Federal<sup>340</sup>.

<sup>333</sup> PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes, *op. cit.*, p. 199 – 200.

<sup>334</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 259.

<sup>335</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 165.

<sup>336</sup> DELLORE, Luiz. **Estudos sobre a Coisa Julgada e o Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 421.

<sup>337</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>338</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 200.

<sup>339</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>340</sup> PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes, *op. cit.*, p. 200.

Caso haja alteração nas circunstâncias fáticas<sup>341</sup>, o mesmo não ocorrerá na declaração de constitucionalidade, pois será legítima a propositura de nova ação impugnando o mesmo ato<sup>342</sup>.

#### 2.4.2. Eficácia *ex tunc* e sua Possibilidade de Manipulação pelo Supremo Tribunal Federal

O vocábulo *ex tunc* significa retroação, sendo própria das decisões declaratórias que anunciam atos nulos<sup>343</sup>.

Com as Leis nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, sucederam-se inovações acerca dos efeitos temporais das decisões definitivas de mérito proferidas na Ação Declaratória de Constitucionalidade, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A sentença que ratifica a constitucionalidade da norma possui natureza declaratória, porquanto declara que a norma é compatível com a Lei Fundamental; também é declaratória a sentença que afirma a inconstitucionalidade<sup>344</sup>.

Conforme orientação assentada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>345</sup>, “o vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma e, portanto, a sua exclusão do ordenamento”<sup>346</sup>.

A afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de uma lei, através de sentença de mérito na Ação Declaratória de Constitucionalidade ou na Ação Direta de Inconstitucionalidade, apenas declara a validade ou a nulidade, ocasionando na ratificação ou exclusão da norma questionada do ordenamento jurídico<sup>347</sup>.

“Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia, no que se refere à afirmação de validade ou nulidade do preceito normativo (= eficácia normativa), é *ex tunc*, como ocorre nessa espécie de julgado”<sup>348</sup>.

Com relação ao efeito *ex tunc*, Clèmerson Merlin Clève salienta que o ato judicial “não desconstitui (puro efeito revogatório) a lei tal como ocorre, por exemplo, em outros

<sup>341</sup> Mutação constitucional.

<sup>342</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 200.

<sup>343</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 119.

<sup>344</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdi o Constitucional**, *op. cit.*, p. 64.

<sup>345</sup> ADI 652, Min. Celso de Mello, RTJ 146/461.

<sup>346</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdi o Constitucional**, *op. cit.*, p. 64.

<sup>347</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 64 – 65.

<sup>348</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 65.

modelos de fiscalização da constitucionalidade, mas apenas reconhece a existência de um ato viciado”<sup>349</sup>.

Segundo Clèmerson Merlin Clève, essa seria a explicação pela qual a decisão, na fiscalização abstrata de constitucionalidade, produz efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada<sup>350</sup>.

“A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a *ab initio*”<sup>351</sup>.

Infere-se que o efeito retroativo ou *ex tunc* consagra o princípio da supremacia da Constituição, uma vez que atos normativos declarados inconstitucionais não possuem aptidão para produzir efeitos jurídicos válidos<sup>352</sup>.

Frisa-se, ainda, que o efeito *ex nunc*, decorre da sanção de anulabilidade, e acarreta na irretroatividade da decisão, que é constitutiva, anulando o ato a partir de sua publicação<sup>353</sup>.

Outra exceção à regra do efeito temporal *ex tunc*, ocorre com a aplicação do efeito *pro futuro*, previsto no artigo 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999<sup>354</sup>, para a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O referido dispositivo legal autoriza o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e por maioria de dois terços de seus membros, a decidir que os efeitos da decisão apenas tenham eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou em outro momento que venha a ser fixado por esse órgão do Poder Judiciário.

Logo, à medida que o efeito retroativo fundamenta que a norma é incorreta e injusta desde sua origem, o *pro futuro*, tutelando o princípio da segurança jurídica, pronuncia que o novo entendimento produzira efeitos e será destinado apenas aos fatos posteriores, ou somente após a uma determinada data ou condição fixada pela Suprema Corte<sup>355</sup>.

---

<sup>349</sup> **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 244.

<sup>350</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>351</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 245.

<sup>352</sup> PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes, *op. cit.*, p. 225 – 227.

<sup>353</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 129.

<sup>354</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

<sup>355</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 285 – 287; TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3. ed. v. 1. New York: New York Foundation Press, 2000. p. 214.

“O efeito *pro futuro* possibilita que o Supremo Tribunal Federal decida sobre a extinção de relações jurídicas inconstitucionais de forma abstrata, da mesma forma que o Legislador”<sup>356</sup>.

Por fim, evidencia-se a impossibilidade de se confundir o efeito *pro futuro* com o efeito *ex nunc*.

Enquanto o efeito *ex nunc* tem eficácia a partir da publicação da decisão pelo Pretório Excelso, o efeito *pro futuro* tem eficácia exarada a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, diverso da decisão (*ex nunc*)<sup>357</sup>.

---

<sup>356</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 135.

<sup>357</sup> PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes, *op. cit.*, p. 241.

### 3. A AUTONOMIA CIENTÍFICA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Feita análise acerca da fiscalização abstrata de constitucionalidade, e sua conexão com a supremacia da Constituição, observa-se que o âmbito do presente estudo está relacionado ao processo objetivo.

Contudo, não há consenso na doutrina<sup>358</sup> se o direito processual constitucional abstrato possui autonomia científica.

Mesmo que parte da doutrina<sup>359</sup> compreenda que o direito processual constitucional abstrato não detém independência<sup>360</sup>, há doutrinadores que advogam pela autonomia científica da fiscalização abstrata de constitucionalidade<sup>361</sup>, por entenderem que esta desenvolveu-se de maneira conexa com a atividade do Tribunal Constitucional, atendendo finalidades diversas daquelas previstas no processo tradicional<sup>362</sup>.

Lunardi assevera que:

não é possível considerar o direito processual constitucional como parte do direito constitucional material. As normas constitucionais (substanciais) definem as formas de organização e as relações entre os poderes estatais, assim como entre o país e a comunidade internacional, os processos de produção de normas e o conteúdo dos direitos fundamentais. De seu lado, as normas processuais estabelecem critérios para a aplicação e garantia das prescrições do texto constitucional. O processo constitui uma das vias para assegurar a proteção do texto constitucional, dando vida a seu texto, através dos processos pertinentes<sup>363</sup>.

Com o desígnio de justificar a disciplina autônoma do direito processual constitucional abstrato, faz-se desnecessária a subsistência de qualquer codificação específica<sup>364</sup>.

<sup>358</sup> Compreendem pela existência da autonomia científica do controle abstrato de constitucionalidade: BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 278 – 279; CANAS, Vitalino. **Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986. p. 87; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos: vínculos y autonomías**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995. p. 86; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 109 – 111; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 05 – 06. Em sentido contrário; NERY JR, Nelson, *op. cit.*, p. 19; PÉREZ, Jesús González, *op. cit.*, p. 51 – 53.

<sup>359</sup> NERY JR, Nelson, *op. cit.*, p. 19; PÉREZ, Jesús González, *op. cit.*, p. 51 – 53; DOMÍNGUEZ, Elvito Rodríguez. **Derecho Procesal Constitucional**. Lima: Grijley, 2006. p. 17.

<sup>360</sup> Pois não passa de “mera colocação científica de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo e suas relações com a Constituição” (NERY JR, Nelson, *op. cit.*, p. 19).

<sup>361</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 278 – 279; CANAS, Vitalino, *op. cit.*, p. 87; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, p. 86; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 109 – 111; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 05 – 06.

<sup>362</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 05.

<sup>363</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 05 – 06.

<sup>364</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 278.

Todavia, conforme Juliano Taveira Bernardes:

não se admite mais tratar o direito processual como direito “adjetivo”, a emancipação de novo ramo dele há de decorrer da própria autonomia das regras processuais que lhe caracterizam o objeto de estudo, quando comparadas com as normas processuais que dizem respeito às outras divisões do direito processual geral. Logo, para sustentar a emancipação do direito processual constitucional, não basta a autonomia disciplinar das normas que fundamentam a pretensão material por ele tutelada. É dizer: a autêntica emancipação disciplinar do direito processual constitucional depende da existência de conjunto próprio de regras e princípios processuais<sup>365</sup>.

Considerando que em muitos processos podem surgir questões constitucionais, e que o sistema de fiscalização difuso de constitucionalidade autoriza sua resolução em qualquer grau de jurisdição sem a necessidade de instauração de novo processo, não há nexo em defender a autonomia do direito processual constitucional geral<sup>366</sup>.

“Isso porque tanto na seara do processo civil quanto na do processo penal, trabalhista, eleitoral ou militar poderá ser o órgão judicial convocado a exercer típica jurisdição constitucional”<sup>367</sup>, sem que essa situação implique o exame de princípios e leis processuais próprias do direito processual destacado<sup>368</sup>.

Eventual autonomia científica do direito constitucional<sup>369</sup> não será satisfatória para conceder caráter autônomo ao direito processual constitucional, se a interpretação e a aplicação de normas àqueles pertencentes não se der em processos também autônomos, perante às modalidades processuais abrangidas na área de estudo de outros ramos processuais<sup>370</sup>.

Por esse motivo, parte da doutrina<sup>371</sup> compreende que o direito processual constitucional não consiste em ramo autônomo do direito processual.

Salienta-se que essa assertiva é empregada apenas aos processos “por meio dos quais se implementa atividade ordinária de jurisdição constitucional; não aos processos da função jurisdicional especial de controle abstrato de constitucionalidade”<sup>372</sup>.

Portanto, em decorrência do elevado número de peculiaridades no controle abstrato, constata-se que, nos processos em que há a efetivação da jurisdição constitucional em sentido estrito, o processo objetivo apresenta autonomia científica<sup>373</sup>.

<sup>365</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 278.

<sup>366</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>367</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>368</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>369</sup> Entenda-se aqui, direito processual constitucional material.

<sup>370</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 278.

<sup>371</sup> NERY JR, Nelson, *op. cit.*, p. 19; PÉREZ, Jesús González, *op. cit.*, p. 51 – 53.

<sup>372</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 279.

Hans Kelsen<sup>374</sup> e Miguel Reale<sup>375</sup> ratificam a autonomia científica de um determinado ramo do Direito, explicando que cada subsistema detém institutos, fins, métodos e objetos próprios, inconfundíveis com outras áreas jurídicas. Nesse sentido, cada ramo do Direito possui seu objeto, já que, “para que haja ciência, é essencial a unidade epistemológica, isto é, a unidade de objeto”<sup>376</sup>.

Assim, mediante procedimento analítico de decomposição ou diferenciação da ciência do Direito<sup>377</sup>, compreende-se ser notória a independência científica do processo objetivo com o direito processual civil, em virtude de sua especificidade, a qual não se confunde com as outras áreas do Direito<sup>378</sup>.

Constata-se que há subsidiariedade das normas do processo civil ao controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que o emprego norma do processo comum (subjetivo) é afastada pela aplicabilidade da norma principal (objetiva).

Enfim, por consistir em procedimento especial de fiscalização abstrata de constitucionalidade, é dotado de autonomia científica. Essa, no processo objetivo, consiste na não utilização de normas de direito processual subjetivo à fiscalização abstrata de constitucionalidade, uma vez que essa é regida por regras e princípios próprios, que são necessariamente pouco fungíveis com os dos processos jurisdicionais típicos.

Em razão do caráter objetivo do controle abstrato de constitucionalidade, o próximo item deste trabalho buscará, minuciosamente, elucidar e identificar as principais singularidades desse procedimento especial.

### 3.1. CONTROLE JUDICIAL ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E PROCESSO OBJETIVO

Em virtude da discussão referente ao controle de constitucionalidade do tipo abstrato, restou enfatizado o aspecto objetivo<sup>379</sup> desse processo. Além disso, destacou-se que

---

<sup>373</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 279.

<sup>374</sup> **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 50 – 54.

<sup>375</sup> **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 75 – 76.

<sup>376</sup> MACHADO NETO, A. L. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 03.

<sup>377</sup> A averiguação analítica por decomposição ou diferenciação da ciência do Direito consiste “no fato de se partir de um todo, separando-o e especificando-o nas suas partes, isto é, procede por distinções, classificações e sistematizações” (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 200).

<sup>378</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases Científicas para um Renovado Direito Processual**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009. p. 377.

<sup>379</sup> D'AMICO, Marilisa. **Parti e Processo nella Giustizia Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli, 1991. p. 336 – 337.

o conflito dirimido pelo referido processo possui características únicas que o singulariza dos processos de que se vale a jurisdição subjetiva<sup>380</sup>.

No âmbito da jurisdição comum o intuito do processo consiste na composição da relação litigiosa entre as partes pelo Poder Judiciário<sup>381</sup>.

Na jurisdição especial que tipifica o controle de constitucionalidade do tipo abstrato, o processo não destina-se a compor conflitos qualificados por pretensões resistidas, pois não há qualquer relação litigiosa<sup>382</sup>. Outrossim, não há a proteção por parte do Pretório Excelso de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo<sup>383</sup>.

No julgamento abstrato “avalia-se a adequação em tese da norma atacada, numa atividade cujos efeitos são similares aos de uma legislação negativa”<sup>384</sup>.

O Pretório Excelso assegurou que, o controle abstrato, “em cujo âmbito instauram-se relações processuais objetivas, visa-se a uma só finalidade: a tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou concreto”<sup>385</sup>.

Referindo-se ao controle abstrato de constitucionalidade, Hans Kelsen enuncia que esse procedimento de natureza objetiva processa-se com o fulcro de satisfazer o interesse público, fazendo jus a uma proteção por um processo correspondente à sua condição especial<sup>386</sup>.

Em outras palavras, a finalidade da fiscalização normativa abstrata de constitucionalidade visa a coerência da ordem constitucional, instaurando processo objetivo de defesa da Lei Maior<sup>387</sup>, fixando, assim, a interpretação constitucional, com o fito de propiciar segurança jurídica e evitar a violação das normas constitucionais<sup>388</sup>.

Juliano Taveira Bernardes<sup>389</sup> aponta o possível o paralelo entre a finalidade do processo objetivo com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que estão dispostos no artigo 3º, da Constituição Federal de 1988, uma vez que a jurisdição de

---

<sup>380</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 282.

<sup>381</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>382</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>383</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 142.

<sup>384</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 282 – 283.

<sup>385</sup> Agravo Regimental na ADI n. 203/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 20-4-1990, p. 3.048.

<sup>386</sup> **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 311 – 312.

<sup>387</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 165 – 166.

<sup>388</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 219.

<sup>389</sup> *Op. cit.*, p. 284.

fiscalização abstrata da constitucionalidade constitui manifestação da função jurisdicional do Estado.

Infere-se que a definição de processo objetivo está diretamente relacionada ao controle abstrato de constitucionalidade, já que esse procedimento está associado a um interesse público-geral de esclarecimento normativo, com a exclusiva finalidade de tutela da supremacia da Constituição, autonomamente de quem solicitou o controle e de quem será beneficiado pela decisão da Suprema Corte<sup>390</sup>.

O processo objetivo é definido, tradicionalmente, como um procedimento em que não há contraditório<sup>391</sup>, sendo inexistentes as partes<sup>392</sup>, destinado à defesa da Constituição<sup>393</sup>. Além disso, não há lide, entendida esta como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida<sup>394</sup>.

“Disso decorre, ainda, o caráter *sui generis* do pedido direcionado ao ato jurisdicional que satisfaça tal tipo de pretensão”<sup>395</sup>. Pretendendo uma declaração em tese, o pedido é direcionado exclusivamente contra determinado ato normativo, e não defronte certas pessoas ou entidades<sup>396</sup>. Destarte, a legitimação passiva não estabelece requisito indispensável da relação processual<sup>397</sup>.

Gilmar Mendes precisa o processo objetivo como sendo:

destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição (*Verfassungsrechtsbewahrungsverfahren*). Não se cogita, propriamente, da defesa de interesses do requerente (*Rechtsschutzbedürfnis*), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstrato de normas, cuida-se fundamentalmente, de um processo unilateral, não contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido<sup>398</sup>.

<sup>390</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 116.

<sup>391</sup> Não é observada a garantia do contraditório no processo objetivo pois argumenta-se que “os interessados e eventualmente afetados pela norma (ou a omissão normativa) impugnada compartilham do mesmo ‘interesse diferenciado’, que é a manutenção da ordem constitucional. Ora, não havendo interesses contrapostos, não é necessária a garantia do contraditório” (LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 135).

<sup>392</sup> Tradicionalmente, a definição de “parte”, no processo, indica aquele que, com legítimo interesse, provoca a demanda ou nela se defende ou participa no exercício de interesse próprio (SILVA, Oscar Joseph Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 319).

<sup>393</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 27.

<sup>394</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 393.

<sup>395</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 289.

<sup>396</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 289.

<sup>397</sup> Nesse sentido: “En cuanto no es necesario dirigir la demanda frente a un sujeto determinado – se dirige frente a la ley, disposición o acto –, la legitimación pasiva no constituye un requisito procesal. Sino la determinación de los sujetos que deben ser oídos” (PÉREZ, Jesus González, *op. cit.*, p. 253 – 254).

<sup>398</sup> **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos, *op. cit.*, p. 251.

Na mesma linha, o Pretório Excelso compreende que, do ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, é instaurado processo objetivo em que não subsiste qualquer conflito referente à situação individual ou concreta<sup>399</sup>, em decorrência da ausência de partes que defendam interesses jurídicos próprios. “As pessoas ou órgãos que polarizam a relação processual são apenas figurantes processuais (partes em sentido meramente formal)”<sup>400</sup>.

Esse entendimento é justificado pela existência de um interesse geral em preservar a supremacia das normas constitucionais, fato que seria inviável com a discussão de questões subjetivas.

Isto é, a decisão da Suprema Corte deve suceder-se de forma desvinculada de situações e interesses concretos<sup>401</sup>.

O direito constitucional alemão dispõe, de maneira semelhante, sobre a definição de processo objetivo. Em 1952, o Tribunal Constitucional Federal<sup>402</sup> afirmou que “o processo de controle de normas é objetivo, pois independe de interesses particulares, já que sua finalidade é tutelar a Constituição e não interesses de quem pede a sua realização”<sup>403</sup>.

Assim sendo, há, no sistema alemão, “uma clara expressão da ideia que o processo constitucional realiza uma apreciação em abstrato, cotejando e comparando normas jurídicas”<sup>404</sup>.

Nessa perspectiva, é notório o caráter objetivo do processo do controle abstrato de normas, pois: (a) o requerente atua em prol do interesse público, não alegando qualquer lesão a direitos, sejam eles próprios ou alheios<sup>405</sup>; (b) não há partes<sup>406</sup>, não sendo admissível, inclusive a participação de terceiros que exponham interesses individuais ou coletivos<sup>407</sup>; e (c) é destinado essencialmente à defesa da Constituição<sup>408</sup>.

Considerado o interesse geral de preservação da superioridade das normas constitucionais, teoricamente, não existe resistência à “pretensão” substancial no controle abstrato. Em princípio, partindo da ideia de que as partes (em sentido formal) compartilham do mesmo “interesse indiferenciado” de manutenção da

<sup>399</sup> Reclamação 397, questão de ordem, medida cautelar, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25-11-1992.

<sup>400</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 287 – 288.

<sup>401</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 129.

<sup>402</sup> “Nos termos do artigo 94 da Lei Fundamental da Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal compõe-se de 16 juízes, dos quais 6 devem ter previamente atuado como juizes federais. A metade é eleita pelo Parlamento Federal (*Bundestag*), a outra metade pelo Conselho Federal, que é a representação legislativa dos Estados-membros” (LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 91).

<sup>403</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 28.

<sup>404</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 116.

<sup>405</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**, *op. cit.*, p. 87.

<sup>406</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>407</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 138.

<sup>408</sup> ADI 79, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 12-9-1989.

ordem constitucional – motivo pelo qual não se fala em defesa de interesses próprios ou alheios –, o princípio do contraditório não precisa ser instaurado<sup>409</sup>.

Por isso, o princípio do contraditório é dispensável no processo de controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que consiste em processo objetivo que é destinado apenas à tutela da ordem constitucional<sup>410</sup>.

Com relação ao *amicus curiae* no processo objetivo, destaca-se que a “Lei 9.868 veda a intervenção de terceiros na ADIn no art. 7º, mas seu §1º autoriza a manifestação de *amicus curiae* que podem ser órgãos ou entidades”<sup>411</sup>.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>412</sup> e na Ação Declaratória de Constitucionalidade<sup>413</sup> também é plausível a manifestação do *amicus curiae*<sup>414</sup>.

No processo objetivo, a fiscalização abstrata de constitucionalidade está vinculada a um interesse público de esclarecimento normativo<sup>415</sup>, “independentemente da pessoa ou autoridade que solicitou o controle e de quem será, de fato, beneficiado pela decisão da Corte”<sup>416</sup>.

Há, dessa maneira, um dever de controle de regularidade, o qual é diverso da tutela do interesse substancial de solucionar conflitos em casos concretos<sup>417</sup>.

Compreende-se que o intuito do processo objetivo do controle abstrato de constitucionalidade consiste na confirmação, manutenção e certificação da supremacia da Constituição, em objeção a quaisquer comportamentos, sejam esses normativos ou não, que da Carta Maior se desviem<sup>418</sup>.

Já sob a vigência da Carta Constitucional de 1988, “teve o Tribunal oportunidade de reiterar essa orientação, reconhecendo que, no controle abstrato de normas, tem-se processo objetivo, que não conhece partes, destinado, fundamentalmente, à defesa da Constituição”<sup>419</sup>.

<sup>409</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 291.

<sup>410</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 291 – 292.

<sup>411</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 229.

<sup>412</sup> Artigo 6º, §2º, da Lei 9.882.

<sup>413</sup> ADC nº 18.

<sup>414</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 229.

<sup>415</sup> O da tutela da Constituição como finalidade exclusiva deste processo.

<sup>416</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 116.

<sup>417</sup> TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 327.

<sup>418</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**, *op. cit.*, p. 393.

<sup>419</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**, *op. cit.*, p. 87.

Por esse motivo, afirma-se que nosso modelo de fiscalização abstrata de constitucionalidade caracteriza-se como um processo objetivo puro<sup>420</sup>, bastando a subsistência de um interesse público de controle<sup>421</sup>.

### 3.2. PRINCÍPIO DO INTERESSE OBJETIVAMENTE CONSIDERADO

Segundo Jorge Miranda, as garantias jurisdicionais do controle de constitucionalidade comporta divisão entre garantias objetivas e subjetivas<sup>422</sup>.

Assim, indaga-se se há a possibilidade, ou não, do emprego de normas subjetivas na fiscalização abstrata de constitucionalidade, que consiste em típico processo de natureza objetiva.

“No regime de garantia subjetiva, a pretensão deduzida é a fruição de interesse ligado à satisfação de alguma necessidade, material ou imaterial, subjetivamente exprimível”<sup>423</sup>. Por conseguinte, o interesse juridicamente tutelado é subjetivo.

A demanda, nos instrumentos processuais de garantias objetivas, está fundamentalmente relacionada à regularidade abstrata de observância do ordenamento jurídico<sup>424</sup>.

“A tutela almejada não tem relação com a presença de nenhum interesse subjetivo juridicamente protegido, mas apenas com a preservação dos limites do exercício do poder estatal, conforme estabelecidos pelo constituinte”<sup>425</sup>.

O interesse é objetivo por não incumbir à jurisdição qualquer tipo de satisfação, seja material ou imaterial, que seja justificável a atribuição a alguém, de maneira diferenciada dos demais membros da sociedade<sup>426</sup>.

Portanto, entende-se que “não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade”<sup>427</sup>.

Uma vez que ambos os institutos possuem regimes jurídicos próprios, não se mostra conveniente o emprego de normas processuais subjetivas a um processo objetivo, pois

<sup>420</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, *op. cit.*, p. 235.

<sup>421</sup> ADI nº 79/DF.

<sup>422</sup> **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 271 – 273.

<sup>423</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 379.

<sup>424</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 379.

<sup>425</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>426</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>427</sup> STF – Adin 1.254-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello.

ocasionaria no aproveitamento de normas processuais impertinentes e conseqüentemente impróprias<sup>428</sup>.

Compreende-se que o regime de garantias constitucionais objetivas “realiza-se à margem de um interesse pessoal, direto e legítimo na arguição da inconstitucionalidade. O que avulta é a constante conformidade das normas e dos actos com as normas constitucionais”<sup>429</sup>.

Essa é claramente a área de execução das normas e ações do controle abstrato de constitucionalidade<sup>430</sup>.

Conforme orientação ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.434/SP, a fiscalização normativa abstrata configura típico processo de natureza objetiva, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional.

Consoante a Suprema Corte, a análise de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria jurídica suspeita ao processo objetivo, já que a tutela de situações subjetivas, caso sejam suscitadas controvérsias constitucionais, deve ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade<sup>431</sup>.

No processo objetivo, a realização do controle abstrato de normas está vinculada a um interesse público-geral de esclarecimento normativo (tutela da Constituição como exclusiva finalidade do processo), independente da pessoa ou autoridade que solicitou o controle e de quem será, de fato, beneficiado pela decisão da Corte. Temos uma necessidade de controle de regularidade, diferente da proteção do interesse substancial de resolver controvérsias em casos concretos<sup>432</sup>.

Considerando a autonomia científica do controle abstrato de constitucionalidade, em consequência do aspecto objetivo desse processo, resta visível o emprego do princípio do interesse objetivamente considerado.

Esse princípio explica que os interesses processuais são objetivos por não admitirem titularidade pessoal<sup>433</sup>. Desta maneira, não há sequer a demonstração de qualquer prejuízo a um indivíduo determinado ou a uma coletividade de pessoas, sejam determináveis ou não<sup>434</sup>.

<sup>428</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 328.

<sup>429</sup> MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**, *op. cit.*, p. 271.

<sup>430</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 379.

<sup>431</sup> ADI nº 1.434/SP.

<sup>432</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 116.

<sup>433</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 381.

<sup>434</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

Ainda, exige a demonstração, na causa de pedir da respectiva ação de controle abstrato, de ato adverso ao interesse substancial objetivo de preservação da ordem constitucional<sup>435</sup>.

Em hipótese alguma são tuteladas situações subjetivas de vantagem<sup>436</sup>, sendo que a hipotética ilicitude que reclama intervenção judicial é explicada de maneira abstrata, sem o receio de solucionar uma situação concreta específica<sup>437</sup>.

### 3.3. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Efetuada estudo sobre o processo objetivo, e sua direta relação com o controle abstrato de constitucionalidade, em nosso ordenamento jurídico, torna-se relevante processar pesquisas e contraposições com sistemas estrangeiros, uma vez que a fiscalização de constitucionalidade é fruto de um paulatino processo de maturidade através dos séculos de história<sup>438</sup>.

Para tanto, será realizada análise metodológica com reflexões entre a normatividade jurídica e a realidade social<sup>439</sup>, apresentando-se informações sobre normas e práticas jurídicas vigentes, bem como um breve esboço histórico acerca da fiscalização de constitucionalidade nesses Estados.

#### 3.3.1. O Sistema Estadunidense

Fundamentando-se na Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787<sup>440</sup>, a Suprema Corte do referido país encontrou recursos necessários para basear seu entendimento acerca do controle judicial de constitucionalidade de todas as leis, e, assim, garantir a supremacia da Lei Fundamental.

Contudo, ao se analisar o sistema estadunidense, torna-se relevante o estudo da resolução do notável caso *William Marbury vs James Madison*, de 1803, em que ficou assentada a responsabilidade do Poder Judiciário em exercer o controle jurisdicional de constitucionalidade.

---

<sup>435</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 381.

<sup>436</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>437</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>438</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 59.

<sup>439</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 39 – 40.

<sup>440</sup> Artigos 3º, II, 1 e 6º, II e III, da Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787.

No ano de 1800, *John Adams*, chefe do partido federalista e o atual Presidente da República, iniciou a nomeação de seus aliados em postos relevantes do Poder Judiciário norte-americano, contrariando a vitória eleitoral da oposição republicana de *Thomas Jefferson*<sup>441</sup>.

Fez aprovar, em 13 de fevereiro de 1801, uma lei de reorganização do Poder Judiciário federal que, entre outras medidas, “(a) reduzia o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo seu sucessor, Jefferson; (b) criava 16 novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do presidente derrotado”<sup>442</sup>.

No dia 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei permitiu que o Presidente da República dos Estados Unidos nomeasse 42 novos Juizes de Paz, sendo que os nomes indicados aos referidos cargos foram confirmados pelo Senado em 3 de março de 1801.

Em seu último dia de governo, *John Adams* assinou os atos de investidura e, seu “Secretário de Estado (e futuro presidente da Suprema Corte) John Marshall foi encarregado de entregá-los aos nomeados. Em razão da pressão de tempo, muitos interessados não foram notificados das nomeações”<sup>443</sup>.

Consequentemente, ao assumir a presidência, *Thomas Jefferson* resolveu não reconhecer essas nomeações, e, assim, seu Secretário de Estado, *James Madison*, recusou-se a entregar os atos de investidura aos que ainda não haviam recebido, dentre eles o nomeado Juiz de Paz *William Marbury*<sup>444</sup>.

Inconformado com o ocorrido, *William Marbury*, com fulcro na seção 13 do *Judiciary Act*<sup>445</sup>, ajuíza um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte, reivindicando sua nomeação.

*John Marshall*, chefe da Suprema Corte dos Estados Unidos, ficou encarregado de apreciar a matéria, no ano de 1803. Portanto, observou-se, nesse caso, um conflito de normas entre a Constituição dos Estados Unidos e a Seção 13 do *Judiciary Act*<sup>446</sup>.

---

<sup>441</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 45.

<sup>442</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>443</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>444</sup> DUARTE NETO, José. **Rigidez e Estabilidade Constitucional**: Estudo da Organização Constitucional Brasileira. 2009. 284 f. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2009. p. 151 – 152.

<sup>445</sup> Consiste em uma espécie de mandado de segurança adotado pelo ordenamento jurídico norte-americano, que confere à Suprema Corte competência originária para apreciar mandatos ajuizados em face de autoridades federais.

<sup>446</sup> Que corresponde a uma lei federal.

Assim, o Juiz da Suprema Corte *John Marshall*, determinou que na hipótese de haver conflito entre a Lei Federal e a Constituição, deve prevalecer essa última, em virtude de sua necessária competência de defender a Carta Magna<sup>447</sup>.

Nesta famosa sentença (caso *Marbury v. Madison*) se anula uma lei federal partindo-se da observação elementar que faz o juiz *Marshall* de que quando uma lei se encontra em contradição com a Constituição a alternativa é muito simples: ou aplica-se a lei, em cujo caso não se aplica a Constituição, ou aplica-se a Constituição, o que obriga a não se aplicar a lei; ele opta por esta segunda solução, naturalmente o que julga ser o real significado do encargo judicial<sup>448</sup>.

Compreende-se que, *John Marshall*, não querendo enfrentar qualquer resistência política do novo governo, indeferiu o pedido, mas na sua decisão formulou a doutrina do controle de constitucionalidade universal-difuso<sup>449</sup>.

Atualmente, o controle judicial difuso estadunidense é praticado unicamente em via incidental (*judicial review*), sendo que as questões de constitucionalidade das leis “não podem ser submetidas ao julgamento dos órgãos judiciários em via principal, ou seja, em um autônomo processo constitucional instaurado *ad hoc*, mediante ação própria”<sup>450</sup>.

Não obstante que todo órgão jurisdicional esteja apto a exercer a fiscalização constitucional, a Suprema Corte, órgão de cúpula do Poder Judiciário americano, em decorrência do princípio do *stare decisis*<sup>451</sup>, encarrega-se de uma atribuição fundamental no campo constitucional, pois profere a última e definitiva declaração sobre as questões constitucionais<sup>452</sup>.

Nos Estados Unidos, “os tribunais não tem autoridade para julgar questões abstratas, ou de questões que lhes tenham sido presentes em juízo”<sup>453</sup>.

Depreende-se que os tribunais estadunidenses apenas analisam casos concretos e controvertidos, em que são produzidas provas, há a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e principalmente, existem interesses subjetivos e presentes até o final do processo<sup>454</sup>.

<sup>447</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 46.

<sup>448</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 129.

<sup>449</sup> SAMPAIO, José Adercio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 31.

<sup>450</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 50.

<sup>451</sup> Ou seja, da eficácia vinculante de suas decisões.

<sup>452</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 63.

<sup>453</sup> COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. p. 139

<sup>454</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 51.

Esses últimos requisitos são considerados imprescindíveis para o julgamento justo, “ao contrário do que ocorre, ao menos em tese, nos países que conhecem o processo objetivo. As razões da decisão podem ser discutidas exaustivamente para se chegar a uma decisão, graças a um processo que assegura maior clareza de fundamentos”<sup>455</sup>.

Assim, as referidas questões de constitucionalidade das leis apenas podem ser arguidas *incidenter tantum*, por circunstância de um processo comum, e somente na medida em que o dispositivo legal, cuja constitucionalidade é discutida, seja substancial para a resolução do caso concreto<sup>456</sup>.

Em suma, a fiscalização de constitucionalidade no sistema estadunidense, enquanto garante os preceitos constitucionais, proporciona uma grande discricionariedade ao intérprete jurisdicional, atualizando o sentido constitucional diante das novas circunstâncias fáticas e nulificando qualquer lei ou ato normativo que ofenda a Constituição diretamente, ou indiretamente, na hipótese de haver uma quebra da rigidez de seus preceitos<sup>457</sup>.

### 3.3.2. O Sistema Austríaco

O sistema austríaco ou concentrado de controle de constitucionalidade decorreu de postulados jurídicos diversos dos que eram sustentados pelo modelo de fiscalização de constitucionalidade estadunidense<sup>458</sup>.

“Hans Kelsen foi o mentor da concepção de fiscalização de constitucionalidade incorporada pela Constituição de 1920 e aperfeiçoada em 1929”<sup>459</sup>, e estabeleceu um sistema de jurisdição constitucional concentrado, em que o controle normativo competia, exclusivamente, ao Tribunal Constitucional austríaco<sup>460</sup>.

O sistema kelseniano de fiscalização de constitucionalidade – e por consequência de manutenção, preservação e estabilidade de seus preceitos – foi inicialmente positivado na década de vinte do século passado e resguardou a organização constitucional europeia de alguns problemas. Primeiro, a atribuição da fiscalização de constitucionalidade a um Tribunal com competência concentrada evitou os

<sup>455</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 51.

<sup>456</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 50.

<sup>457</sup> DUARTE NETO, José, *op. cit.*, p. 155.

<sup>458</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 67; BEBER, Augusto Carlos de Menezes; BUFFON, Marciano. A Modulação dos Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade na Jurisdição Brasileira: da teoria da nulidade da norma ao paradigma orientador no controle de constitucionalidade. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto/SP, a. XXIII, v. 27, n. 3, p. 108 – 126, Set./Dez. 2018. p. 113.

<sup>459</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 67.

<sup>460</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 74.

perigos de uma competência difusa, que não dispunha do princípio americano do *stare decisis*: decisões conflitantes, interpretações distintas sobre os preceitos constitucionais. Segundo, a concepção de uma decisão fiscalizadora desconstitutiva – com atribuição de manipular a eficácia pretérita e futura do preceito ofensivo da Constituição – conferiu ao órgão garantidor meio hábil para evitar incertezas e preservar situações sedimentadas<sup>461</sup>.

Esse modelo de controle de constitucionalidade expandiu-se, e foi adotado por países do leste europeu, como a Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), República Eslovaca (1992), Romênia (1992) e Eslovênia (1993), bem como por países africanos, dentre eles a Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003)<sup>462</sup>.

A Lei Fundamental austríaca, de 1920, instituiu uma Corte de Justiça Constitucional que era capacitada para, de modo concentrado e unicamente por via de ação direta, fiscalizar a constitucionalidade das leis<sup>463</sup>. Consequentemente, os Tribunais ordinários não gozavam de poder para avaliar a constitucionalidade das leis e atos normativos<sup>464</sup>.

O artigo 140, da Carta Magna austríaca de 1920, previa: (a) a legitimação do Governo Federal para requerer a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual; (b) a legitimação do Governo Estadual para requerer o exame de constitucionalidade de uma lei federal; (c) a possibilidade da fiscalização de constitucionalidade de ofício pela própria Corte Constitucional<sup>465</sup>.

Contudo, com a revisão constitucional de 1929, foram acrescentados aos legitimados ativos dois órgãos da cúpula do Poder Judiciário: a Corte Suprema de Justiça e a Corte de Justiça Administrativa<sup>466</sup>.

Ambas poderiam requerer o controle de constitucionalidade de leis federais e estaduais, mediante controle concentrado a ser julgado pela Corte Constitucional<sup>467</sup>.

Com a reforma constitucional de 1929, a par do controle abstrato das leis (via de ação direta), passou o direito austríaco a admitir, igualmente, o controle concreto, provocado no curso de uma demanda judicial. Neste caso, atribui-se efeito retroativo à decisão anulatória pronunciada pela Corte Constitucional. Todavia, o controle

<sup>461</sup> DUARTE NETO, José, *op. cit.*, p. 158.

<sup>462</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 75 – 76.

<sup>463</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 68; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 68.

<sup>464</sup> “Aos demais órgãos da magistratura ordinária, incumbe, simplesmente, aplicar a lei, ainda quando sobre ela pairam dúvidas quanto à sua compatibilidade com o texto da normativa constitucional” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 69).

<sup>465</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 68.

<sup>466</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 69.

<sup>467</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

concreto (por via de exceção) pode ser suscitado, apenas, pelos órgãos jurisdicionais de segunda instância<sup>468</sup>.

Portanto, o sistema austríaco (controle concentrado de constitucionalidade) apresenta as seguintes características que o difere do sistema americano (controle difuso de constitucionalidade): (a) o exame da constitucionalidade está confiado a apenas um órgão, o Tribunal Constitucional austríaco<sup>469</sup>; (b) no sistema austríaco a fiscalização de constitucionalidade se exerce em via principal, enquanto no modelo americano se exerce em via incidental<sup>470</sup>; (c) a decisão proferida, no modelo austríaco, produz efeitos *ex nunc* ou *pro futuro, erga omnes* e ocasiona na anulabilidade da lei, por outro lado, no sistema norte-americano os efeitos da decisão operam retroativamente (*ex tunc*), causando a nulidade absoluta do ato normativo<sup>471</sup>.

Todavia, conforme previsão do artigo 140, 7, da Constituição austríaca, a “declaração de inconstitucionalidade não possui efeitos retroativos, mas quando se trata de pedido de controle apresentado por tribunal, a eventual inconstitucionalidade repercute no caso *sob judice*”<sup>472</sup>.

Ainda, há exceção que autoriza a Corte a atribuir efeitos retroativos a decisão de constitucionalidade, caso haja previsão expressa<sup>473</sup>.

Logo, torna-se justificável de denominar o sistema austríaco de constitucionalidade das leis de “controle europeu”<sup>474</sup>, por ser predominante na Europa.

Destaca-se, também, que nesse modelo dificilmente possam surgir leis insuscetíveis de qualquer controle<sup>475</sup>, fato este que repara um defeito do sistema americano.

### 3.3.3. O Sistema Italiano

Em vigor em 1948, a nova Carta Constitucional da Itália gerou um sistema de justiça constitucional, sendo que, a Corte Constitucional, principal atora desse sistema, apenas

<sup>468</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 68 – 69.

<sup>469</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 74 – 75.

<sup>470</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 78.

<sup>471</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 81 – 82.

<sup>472</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 71.

<sup>473</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>474</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992. p. 112.

<sup>475</sup> O sistema austríaco abrange “as formas principal (por via da acao direta, independente de um caso concreto) e incidental (por via de exceção, vinculado a um caso concreto) de instauração da jurisdição constitucional dos Tribunais Constitucionais” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 82.).

começou seus trabalhos oito anos mais tarde<sup>476</sup>. Para tanto, até a instalação da Corte Constitucional italiana, foi estabelecido uma norma de transição (o artigo VII, das disposições transitórias)<sup>477</sup>.

Fundamentando-se nesse dispositivo legal, instaurou-se um sistema temporário de controle de constitucionalidade difuso, possibilitando a qualquer tribunal, no âmbito de suas competências, declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos<sup>478</sup>.

Entretanto, ressalva-se que o Poder Judiciário, nesse caso, apresentou-se extremamente conservador, pois poucos foram os casos de declaração de inconstitucionalidade, ocasionando em verdadeiro enfraquecimento da Constituição<sup>479</sup>.

Assim, o real e efetivo controle constitucional ocorreu com o início dos trabalhos da Corte Constitucional, cujas atribuições estão estabelecidas no artigo 134 da Lei Suprema italiana<sup>480</sup>, e cuja principal competência consiste, nos termos desse artigo constitucional, em dirimir questões referentes à constitucionalidade das leis e dos atos com força de lei do Estado e das Regiões<sup>481</sup>.

Após a instituição dos trabalhos da Corte Constitucional, houve questionamentos acerca da aptidão dos demais tribunais italianos em realizar o controle difuso de constitucionalidade<sup>482</sup>. “A decisão nº 1, proferida em 5-6-1956, confirmou que não cabia aos juízes comuns efetuar esse controle”<sup>483</sup>.

Logo, há uma competência concentrada, na fiscalização de constitucionalidade, por parte da Corte Constitucional italiana.

Porém, tal fato não impede que os outros órgãos do Poder Judiciário italiano analisem a constitucionalidade de uma lei, e a aplique quando as considerarem constitucionais (apenas uma eventual alegação de inconstitucionalidade de um ato normativo pelas partes deve ser rejeitada)<sup>484</sup>.

---

<sup>476</sup> RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. **Lineamenti de Giustizia Costituzionale**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004. p. 31.

<sup>477</sup> “Art. VII. Fino a quando non sia emanata la nuova legge sull’ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarci le norme dell’ordinamento vigente. Fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell’articolo 134 ha luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all’entrata in vigore della Costituzione”.

<sup>478</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 76.

<sup>479</sup> RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio, *op. cit.*, p. 31 – 32.

<sup>480</sup> “Art. 134. La Corte giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza de legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti de attribuzione tra i poteri dello Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione”.

<sup>481</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 79.

<sup>482</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 78.

<sup>483</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>484</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 78; RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio, *op. cit.*, p. 209.

A diferença entre o sistema italiano e o estadunidense é que em caso de dúvida (ou de convicção) do julgador sobre a inconstitucionalidade, a decisão final deve ser tomada pela Corte Constitucional, enquanto órgão do controle de constitucionalidade concentrado. Qualquer juiz que se encontrar diante de uma norma legal ou com força legal possivelmente contrária à Constituição tem o dever de submeter a questão de constitucionalidade à Corte Constitucional. O processo que deu causa à dúvida sobre a constitucionalidade permanece suspenso até a decisão final da Corte Constitucional que terá efeito vinculante<sup>485</sup>.

Podemos concluir que o modelo processual italiano impede a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa, não conhecendo decisões discrepantes relacionadas ao controle de constitucionalidade<sup>486</sup>.

A concentração dos pareceres na Corte Constitucional assegura uniformidade, celeridade e propicia segurança jurídica<sup>487</sup>.

### 3.3.4. O Sistema Alemão

A Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, intitulada de Lei Fundamental <sup>488</sup>, consiste em um dos mais estruturados sistemas de controle de constitucionalidade, em virtude da força de seu modelo processual, da qualidade das fundamentações jurídicas por parte de seu Tribunal Constitucional Federal e por conta da efetividade na tutela dos direitos fundamentais<sup>489</sup>.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão<sup>490</sup>, instituído pela Lei de 12 de março de 1951, possui sua competência definida, em termos gerais, nos artigos 93, 100 I, 100 II e 21 II, todos da Constituição Federal alemã, que examinam os seguintes processos: I) controle abstrato de normas; II) controle concreto de normas; III) Reclamação Constitucional; IV) verificação normativa; V) lides entre órgãos estatais; VI) litígio entre a União e os Estados-membros; VII) proibição de Partido Político.

Conforme estudos da doutrina <sup>491</sup>, os três primeiros procedimentos acima elencados constituem-se como processo objetivo, ou seja, não há partes processuais propriamente ditas ou o emprego do contraditório, enquanto os três últimos desenvolvem-se na forma de um processo subjetivo.

<sup>485</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 79.

<sup>486</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 84.

<sup>487</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 84 – 85.

<sup>488</sup> Grundgesetz.

<sup>489</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 90 – 91.

<sup>490</sup> Bundesverfassungsgericht.

<sup>491</sup> MARTINS, Leonardo, *op. cit.*, p. 7 – 8; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, *op. cit.*, p. 83 – 88; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 92 – 94.

Assim, faz-se necessário realizar análise do ordenamento jurídico alemão, por conta da natureza objetiva dos referidos procedimentos.

Segundo o artigo 93 I, 2, da Lei Fundamental Alemã, de 1949, o controle abstrato repressivo de normas pode ser aplicado na hipótese de haver discordância sobre a compatibilidade formal e material, de normas federais ou estaduais, com a Constituição.

O rol das partes legítimas para a propositura da fiscalização abstrata de constitucionalidade, no sistema alemão, é limitado ao Governo Federal, aos Governos Estaduais ou a um quarto da Câmara Federal<sup>492</sup>.

“Portanto esse procedimento afigura-se extremamente adequado para a solução de algumas controvérsias de índole federativa, uma vez que não está submetido a prazo, tem um número maior de entes legitimados e a decisão é dotada de eficácia *erga omnes*”<sup>493</sup>.

Compreende-se que esse sistema tem por finalidade a solução de eventuais dubiedades acerca da compatibilidade formal ou material de uma lei para com a Carta Constitucional, sendo objeto de controle todo o direito federal e estadual, em todos seus graus hierárquicos<sup>494</sup>.

Por sua vez, o controle concreto de normas corresponde a um “instrumento de controle de normas ensejado pela aplicação de norma abstrata ao caso particular pelo juiz ou tribunal do feito que a considera inconstitucional”<sup>495</sup>.

Em outras palavras, essa modalidade de controle de constitucionalidade apenas pode ser proposta, por um Tribunal, com o fulcro de sanar qualquer incerteza sobre a constitucionalidade de uma norma que deve ser aplicada no processo<sup>496</sup>.

O Tribunal apenas possui competência para realizar o exame de constitucionalidade<sup>497</sup>, mas não para rejeitar ou deixar de aplicar uma lei que ainda não foi declarada inconstitucional, com efeito vinculante, pelo Tribunal Constitucional Federal<sup>498</sup> o referido órgão do Poder Judiciário alemão deve suspender o processo e apresentar a questão ao Tribunal Constitucional Federal<sup>499</sup>.

---

<sup>492</sup> MARTINS, Leonardo, *op. cit.*, p. 12.

<sup>493</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, *op. cit.*, p. 88.

<sup>494</sup> MARTINS, Leonardo, *op. cit.*, p. 12; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 92.

<sup>495</sup> MARTINS, Leonardo, *op. cit.*, p. 15.

<sup>496</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 93.

<sup>497</sup> “Se o Tribunal considerar que a norma está de acordo com a Constituição Federal, deve aplicá-la, não tendo as partes a possibilidade de provocar diretamente uma decisão da Corte Constitucional” (LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 93).

<sup>498</sup> MARTINS, Leonardo, *op. cit.*, p. 15.

<sup>499</sup> Nos termos do artigo 100, 1, da Lei Fundamental da Alemanha de 1949.

“O sistema alemão de fiscalização da constitucionalidade das normas é tendencialmente concentrado (ao contrário do princípios de ‘difusão’ vigente no constitucionalismo americano)”<sup>500</sup>.

O Tribunal Constitucional Federal deverá julgar a constitucionalidade da norma aplicada, podendo somente denegar sua aplicabilidade, carecendo, destarte, de competência para solucionar a lide<sup>501</sup>.

No tocante à reclamação constitucional, observa-se que esse instrumento constitucional:

permite que um indivíduo acione o controle judicial de constitucionalidade e conteste uma decisão judicial ou administrativa, alegando lesão de seus direitos fundamentais. Temos aqui uma interessante forma de tutela dos direitos fundamentais que objetiva não retirar da apreciação do Tribunal Constitucional nenhuma situação de violação de direitos fundamentais. Mais interessante ainda é o fato de que essa forma de controle, além de oferecer uma resposta concreta, amparando o indivíduo que alega justificadamente violação de seus direitos, permite que seja retirada do ordenamento jurídico uma norma inconstitucional<sup>502</sup>.

Evidencia-se que nessa forma de controle de constitucional tem por resultado a declaração da inconstitucionalidade ou constitucionalidade do ato impugnado com efeitos *erga omnes*, após a verificação abstrata de sua congruência com a Lei Fundamental<sup>503</sup>.

Com relação ao processo de verificação normativa, Leonardo Martins explica que esse procedimento visa esclarecer a vigência, os efeitos específicos e/ou a qualificação hierárquica de uma norma não escrita do direito internacional público, em nome do princípio da segurança jurídica<sup>504</sup>.

Consoante Martins, a verificação normativa firma-se no elemento da dúvida, que é característica do processo objetivo<sup>505</sup>.

A lide entre órgãos estatais, prevista no artigo 93 I, 1, da Lei Fundamental alemã, representa uma construção técnico-processual subjetiva, em que o objeto processual está definido subjetivamente, e que visa “tornar jurídicos conflitos constitucionais, solucionar conflitos entre as forças políticas que lideram o Estado sem o uso de instrumentos puro de poder”<sup>506</sup>.

<sup>500</sup> ROGEIRO, Nuno. *A Lei Fundamental da Republica Federativa da Alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 77.

<sup>501</sup> MARTINS, Leonardo, *op. cit.*, p. 15.

<sup>502</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 94.

<sup>503</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>504</sup> MARTINS, Leonardo, *op. cit.*, p. 21.

<sup>505</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>506</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 34.

O litígio entre a União e os Estados-membros, caracteriza um processo contencioso federativo que intenta solucionar lides a partir de um devido processo legal<sup>507</sup>.

O objeto contencioso desse procedimento são os direitos e obrigações que emanam diretamente da Constituição alemã, abrangendo até mesmo os princípios constitucionais não escritos<sup>508</sup>.

Por fim, a proibição de Partido Político<sup>509</sup> corresponde a um processo de legitimidade ativa da Câmara Federal, do Conselho Federal e do Governo Federal, que propõe a apurar a inconstitucionalidade de um Partido Político.

Caso seja julgada procedente a proposição de proibição de Partido Político, esse perderá sua personalidade e capacidade jurídica *ex nunc*<sup>510</sup>.

### 3.3.5. O Sistema Português

No constitucionalismo português, é possível identificar três períodos históricos acerca da evolução e do desenvolvimento da fiscalização de constitucionalidade<sup>511</sup>.

Num primeiro momento, na vigência das três Constituições monárquicas, no período de 1822 a 1911, o controle de constitucionalidade é puramente político, estando majoritariamente a cargo das Cortes<sup>512</sup>.

Com o advento das Constituições de 1911 e 1933, “domina, em princípio, o modelo de fiscalização judicial difusa, mas atenuada por elementos de fiscalização, política e, sobretudo, com pouca aparição prática”<sup>513</sup>.

Com a vigência da Constituição portuguesa, no ano de 1976, restou consagrado, no ordenamento jurídico português, um sistema misto complexo de controle de constitucionalidade<sup>514</sup>, contendo as seguintes dimensões: (a) a fiscalização difusa de constitucionalidade pelos tribunais, conforme os artigos 204, 209 e 277, da Carta Magna; (b) o controle abstrato preventivo de constitucionalidade (artigos 278 e 279, da Lei Fundamental),

<sup>507</sup> MARTINS, Leonardo, *op. cit.*, p. 37.

<sup>508</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>509</sup> Nos termos do artigo 22 II 2 da Lei Fundamental alemã.

<sup>510</sup> MARTINS, Leonardo, *op. cit.*, p. 38 – 39.

<sup>511</sup> “Por controlo de normas entende-se o processo constitucional dirigido a fiscalização e decisão, com força obrigatória geral (com força de lei), do desvalor formal ou material de uma norma jurídica” (CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 918).

<sup>512</sup> MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 252.

<sup>513</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>514</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 917; MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional** *op. cit.*, p. 252.

sucessivo<sup>515</sup> por ação (artigos 280 e 281, da Constituição de 1976); e (c) controle abstrato por omissão (nos termos do artigo 283, da Carta Constitucional).

Na tradição republicana portuguesa, o controle difuso, concreto e incidental das leis e atos normativos corresponde na atribuição concedida a todos os tribunais<sup>516</sup> em julgar e decidir a questão da inconstitucionalidade das normas aplicáveis a um caso concreto submetido a decisão judicial, seja de maneira *ex officio*, a pedido das partes ou do Ministério Público<sup>517</sup>.

O Tribunal Constitucional entra também no âmbito do art. 204. Pode conhecer incidentalmente da inconstitucionalidade quando tiver de exercer qualquer das suas competências jurisdicionais (fora da fiscalização da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas) previstas na Constituição e na lei; e pode conhecê-la no próprio exercício de competências de fiscalização, quanto às respetivas normas processuais e quando arguida apenas a ilegalidade da norma *sob judice*<sup>518</sup>.

No atual sistema jurídico português, afirma-se que todos os Tribunais são órgãos da justiça constitucional<sup>519</sup>.

Igualmente consagrado na Constituição portuguesa de 1976, o controle abstrato de constitucionalidade vincula-se ao poder funcional<sup>520</sup> de iniciativa, “ao poder de requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade ou da legalidade de normas jurídicas”<sup>521</sup>.

Além disso, a competência para a declaração geral e obrigatória da inconstitucionalidade de uma norma, na fiscalização jurisdicional abstrata, está concentrada em um único órgão, o Tribunal Constitucional<sup>522</sup>.

Como já mencionado, a fiscalização abstrata pode ocorrer antes do diploma normativo entrar em vigor (controle preventivo), ou após a norma ser completamente válida e eficaz (controle sucessivo por ação). Também previsto a fiscalização abstrata por omissão.

---

<sup>515</sup> Ou repressivo.

<sup>516</sup> Judiciais, administrativos ou fiscais.

<sup>517</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 917.

<sup>518</sup> MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 264.

<sup>519</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 917; MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 263.

<sup>520</sup> “Poder funcional, e não direito de iniciativa, porque impende sobre certos órgãos ou frações de titulares de órgãos do poder político no âmbito do sistema político global da Constituição; porque se reconduz a uma competência; e porque é dominado exclusivamente por uma perspectiva de interesse público e objetivo” (MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 271 – 272).

<sup>521</sup> MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 271.

<sup>522</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 918.

Consoante os artigos 278<sup>523</sup> e 279, da Lei Fundamental de 1976, a decisão do Tribunal Constitucional, no controle abstrato preventivo, reside na proposta de veto ou reabertura do processo legislativo, e não na anulação da norma<sup>524</sup>.

A fiscalização preventiva busca garantir a segurança jurídica no sistema português, evitando a consumação de efeitos futuros por parte do ato jurídico que detém de grotesca inconstitucionalidade<sup>525</sup>.

A fiscalização sucessiva abstrata por ação, prevista nos artigos 280 e 281 da Carta Magna de 1976, independe de um caso concreto, e decorre da averiguação da congruência de uma norma para com o parâmetro normativo-constitucional<sup>526</sup>.

Nesse controle de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional atua como defensor da Constituição e como órgão de garantia da hierarquia normativa da ordem constitucional<sup>527</sup>.

Quanto ao controle abstrato por omissão, Canotilho assegura que:

A lei constitucional impõe-se como determinante heterônoma superior e como parâmetro da constitucionalidade não só quando o legislador actua em desconformidade com as normas e princípios da constituição como quando permanece inerte, não cumprindo as normas constitucionalmente impositivas de medidas legislativas necessárias para a concretização da lei fundamental<sup>528</sup>.

Com relação ao artigo 282, da Constituição da República Portuguesa, que expressa a obrigatoriedade das decisões do Tribunal Constitucional, declarando a inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas através de fiscalização abstrata repressiva de constitucionalidade:

É na verdade ponto quase incontroverso no nosso actual Direito Constitucional que a regra assim enunciada no n.º 1 do artigo 282.º da Constituição não vale nem para as decisões emitidas em processos de fiscalização concreta, nem para as decisões em que o Tribunal Constitucional, no campo do controlo abstracto sucessivo, recusa declarar a inconstitucionalidade da norma questionada<sup>529</sup>.

---

<sup>523</sup> Segundo o artigo 278, constituem objeto da fiscalização preventiva normas constantes de: (a) tratados e acordos internacionais; (b) leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais.

<sup>524</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 918.

<sup>525</sup> MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 278.

<sup>526</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 918.

<sup>527</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>528</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 919.

<sup>529</sup> MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 768. No mesmo sentido: COSTA, José Manuel Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 59 – 60.

A fiscalização de inconstitucionalidade por omissão (artigo 283 da Constituição de 1976), resulta de um silêncio inconstitucional dos órgãos legislativos, acerca da inexistência de uma norma que legitime direitos fundamentais<sup>530</sup>.

Destaca-se que estão aptos ao poder de iniciativa e de apreciação da existência da inconstitucionalidade por omissão, no sistema português, o Presidente da República, o Provedor de Justiça e aos Presidentes das Assembleias Legislativas Regionais<sup>531</sup>.

#### 3.4. O PROCESSO OBJETIVO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A investigação das decisões da Suprema Corte brasileira, referentes a autonomia científica das normas do controle abstrato de constitucionalidade é de extrema importância jurídica, em razão das influências indevidas, que o direito processual constitucional de natureza objetiva recebe dos ramos do direito processual de natureza subjetiva<sup>532</sup>.

Favorável à tese da autonomia, já julgou o Supremo Tribunal Federal<sup>533</sup> que, em controle normativo abstrato, inexistente a aplicação prevista no artigo 188 do Código de Processo Civil de 1973<sup>534</sup>, sendo impossível que o prazo recursal seja computado em dobro, mesmo que a parte recorrente disponha, nos processos de índole subjetiva, de prerrogativa especial.

Em contrapartida, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 661.288, decidiu o Pretório Excelso que aplica-se, aos Recursos Extraordinários interpostos em Ações Diretas de Inconstitucionalidades no âmbito dos Tribunais de Justiça, o prazo em dobro do artigo 188 Código de Processo Civil de 1973.

Observa-se que nesse caso o Supremo Tribunal Federal empregou norma processual subjetiva a um processo de natureza objetiva, contrariando a própria jurisprudência<sup>535</sup>.

Entretanto, temos julgados em que o Pretório Excelso<sup>536</sup> deixa explícita a presença da autonomia científica do controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que esse

---

<sup>530</sup>MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 290; CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 919.

<sup>531</sup> Artigo 283, nº 1, Constituição de 1976.

<sup>532</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 06.

<sup>533</sup> ADI nº 1.797/PE; ADI nº 2.130/SC; STF – ARE nº 827511/PR; ADI nº 5.814/RR.

<sup>534</sup> “Art. 188, CPC/73: Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.

<sup>535</sup> ADI nº 1.797/PE; ADI nº 2.130/SC; STF – ARE nº 827511/PR; AI nº 633.998/RS; RE nº 579.760/RS; AI nº 788.453/SC; RE nº 375.525/MG; AI nº 555.860/MG.

procedimento possui natureza objetiva, e é destinado à defesa da supremacia da Constituição<sup>537</sup>.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.254/RJ, o Supremo Tribunal Federal destacou a importância de qualificar o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo, decidindo que a função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é extremamente defensiva.

Conforme o Supremo Tribunal Federal, o Advogado-Geral da União exerce, dentro da estrutura formal do processo objetivo, a posição de órgão agente, não lhe competindo opinar ou exercer função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República<sup>538</sup>.

Além disso, a autonomia científica do controle abstrato de constitucionalidade é reafirmada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345/DF, pois a Suprema Corte, nesse processo, deliberou que os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano dos processos subjetivos.

Desta maneira, segundo a Suprema Corte, mesmo que o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral preste informações no processo de controle de constitucionalidade, não estará impedido de participar de seu julgamento.

Todavia, há decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5452/DF que determinou que o requerente emende a petição inicial, sob pena de extinção da mesma, nos termos do artigo 321, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015<sup>539</sup>, o qual é inaplicável ao controle abstrato, diante da sua autonomia científica.

A Ministra Rosa Weber, em decisão monocrática proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ, fundamentando-se no poder geral de cautela (artigos 297,

---

<sup>536</sup> Conforme: STF – ARE: 827511/PR, rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 21/10/2014; ADI nº 2.422/DF, rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 10/05/2012; ADI nº 1.254/RJ, rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 14/08/1996; ADI nº 3.345/DF, rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 25/08/2005.

<sup>537</sup> Nesse sentido, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.971/RO, o Supremo Tribunal Federal ratificou que o controle abstrato de constitucionalidade consiste em instrumento de preservação da integridade jurídica da ordem constitucional vigente.

<sup>538</sup> Conforme a ADI nº 1616-4/PE, destaca-se que a atuação do Advogado Geral da União será dispensada em apenas uma única hipótese, em se tratando de processos de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação: caso já houver decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da norma.

<sup>539</sup> CPC/2015, “Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial”.

932, II, 995, parágrafo único, e 1.026, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015<sup>540</sup>), deferiu pedido para suspender parcialmente os efeitos da decisão referentes a atribuição de eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995, até a publicação do acórdão respectivo e da fluência do prazo para a oposição de embargos de declaração.

Essa decisão monocrática, modula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ao arrepio do quórum legal de dois terços dos membros do Tribunal<sup>541</sup>, aplicando, de modo inadequado<sup>542</sup>, norma processual subjetiva prevista no Código de Processo Civil de 2015 ao controle abstrato de constitucionalidade, afastando norma expressa desta modalidade de controle.

Nesse sentido, em decisão monocrática, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.814/DF<sup>543</sup>, o Ministro Maurício Corrêa decidiu que regras instrumentais destinadas aos procedimentos de natureza subjetiva não devem ser aplicadas ao controle normativo abstrato, pois corresponde a um processo de natureza objetiva que está sujeito a disciplina processual própria<sup>544</sup>.

Pelo exame desses julgados<sup>545</sup>, observa-se a presença da autonomia científica do controle abstrato de constitucionalidade, pois do ingresso de ação desse procedimento, é instaurado processo objetivo em que não subsiste qualquer conflito referente à situação individual ou concreta<sup>546</sup>.

Logo, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal emprega uma concepção sistêmica atomista<sup>547</sup> ou mecanicista<sup>548</sup>, visto que esse órgão de cúpula do Poder Judiciário

---

<sup>540</sup> “A teor do art. 932 do CPC/2015, incumbe ao relator apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal. O art. 995, parágrafo único, do CPC/2015, a seu turno, autoriza o relator a suspender a eficácia da decisão recorrida, “se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação”, e, por último, o seu art. 1.026, § 1º, é expresso ao permitir a suspensão da eficácia da decisão colegiada, pelo relator dos embargos de declaração, “se houver risco de dano grave ou de difícil reparação”, decisão monocrática da Min. Rosa Weber, em 19 de dezembro de 2017, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ .

<sup>541</sup> Art. 27 da Lei nº 9.868/99.

<sup>542</sup> Contrariando a própria jurisprudência do STF, conforme: ADI nº 1.797/PE; ADI nº 2.130/SC; STF – ARE nº 827511/PR; AI nº 633.998/RS; RE nº 579.760/RS; AI nº 788.453/SC; RE nº 375.525/MG; AI nº 555.860/MG.

<sup>543</sup> Nesse caso, o signatário da inicial atuou na estrita condição de representante legal do ente federado (nos termos do artigo 12, I, do CPC de 1973), e não do Governador de Estado, sendo essas, portanto, pessoas que não se confundem.

<sup>544</sup> Constituição Federal de 1988 e Lei nº 9.868/99.

<sup>545</sup> ADI nº 1.814/DF; ADI nº 1.797/PE; ADI nº 2.130/SC; STF – ARE nº 827511/PR; STF – ARE: 827511/PR, rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 21/10/2014; ADI nº 2.422/DF, rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 10/05/2012; ADI nº 1.254/RJ, rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 14/08/1996; ADI nº 3.345/DF, rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 25/08/2005.

<sup>546</sup> Reclamação 397, questão de ordem, medida cautelar, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25-11-1992.

<sup>547</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Tradução de Francisco M. Guimarães. 8. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2015. p. 55.

preza pela especificidade da fiscalização abstrata de constitucionalidade, em virtude da independência científica desse processo de natureza objetiva das normas processuais subjetivas.

---

<sup>548</sup> A concepção atomista ou mecanicista consiste em um sistema em que os fenômenos da científicos são analisados como partes (entidades atômicas) e processos isolados (BERTALANFFY, Ludwig von, *op. cit.*, p. 54 – 55).

## 4. A PERTINÊNCIA TEMÁTICA NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

### 4.1. PERTINÊNCIA TEMÁTICA: CONCEITO

Conforme salientado no início deste trabalho<sup>549</sup>, com a instituição da Constituição Federal de 1988, o monopólio exercido pelo Procurador Geral da República previsto pela Constituição de 1967<sup>550</sup> foi superado, uma vez que o rol de legitimados para o ajuizamento do controle de constitucionalidade foi ampliado consideravelmente.

Esta legitimação ativa foi outorgada, nos termos do artigo 103, incisos I ao IX, da Constituição Federal de 1988: ao Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa e Câmara Legislativa do Distrito Federal; ao Governador de Estado e Distrito Federal; ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; ao Partido Político com representação no Congresso Nacional; e a Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

Não obstante o fato da Lei Fundamental de 1988 ter adicionado mais entes legitimados para o controle concentrado, demonstrando não somente aversão ao sistema anterior de legitimação única, mas também o interesse em ampliar este tipo de controle no Brasil, a Suprema Corte interpretou e decidiu que algumas destas autoridades legitimadas necessitam demonstrar um interesse de agir específico<sup>551</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>552</sup> ordena, para algumas das autoridades legitimadas pelo artigo 103, da Constituição Federal de 1988, a chamada pertinência temática, a qual corresponde a um tipo de “condição da ação”<sup>553</sup>.

Consequentemente, consolidou-se uma distinção entre duas categorias de legitimados: (a) os universais, cuja atribuição institucional está relacionada a tutela da supremacia da Constituição, sendo legal sua defesa em qualquer hipótese<sup>554</sup>; e (b) os

<sup>549</sup> Itens 1.1.6 e 1.1.7.

<sup>550</sup> Segundo o artigo 114, I, alínea I, da Carta Maior de 1967.

<sup>551</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 204.

<sup>552</sup> Informativo n. 307 do STF; ADI n. 2.652 – DF; ADI n. 2.656 – SP; ADI n. 1.096 – RS; ADI n. 1.519 – AL.

<sup>553</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 204.

<sup>554</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 162.

especiais<sup>555</sup>, “que são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus afiliados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada”<sup>556</sup>.

A pertinência temática determina que os legitimados especiais comprovem algum interesse no processo em questão. Isto é, há a necessidade de que alguns legitimados demonstrem, nas ações típicas do controle abstrato de constitucionalidade, interesse institucional específico no seu ajuizamento<sup>557</sup>.

Com relação ao Governador de Estado e Distrito Federal e a Mesa de Assembleia Legislativa e Câmara Legislativa do Distrito Federal, requer-se, para a satisfação do requisito da pertinência temática, que a lei ou ato normativo impugnado diga respeito ou corresponda às respectivas coletividades políticas<sup>558</sup>. De referência à Confederação Sindical e a Entidade de Classe de âmbito nacional, exige-se “a comprovação da adequação temática entre as finalidades estatutárias e o conteúdo da norma impugnada”<sup>559</sup>.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.493/PR, de relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, em face de violação ao art. 155, § 2º, XII, da Constituição Federal de 1988, por Lei do Estado do Paraná, concluiu o Supremo que foram instituídos benefícios fiscais de imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços sem prévio convênio interestadual autorizador, mas diante da não comprovação da existência da pertinência temática, entre os interesses institucionais do legitimado, quanto a defesa dos interesses da categoria e o benefício inconstitucional tributário, pois o referido benefício não se dirigia especificamente aos metalúrgicos, tampouco impactando seus interesses de forma direta<sup>560</sup>.

Deve-se ressaltar, do mesmo modo, que alguns Ministros do Tribunal Maior têm aplicado o requisito da pertinência temática também ao “amigo da corte”<sup>561</sup>, conhecido como *amicus curiae*<sup>562</sup>.

---

<sup>555</sup> Nos termos do artigo 103, incisos IV, V e IX, da Constituição Federal de 1988, são legitimados especiais: a Mesa de Assembleia Legislativa e Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado e Distrito Federal; e a Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

<sup>556</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 200.

<sup>557</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 205.

<sup>558</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 216.

<sup>559</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>560</sup> STF – ADI n. 4.493 – PR.

<sup>561</sup> ADIn 3.931, ADIn 3.943, ADIn 4.154 e ADPF 46.

<sup>562</sup> André Ramos Tavares define o *amicus curiae* como sendo a “entidade ou pessoa que, pela sua "autoridade", fornece argumentos relevantes para o deslinde da questão posta perante o STF”. In: Processo "objetivo" como processo aberto ao concreto. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 13-31, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49901>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

Destaca-se, ainda, a existência de duas correntes acerca da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal exigir o vínculo da pertinência temática. Daniel Sarmento<sup>563</sup> e Zeno Veloso<sup>564</sup> entendem que a pertinência temática, aplicável no controle abstrato de constitucionalidade, constitui requisito para a admissibilidade, mesmo sem norma expressa na Constituição.

Por sua vez, André Ramos Tavares discorda, afirmando que “são necessárias normas expressas nesse sentido, já que contrariam a natureza própria do processo constitucional objetivo”<sup>565</sup>.

Temos que a pertinência temática constitui limitação sem fundamento expresse estabelecido pela Constituição, acarretando em flagrante de inconstitucionalidade por limitação indevida<sup>566</sup>.

Aplicável a lição de Carlos Maximiliano, “quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente”<sup>567</sup>.

Logo, mesmo que o principal fundamento do Supremo Tribunal Federal em limitar o número de ações típicas do controle abstrato que serão apreciadas por este tribunal seja o constante crescimento da quantidade das ações, como um todo<sup>568</sup>, entende-se que simplesmente este fato não deveria acarretar na não apreciação de determinada ação no controle concentrado, em prejuízo da própria supremacia de nossa Carta Maior de 1988.

Com relação ao tema, a doutrina<sup>569</sup> indaga se a exigência de pertinência temática poderia impedir o amplo conhecimento da ação, para além dos interesses institucionais do legitimado especial.

Há precedente do Supremo Tribunal Federal, como por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.710 – GO, que mitigou a necessidade de comprovação da pertinência temática, no tocante à alegação de inconstitucionalidade formal, haja vista a inviabilidade de cisão da ação, para dela se conhecer apenas em relação aos dispositivos que

<sup>563</sup> **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 107.

<sup>564</sup> *op. cit.*, p. 302.

<sup>565</sup> **Tratado da Arguição de Preceito Constitucional Fundamental**: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99) São Paulo: Saraiva, 2001. p. 328.

<sup>566</sup> Em consonância à este entendimento, João Ribeiro Costa Neto também afirma que estas e outras exigências revelam uma tendência do STF em dificultar o acesso à Corte. In: A abertura procedimental da jurisdição constitucional exercida pelos órgãos de cúpula: breves notas sobre Alemanha, Brasil e EUA. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=91087>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

<sup>567</sup> **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 306 – 307.

<sup>568</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 250.

<sup>569</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 60.

apresentassem pertinência temática com os interesses da confederação que a propusera, já que toda a norma é afetada pelo vício de inconstitucionalidade.

“Desta forma a Corte evitou transformar a ação direta em mandado de segurança coletivo, limitando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade aos membros da entidade autora”<sup>570</sup>.

Da mesma forma, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.691, o plenário do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto da ministra Rosa Weber, flexibilizou o requisito jurisprudencial<sup>571</sup> da pertinência temática para a proposição de ações de controle de constitucionalidade, prevalecendo a tese de que a pertinência temática poderia ser indireta.

Em síntese, a pertinência temática consiste na necessidade de comprovação de um vínculo entre o objeto da ação e os interesses institucionais do legitimado, representando verdadeira relação de pertinência entre o ato impugnado com às finalidades estatutárias do órgão ou entidade.

#### 4.2. OS LEGITIMADOS UNIVERSAIS E ESPECIAIS

A legitimidade corresponde na atribuição constitucional para que determinado órgão ou entidade possa ingressar com ação do controle de constitucionalidade<sup>572</sup>.

Como já discutido no decorrer deste trabalho<sup>573</sup>, há exigência, por parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>574</sup>, que os legitimados ativos, do artigo 103, incisos IV, V e IX, da Constituição Federal de 1988, demonstrem o requisito objetivo de pertinência entre o objeto da ação e seu interesse institucional específicos no ajuizamento da ação<sup>575</sup>.

Há clara discrepância jurisprudencial entre os legitimados previstos no referido diploma constitucional, pois enquanto os legitimados universais<sup>576</sup> não precisam demonstrar

---

<sup>570</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 60.

<sup>571</sup> Conforme a ADI nº 1.407 MC e a ADPF nº 144, a despeito da ausência de amparo constitucional ou legal que justifique tal exigência, o requisito da pertinência temática é necessário sob pena de se ampliar excessivamente o número de ações constitucionais ajuizadas no Pretório Excelso.

<sup>572</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 215.

<sup>573</sup> Item 3.1.

<sup>574</sup> Informativo n. 307 do STF; ADI n. 2.652 – DF; ADI n. 2.656 – SP; ADI n. 1.096 – RS; ADI n. 1.519 – AL.

<sup>575</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 59.

<sup>576</sup> Previstos no artigo 103, incisos I, II, III, VI, VII e VIII, da Constituição Federal de 1988, e também nomeados como neutros, plenos ou incondicionados.

relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções exercidas pelo órgão ou entidade, os legitimados especiais<sup>577</sup>, impreterivelmente, sim<sup>578</sup>.

Impede ressaltar, todavia, que os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade não são considerados partes, pelo menos do ponto de vista material, uma vez que, nessa ação de nítido caráter objetivo, inexistem partes e quaisquer litígios referentes a situações subjetivas ou individuais, como acima sublinhado. Pode-se dizer, apenas, que esses legitimados são partes meramente formais, por encontrarem-se incumbidos pela ordem jurídica da responsabilidade de arguirm judicialmente a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos do poder público. Tampouco podem ser consideradas partes passivas os responsáveis pela elaboração do ato questionado, haja vista que as ações diretas não são propostas contra alguém ou determinado órgão, mas sim em face de uma lei ou ato normativo supostamente considerado inconstitucional<sup>579</sup>.

Os legitimados universais, são aqueles cuja atribuição institucional está relacionada a defesa da supremacia da Constituição, sendo legal sua tutela em qualquer hipótese<sup>580</sup>.

Prescindem da demonstração do requisito objetivo da pertinência temática os legitimados previstos no artigo 103, incisos I, II, III, VI, VII e VIII, da Constituição Federal de 1988, sendo eles:

- (a) o Presidente da República;
- (b) a Mesa do Senado Federal;
- (c) a Mesa da Câmara dos Deputados;
- (d) o Procurador-Geral da República;
- (e) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- (f) e o Partido Político com representação no Congresso Nacional<sup>581</sup>.

O Presidente da República, por meio de seu veto, detém poderes para impugnar atos legislativos que tenham sido promulgados<sup>582</sup>.

<sup>577</sup> Também chamados de interessados ou condicionados.

<sup>578</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 165.

<sup>579</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 214.

<sup>580</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 199 – 200.

<sup>581</sup> “em virtude de suas atribuições institucionais, têm interesse em assegurar a supremacia constitucional, no que se denomina legitimação ativa universal” (FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 59 – 60).

<sup>582</sup> Nos termos do artigo 66, §§ 4º a 7º, da CF/88.

“Deve-se-lhe reconhecer, ademais, a possibilidade de suscitar o controle de constitucionalidade mesmo quando haja participado diretamente do processo de elaboração da lei, mediante iniciativa ou sanção”<sup>583</sup>.

Uma eventual alteração de entendimento, por parte do Chefe do Poder Executivo, ou uma constatação superveniente de que uma lei, ou ato normativo, sejam inconstitucionais, não podem inibir seu trabalho de defesa da Constituição<sup>584</sup>.

As Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados estão hábeis a questionar atos passíveis de controle de constitucionalidade por via principal, inclusive seus próprios, bem como aqueles que o Congresso Nacional possa sustar por deliberação exclusiva, conforme o artigo 49, inciso V, da Lei Fundamental de 1988<sup>585</sup>.

O artigo 103, VI, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 2º, VI, da Lei nº 9.868/99 conferem legitimidade universal para o Procurador-Geral da República propor ação do controle abstrato de constitucionalidade, devendo esse órgão atuar, sobretudo, como representante do interesse público e não mais como representante da União.

A Carta Constitucional de 1988 “rompeu com o sistema híbrido consagrado nas Constituições anteriores, instituindo a Advocacia Geral da União, com o escopo de representar os interesses da União em juízo, bem como de exercer as atividades de consultoria do Poder Executivo”<sup>586</sup>.

No processo objetivo do controle abstrato de normas, o Procurador-Geral da República trabalha por motivação autônoma ou por provocação de interessados que o dirigem representações de inconstitucionalidades<sup>587</sup>. Ainda, o Procurador-Geral da República, na fiscalização normativa abstrata, “manifesta-se como autor nas ações de sua iniciativa e como *custos legis* em todas as ações diretas, nas quais lhe incumbe oferecer um parecer especial, após as informações requeridas”<sup>588</sup>.

Em virtude de seu notório esforço no processo de redemocratização do país, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>589</sup> guarda importante função jurídico-institucional, sendo legitimado universal para a propositura de ação do controle abstrato de constitucionalidade<sup>590</sup>.

<sup>583</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 200.

<sup>584</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>585</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 201.

<sup>586</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**, *op. cit.*, p. 101.

<sup>587</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>588</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>589</sup> Nos termos do artigo 2º, VII, da Lei nº 9.868/99.

<sup>590</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**, *op. cit.*, p. 101.

Com relação ao Partidos Político com representação no Congresso Nacional, a Suprema Corte firmou jurisprudência<sup>591</sup> restritiva, determinando que apenas os Diretórios Nacionais estão aptos a atuar em nome da agremiação no ingresso de ação do controle de constitucionalidade, proibindo, assim, qualquer ato de Diretórios Regionais, mesmo que diga respeito a uma lei local.

Salienta-se que uma eventual carência de representação parlamentar não acarreta na perda de legitimidade *ad causam*, e na conseqüente extinção da ação, por parte do Partido Político<sup>592</sup>.

Em contrapartida, os legitimados especiais, “são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus afiliados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada”<sup>593</sup>.

Ou seja, os legitimados especiais devem demonstrar relação de pertinência entre o ato impugnado com suas finalidades estatutárias<sup>594</sup>.

É imprescindível, segundo o Supremo Tribunal Federal<sup>595</sup>, a prova da pertinência ao legitimados previstos no artigo 103, incisos IV, V e IX, da Constituição Federal de 1988, sendo eles:

- (a) pela Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- (b) pelo Governador do Estado ou do Distrito Federal;
- (c) pelas confederações sindicais ou pelas entidades de âmbito nacional.

Relativamente a Mesa da Assembleia Legislativa ou a Câmara Legislativa do Distrito Federal, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>596</sup> no sentido de que esses legitimados devem atestar o vínculo objetivo de pertinência entre a norma impugnada e a competência da casa legislativa ou do Estado em que é órgão representativo.

Com referência ao Governador de Estado e Distrito Federal e a Mesa de Assembleia Legislativa e Câmara Legislativa do Distrito Federal, requer-se, para a satisfação

---

<sup>591</sup> ADI n. 779 – DF; ADI n. 610-0 – PI; ADI n. 1.426 – RS.

<sup>592</sup> ADI n. 2.149 – AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24/08/04.

<sup>593</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 200.

<sup>594</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 165.

<sup>595</sup> Informativo n. 307 do STF; ADI n. 2.652 – DF; ADI n. 2.656 – SP; ADI n. 1.096 – RS; ADI n. 1.519 – AL.

<sup>596</sup> Informativo n. 32 do STF; ADI n. 1.307 – MS.

do requisito da pertinência temática, que a lei ou ato normativo impugnado diga respeito ou corresponda às respectivas coletividades políticas<sup>597</sup>.

Acerca da Confederação Sindical e a Entidade de Classe de âmbito nacional, exige-se a demonstração da pertinência temática entre as finalidades estatutárias e o conteúdo da norma impugnada<sup>598</sup>.

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>599</sup>, na área sindical, somente as Confederações constituídas em consonância do artigo 535, da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>600</sup>, detém legitimidade para propositura de ação do controle abstrato de constitucionalidade, sendo excluídas, destarte, as Federações sindicais<sup>601</sup>, mesmo que sejam de âmbito nacional. Além disso, “é importante esclarecer que as Centrais sindicais não se confundem com as Confederações, não ostentando, em consequência, legitimidade para propor a instauração do controle abstrato de constitucionalidade”<sup>602</sup>.

Por sua vez, no que concerne à Entidade de Classe de âmbito nacional, o Pretório Excelso<sup>603</sup> estabeleceu um critério objetivo, por aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, reconhecendo, exclusivamente, as “entidades que possuam associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação”<sup>604</sup>, além de exigir que os “associados ou membros sejam pessoas físicas (ausência de hibridismo em sua composição social) e estejam ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional (homogeneidade de interesse)”<sup>605</sup>.

Dirley da Cunha Júnior explica que:

o Supremo havia firmado seu entendimento no sentido de negar a legitimidade ativa *ad causam* às entidades de classe que se apresentassem como associação de associações, assim entendidas aquelas entidades que congregam outras entidades menores, ou que possuam composição heterogênea, reunindo, em seu quadro social, pessoas físicas e pessoas jurídicas. Todavia, o Supremo Tribunal Federal modificou o seu posicionamento para admitir a legitimidade dessas associações de duplo grau ou de composição heterogênea. Com efeito, a Suprema Corte, na Adin-Agr 3153, Rel. p/ acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12.08.2004, modificou completamente seu entendimento, para reconhecer a legitimidade ativa para

<sup>597</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 216.

<sup>598</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>599</sup> ADI n. 505-7 e RT n. 677/240.

<sup>600</sup> Segundo o artigo 535, da CLT, as Confederações são aquelas que possuem em sua composição pelo menos três Federações.

<sup>601</sup> Mediante interpretação literal do artigo 103, IX, da Constituição Federal de 1988.

<sup>602</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 217.

<sup>603</sup> ADI n. 108 – DF; ADI n. 386 – SP; ADI n. 1.210 – DF.

<sup>604</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 218.

<sup>605</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 168 – 169.

propositura da Adin às entidades associativas de segundo grau, mais conhecidas como associações das associações<sup>606</sup>.

Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>607</sup>, a pertinência temática tem sido dispensada, ao Governador do Estado ou do Distrito Federal e à Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, na hipótese desses legitimados ingressarem com Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo oriundo de seu próprio Estado.

Tal fato, conseqüentemente, não ocorre quando a inconstitucionalidade arguida é proveniente de lei ou ato normativo de outro Estado ou da União.

Por fim, vale ressaltar, que o referido requisito era necessário, anteriormente, apenas às entidades de classe de âmbito nacional<sup>608</sup>.

Posteriormente, também foi exigida a necessidade de demonstração da pertinência temática, às confederações sindicais, aos partidos políticos, aos Governadores de Estado ou do Distrito Federal e a Mesa da Assembleia Legislativa do Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal<sup>609</sup>.

#### 4.2.1. Capacidade Postulatória

Conforme deliberado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal<sup>610</sup>, a capacidade postulatória é inerente à legitimidade outorgada pelo artigo 103, da Constituição Federal de 1988, embora esteja limitada às autoridades e entidades públicas referidas nos incisos I a VII desse artigo.

Isso significa que, segundo o Pretório Excelso, possuem capacidade postulatória, não necessitando fazer-se representar por defensor e gozando de autorização para a prática de quaisquer atos privativos de advogado: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa e Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado e Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>611</sup>.

<sup>606</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 218.

<sup>607</sup> ADI n. 2.656/SP e ADI n. 2.747/DF.

<sup>608</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 10, ago. 2015. p. 1043 – 1066.

<sup>609</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>610</sup> ADI n. 127 – AL; ADI n. 120 – AM.

<sup>611</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 219; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 60.

Logo, carecem de capacidade postulatória, devendo ser representados por advogado, o Partido Político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical e a entidade de classe de âmbito nacional<sup>612</sup>.

Nesse sentido, a Lei nº 9.868, de 1999, nos parágrafos únicos dos artigos 3º e 14, prescreve que a petição inicial, do controle de constitucionalidade, caso esteja subscrita por advogado, deve estar, necessariamente, acompanhada de procuração.

*Contrário Sensu*, há entendimento diverso na doutrina<sup>613</sup>, segundo o qual, à exceção do Procurador-Geral da República e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, é imprescindível a todos os outros legitimados ativos, universais ou especiais, estarem representados por advogado, pois os referidos órgãos, autoridades e entidades detêm, apenas, legitimidade *ad causam*, e não capacidade postulatória<sup>614</sup>.

Finda a distinção entre os legitimados especiais e os universais, resta apreciar a natureza jurídica da pertinência temática.

#### 4.3. A NATUREZA JURÍDICA DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Como assentado anteriormente<sup>615</sup>, os legitimados ativos que possuem poderes para romper a inércia da jurisdição constitucional e ingressar com ação do controle abstrato de constitucionalidade, estão previstos no rol taxativo do artigo 103, da Constituição Federal de 1988.

Com relação aos legitimados especiais, há exigência, criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>616</sup>, que os legitimados ativos, do artigo 103, incisos IV, V e IX, da Constituição Federal de 1988, demonstrem o requisito objetivo de pertinência entre o objeto da ação e seu interesse institucional específicos no ajuizamento da ação<sup>617</sup>.

Estão dispensados de demonstrarem a pertinência temática: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral

---

<sup>612</sup> ADI n. 2.187 – BA.

<sup>613</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 219; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 173; TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**, *op. cit.*, p. 331.

<sup>614</sup> “Vale dizer, o art. 103, em seus incisos, somente confere a legitimidade *ad causam* às autoridades, órgãos e entidades nele referidas e não capacidade postulatória, mesmo porque não se confunde legitimidade para a propositura da ação com capacidade postulatória” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 219).

<sup>615</sup> Itens 3.1. e 3.2.

<sup>616</sup> Informativo n. 307 do STF; ADI n. 2.652 – DF; ADI n. 2.656 – SP; ADI n. 1.096 – RS; ADI n. 1.519 – AL.

<sup>617</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 165.

da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Político com representação no Congresso Nacional, em consequência de suas atribuições institucionais em assegurar a supremacia constitucional<sup>618</sup>.

Portanto, há clara distinção jurisprudencial entre os legitimados previstos no artigo 103, da Constituição Federal de 1988, pois enquanto os legitimados universais<sup>619</sup> não necessitam demonstrar uma relação de pertinência entre o ato impugnado das atribuições exercidas pelo órgão, autoridade ou entidade, os legitimados especiais, obrigatoriamente, sim<sup>620</sup>.

Assim, neste ponto do trabalho, questiona-se se a natureza jurídica<sup>621</sup> da pertinência temática estaria relacionada ao interesse processual ou de agir dos legitimados ativos especiais, ou à sua legitimidade.

#### 4.3.1. Interesse Processual ou de Agir

O interesse processual ou de agir é definido tradicionalmente no processo subjetivo como condição da ação definida pelo binômio da necessidade e adequação<sup>622</sup>. “A ação deve ser necessária (resultado de uma pretensão resistida) e adequada (seguir o procedimento correto e estar protegida pelo sistema legislativo)”<sup>623</sup>.

Ou seja, caso o autor da ação se valha da via processual para obter a tutela resistida e essa lhe traga utilidade, melhorando sua condição jurídica, o interesse de agir encontra-se provado<sup>624</sup>.

Classificado como uma das condições da ação no processo comum, o interesse de agir decorre da necessidade de se lograr, por meio de provimento jurisdicional, a defesa de interesses substanciais, pois está relacionada à necessidade e à utilidade da situação concreta a ser regulada<sup>625</sup>.

---

<sup>618</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 59.

<sup>619</sup> Previstos no artigo 103, incisos I, II, III, VI, VII e VIII, da Constituição Federal de 1988.

<sup>620</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 165.

<sup>621</sup> Segundo Maria Helena Diniz, a natureza jurídica corresponde à “afinidade que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo ser nela incluído a título de classificação”. In: **Dicionário Jurídico**. Volume III. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 337.

<sup>622</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 117.

<sup>623</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>624</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 125.

<sup>625</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 115.

Destarte, indaga-se sobre a possibilidade de o processo objetivo não examinar os interesses concretos que, de fato, estariam abrangidos na discussão acerca da constitucionalidade, ou não, de uma lei ou ato normativo.

Conforme Soraya Lunardi, a influência dos fatos, reais e concretos, na fiscalização abstrata de constitucionalidade enseja um argumento em prol dos interesses subjetivos em seu âmbito<sup>626</sup>.

Segundo a autora, o controle abstrato não se desvincula da realidade social, visto que os interesses concretos de pessoas ou grupo de pessoas influenciam na decisão final do Poder Judiciário<sup>627</sup>.

Além disso, não é possível realizar o controle de constitucionalidade sem prévia interpretação da Constituição, e esta contém afirmações influenciadas pela realidade que circunda o próprio intérprete, como afirma a maioria das modernas escolas de teoria da interpretação e nos confirma o estudo das decisões do Judiciário, muitas vezes “contextualizadas”, em particular quando se faz necessária a ponderação de direitos fundamentais ou bens coletivos<sup>628</sup>.

Parte da doutrina<sup>629</sup> compreende que a relação de pertinência assemelha-se ao interesse de agir, que é condição da ação, elemento típico do processo comum, sendo que a legitimidade já estaria estabelecida no rol taxativo do artigo 103, da Constituição Federal de 1988<sup>630</sup>.

Clèmerson Clève sustenta a tese de que a pertinência temática está ligada ao interesse de agir, consistindo em “sucedâneo do interesse de agir no processo objetivo”<sup>631</sup>, caracterizando-se como manifestação do interesse processual.

O interesse de agir estará presente quando o autor da ação tiver a necessidade de se valer da via processual para solucionar a lide e quando a via processual melhorar sua condição jurídica, trazendo-lhe utilidade<sup>632</sup>.

Luís Roberto Barroso explica que a pertinência temática aproxima-se do conceito processual que identifica o interesse de agir, pois faz-se necessário que exista nexos entre a

<sup>626</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 119.

<sup>627</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>628</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>629</sup> CLÈVE, Clèmerson. **A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 163; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 125 – 126; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**, *op. cit.*, p. 124; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 228; BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 207; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 216.

<sup>630</sup> CLÈVE, Clèmerson. **A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 163.

<sup>631</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>632</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 125.

questão versada na lei ou ato normativo a ser impugnado com os objetivos sociais da entidade requerente<sup>633</sup>.

“Vale dizer: a norma contestada deverá repercutir direta ou indiretamente sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida, ainda que só parte dela seja atingida”<sup>634</sup>.

Igualmente, Dirley da Cunha Júnior assevera que em virtude da necessidade de demonstração do interesse de agir, a relação de pertinência relaciona-se a um vínculo lógico entre a questão debatida na lei ou ato normativo impugnado para com os interesses defendidos pelos legitimados especiais<sup>635</sup>.

No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 4.426/CE e 5.837/DF, o Supremo Tribunal Federal compreendeu que a exigência da pertinência temática consiste em verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, já que fundamenta-se em vínculo imprescindível entre o objeto do controle com os direitos da classe representada pela entidade requerente.

Conforme a Suprema Corte, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.426/CE, a Associação dos Magistrados Brasileiros poderia apenas impugnar lei referente ao Poder Judiciário, mas não quanto aos demais destinatários (Poderes Executivo e Legislativo), alheios às suas atividades de representação.

Por sua vez, segundo o Pretório Excelso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.837/DF, não restou verificada nexos entre os objetivos institucionais perseguidos pela entidade requerente<sup>636</sup> e as normas impugnadas, as quais diziam respeito à majoração das alíquotas da contribuição ao PIS e da COFINS relativas à venda de combustíveis.

Desta maneira, compreende-se que a relação de pertinência temática, nos moldes fixados pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 4.426/CE e 5.837/DF, acaba por funcionar como uma verdadeira condição da ação, a partir do momento em que exige a demonstração do interesse de agir do legitimado do processo do controle de constitucionalidade<sup>637</sup>.

A relação de pertinência equipara-se à definição de uma condição da ação, semelhante ao interesse de agir do processo civil (processo subjetivo), consistindo, dessa

---

<sup>633</sup> *Op. cit.*, p. 207

<sup>634</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>635</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 216.

<sup>636</sup> No caso em tela, a entidade requerente é a FESECOVI – Federação dos Sindicatos das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis e dos Edifícios em Condomínios Residenciais e Comerciais.

<sup>637</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 205.

forma, em um dos elementos que indicam a influência do processo tradicional no processo objetivo<sup>638</sup>.

Segundo Soraya Lunardi, há verdadeira complementariedade prática entre os conceitos de direito objetivo e subjetivo, pois enquanto o primeiro cria direitos subjetivos, determinando as posições jurídicas dos sujeitos de direito, o segundo procede de dispositivos legais do direito objetivo<sup>639</sup>.

No processo constitucional objetivo:

A regularidade do sistema normativo pressupõe a verificação da conformidade de uma norma inferior em relação a superior, havendo interesse objetivo para tanto. Mas o interesse subjetivo encontra-se presente. Como dissemos, é praticamente impossível promover uma ação de controle de constitucionalidade, se certa norma (ou seu afastamento, em caso de propositura de ADECON) não estiver causando prejuízos a certas pessoas ou grupos. Simetricamente, a criação de um ato normativo inconstitucional corresponde também a interesses, por se tratar de ato emanado do consenso entre detentores do poder, sendo que eventual declaração de inconstitucionalidade seguramente prejudicará esses interesses<sup>640</sup>.

Nesse sentido, evidencia-se a presença de interesses subjetivos nos processos de natureza objetiva.

Portanto, para esta corrente doutrinária<sup>641</sup> e jurisprudencial<sup>642</sup>, a exigência da comprovação do requisito da pertinência temática, para os legitimados especiais do artigo 103, incisos IV, V e IX, da Constituição Federal de 1988, assemelha-se a condição do interesse de agir tradicional.

#### 4.3.2. Legitimidade

Em nosso sistema pátrio, os legitimados à ingressar com as ações do controle abstrato de constitucionalidade estão previstos no rol do artigo 103 da Carta Maior de 1988.

Nesse procedimento, a legitimidade ativa é concorrente.

<sup>638</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 228.

<sup>639</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 120.

<sup>640</sup> LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 121 – 122.

<sup>641</sup> CLÈVE, Clèmerson. **A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, *op. cit.*, p. 163; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 125 – 126; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**, *op. cit.*, p. 124; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, *op. cit.*, p. 228; BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 207; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 216.

<sup>642</sup> Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 4.426/CE e 5.837/DF.

É prescrito, para ingresso das ações do controle abstrato de constitucionalidade, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>643</sup>, a demonstração do requisito da pertinência temática para os legitimados especiais, que estão, desse modo, restritos ao objeto apreciado<sup>644</sup>.

São legitimados especiais, nos termos dos precedentes da Suprema Corte<sup>645</sup>: a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal e as confederações sindicais ou pelas entidades de âmbito nacional.

Para os referidos excepcionados, impõe-se a comprovação de uma relação de pertinência entre o objeto da norma questionada e a finalidade do proponente na ação de controle abstrato de constitucionalidade<sup>646</sup>.

O Supremo Tribunal Federal ratifica este entendimento nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.507/RJ e nº 1.519/AL, ao determinar que a legitimidade ativa, dos legitimados especiais, vincula-se ao objeto da ação, devendo haver uma relação de pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação.

Não é substancial a jurisdição constitucional a falta de partes ou a resolução de uma lide ou conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida<sup>647</sup>.

Nessa perspectiva, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.157/DF, o Tribunal Maior definiu a pertinência temática como uma relação de congruência que imprescindivelmente deve existir entre os objetivos estatutários, ou as finalidades institucionais, da entidade autora da ação do controle abstrato com o conteúdo material da norma impugnada.

Zeno Veloso ratifica a natureza objetiva do controle abstrato de constitucionalidade, explicando que esse procedimento é marcado pela impessoalidade<sup>648</sup>, não sendo observado o princípio do contraditório<sup>649</sup>.

Segundo o referido autor, não seria pertinente falar-se num interesse jurídico subjetivo e específico do autor<sup>650</sup>.

---

<sup>643</sup> Informativo n. 307 do STF, ADI n. 2.652 – DF, e ADI n. 2.656 – SP.

<sup>644</sup> AGRA, Walber de Moura. **Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPODVM, 2008. p. 89.

<sup>645</sup> Informativo n. 307 do STF, ADI n. 2.652 – DF, e ADI n. 2.656 – SP.

<sup>646</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 319.

<sup>647</sup> SANDULLI, Aldo M. Funzioni Pubbliche Neutrali e Giurisdizione. In: GABRIELLE, Pescatore et al. **Studi in Onore di Antonio Segni**. v. 4. Milano: Giuffrè, 1967. p. 242 – 259.

<sup>648</sup> Conforme ADI n. 1.254-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello: “Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade”.

<sup>649</sup> VELOSO, Zeno *op. cit.*, p. 75.

Na fiscalização abstrata de constitucionalidade, os interesses processuais são exclusivamente objetivos, não sendo admitida qualquer titularidade desses.

Outrossim, não se mostra adequado o emprego de normas subjetivas a um processo objetivo, pois ocasionaria na utilização de normas processuais impertinentes e, conseqüentemente, impróprias<sup>651</sup>.

Compreende-se que a utilização de normas subjetivas seria imensamente negativa à clara compreensão do processo de índole objetiva, pois estaria o Pretório Excelso aplicando regras processuais impróprias ao controle abstrato de constitucionalidade<sup>652</sup>.

O vínculo de pertinência temática corresponde, para os adeptos desta corrente<sup>653</sup>, à um requisito qualificador da legitimidade *ad causam* dos legitimados especiais, pelo qual estes sujeitos devem demonstrar interesse jurídico na conveniente ação do controle abstrato de constitucionalidade.

E esse é o entendimento já explicitado reiteradamente pela jurisprudência do Pretório Excelso<sup>654</sup>, relacionando a pertinência temática com a *legitimatío ad causam*, e não ao interesse de agir<sup>655</sup>, afirmando que seu vínculo com o objeto da ação.

Segundo os referidos posicionamentos, a ausência de pertinência temática afeta a legitimidade do autor, não existindo qualquer relação dessa com o interesse de agir. “Este estará presente em qualquer caso, seja na ação proposta e inexistente a pertinência temática, seja na ação com objeto idêntico ao da anterior, proposta por um legitimado universal (que não necessita demonstrar a pertinência temática)”<sup>656</sup>.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.096/RS, o Tribunal Maior, em sua plenitude, consagrou o vínculo da pertinência temática como condição objetiva de requisito qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* do Autor, somente naquelas hipóteses de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, por Mesas das Assembleias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa

---

<sup>650</sup> VELOSO, Zeno *op. cit.*, p. 75.

<sup>651</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 328.

<sup>652</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>653</sup> VELOSO, Zeno, *op. cit.*, p. 75; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 328; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 993; AGRA, Walber de Moura, *op. cit.*, p. 89; VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 208; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 59 – 60; STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 319; BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 371 – 373.

<sup>654</sup> ADI nº 1.507/RJ; ADI nº 1.519/AL; ADI nº 1.096/RS; ADI nº 4.302/MS; ADI nº 1.151/MG; ADI nº 1.464/RJ; ADI nº 1.123/DF; ADI nº 5.061/DF; ADI nº 4.066/DF; ADI nº 5.550/DF; ADI nº 1.157/DF.

<sup>655</sup> Por tratar de requisito típico de processo de índole subjetiva.

<sup>656</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 59.

do Distrito Federal e, finalmente, por Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal<sup>657</sup>.

Destaca-se, nesse sentido, que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.123/DF, o Pretório Excelso não conheceu a ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, em que esta arguia a inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei nº 8.906 de 1994, por compreender que não estava satisfeito o requisito da pertinência objetiva.

Nesse caso, a Suprema Corte asseverou que não havia adequação temática entre as finalidades estatutárias da referida Confederação com o conteúdo da norma impugnada, revelando, assim, apenas a existência de eventual interesse de agir, de índole subjetiva, o qual não harmoniza com a natureza objetiva do controle abstrato de constitucionalidade.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF, proposta pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho em face do artigo 2º, da Lei nº 9.055/95, que disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do abesto/amianto e dos produtos que o contém, entendeu a Suprema Corte que teria sido atendido o requisito da pertinência temática, uma vez que demonstrou-se a correlação entre a norma questionada e as finalidades institucionais das associações autoras.

A discussão do caso abrange, para o Supremo Tribunal Federal, matéria inserida no campo de atuação institucional tanto da Magistratura do Trabalho quanto dos membros do Ministério Público do Trabalho, que consiste na existência de consenso médico-científico no tocante ao efeito prejudicial da exploração do amianto crisotila para a saúde, higiene e segurança dos trabalhadores da indústria e da mineração.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.302/MS, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a necessidade de comprovação da correlação direta entre o objeto do pedido na declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais do legitimado. Nesse caso, compreendeu o Pretório Excelso que não há pertinência temática entre as normas impugnadas, que disciplinam a organização administrativa do quadro funcional dos servidores do Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul, com os objetivos institucionais da Confederação dos Servidores Públicos do Brasil, uma vez que estes estão voltados à tutela dos interesses dos servidores públicos de todos os Poderes do país.

Consequentemente, a legitimidade ativa da Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Governador do Estado ou do Distrito Federal, e

---

<sup>657</sup> ADI nº 1.096-4/RS.

das confederações sindicais ou pelas entidades de âmbito nacional, “vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação”<sup>658</sup>.

Destarte, entende-se que a ausência de pertinência temática afeta a legitimidade do autor, não existindo qualquer relação desta com o interesse de agir. Ou melhor, não “apresentando qualquer das partes a legitimidade, o processo será extinto sem julgamento de mérito.

A legitimidade das partes é, portanto, uma condição sem a qual o processo não prosseguirá”<sup>659</sup>.

O ato de associar a relação de pertinência à definição de uma condição da ação, similar ao interesse de agir do processo subjetivo, corresponde a uma técnica que não decorre da Lei Fundamental de 1988, sendo, dessa forma, estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas, qual seja, de processo objetivo<sup>660</sup>.

#### 4.4. POSICIONAMENTO ADOTADO

A pertinência temática, decorre de uma construção jurisprudencial defensiva que visa diminuir o número de Ações Diretas ajuizadas na Suprema Corte e consiste na exigência de comprovação da relação de pertinência entre o objeto da ação e as finalidades institucionais dos legitimados do artigo 103, incisos IV, V e IX, da Constituição Federal de 1988, para o ingresso de ação do controle abstrato de constitucionalidade<sup>661</sup>.

A comprovação da relação de pertinência pelos legitimados especiais ocasiona em certa quebra na “democracia participativa”<sup>662</sup>, pois dificulta aos legitimados especiais o ingresso de ação do controle abstrato de constitucionalidade que visa tutelar direitos coletivos<sup>663</sup>.

---

<sup>658</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 993

<sup>659</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 208.

<sup>660</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 328; VELOSO, Zeno, *op. cit.*, p. 75; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 993; AGRA, Walber de Moura, *op. cit.*, p. 89; VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 208; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 59 – 60; STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 319; BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 371 – 373.

<sup>661</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 59 – 60.

<sup>662</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 287 – 288.

<sup>663</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**, *op. cit.*, p. 55 – 57; CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 82 – 83.

A pertinência temática implica em tratamento discriminatório em relação aos legitimados que a ela não se sujeitam, “subtraindo dos legitimados discriminados parcela da prerrogativa que o constituinte incondicionalmente lhes concedeu para promover a depuração objetiva do ordenamento jurídico”<sup>664</sup>.

A exigência jurisprudencial da pertinência temática, pela Suprema Corte, estabelece uma restrição não prevista em lei, afastando-se a observância do princípio hermenêutico segundo o qual *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir)<sup>665</sup>. Portanto, não incumbe ao intérprete limitar direitos que a Constituição ou legislador não restringe.

O requisito jurisprudencial da pertinência temática constitui limitação sem fundamento expreso estabelecido pela Constituição, acarretando em flagrante de inconstitucionalidade por limitação indevida<sup>666</sup> sem respaldo em norma legal, bem como em uma atuação ativista pelo Pretório Excelso.

Elival da Silva Ramos define por ativismo judicial o exercício da função jurisdicional, pelo Poder Judiciário, para além dos limites impostos pela legislação constitucional e infraconstitucional, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)<sup>667</sup>.

O ativismo judicial, de acordo com o *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, remete à atuação do Poder Judiciário que ultrapassa os poderes a ele outorgado, em oposição à autocontenção judicial<sup>668</sup>.

Luís Roberto Barroso informa que a noção de ativismo judicial está relacionada a uma atuação mais intensa e ampla do Judiciário na efetivação das finalidades constitucionais, mediante a interferência na esfera de atuação dos outros dois Poderes<sup>669</sup>.

Há uma expansão do espaço tradicional do Poder Judiciário, na defesa da supremacia da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais<sup>670</sup>.

---

<sup>664</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 370.

<sup>665</sup> MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 247.

<sup>666</sup> Em consonância à este entendimento, João Ribeiro Costa Neto também afirma que estas e outras exigências revelam uma tendência do STF em dificultar o acesso à Corte. In: A abertura procedimental da jurisdição constitucional exercida pelos órgãos de cúpula: breves notas sobre Alemanha, Brasil e EUA. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=91087>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

<sup>667</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

<sup>668</sup> HALL, Kermit L. (Ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. New York: Oxford University Press, 1992. p. 454.

<sup>669</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 389. No mesmo sentido: TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Ativismo Judicial na Dêbacle do Sistema Político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 11, n. 2, p. 751 – 772, 2016. p. 759.

Geralmente, o ativismo se instala nos casos de retração do Poder Legislativo, correspondendo a um modo específico e proativo de interpretar a Constituição<sup>671</sup>.

Essa função se assemelha à de elaboração do próprio direito, distanciando os juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do ordenamento jurídico<sup>672</sup>.

No ativismo judicial, observa-se verdadeira “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa e até mesmo, da função de governo”<sup>673</sup>.

Por conta do ativismo do Poder Judiciário, não há uma democrática judicialização das decisões mais relevantes, mas sim uma hipertrofia do sistema jurídico sobre o sistema político<sup>674</sup>.

Há, no Brasil, inúmeros precedentes que demonstram a conduta ativista do Pretório Excelso:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinários, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o de vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente de greve do serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de quem tem sido exemplo as decisões sobre o direito à saúde<sup>675</sup>.

Michael J. Perry, em sua obra, advoga pelo minimalismo judicial ou originalismo, afirmando que deve haver pouco espaço para o subjetivismo pessoal do Juiz, para que, assim, a Justiça Constitucional seja menos política e mais jurídica<sup>676</sup>.

<sup>670</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 65 – 66.

<sup>671</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 390; KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441 – 1477, 2004. p. 1442 – 1444.

<sup>672</sup> MARSHALL, William P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Chapel Hill, n. 73, p. 101 – 140, 2002; BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 390; GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195 – 1263, 2009.

<sup>673</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**, *op. cit.*, p. 116. No mesmo sentido: BLACK, Henry Campbell. **Black’s Law Dictionary**. 5. ed. St. Paul: West Group, 1983. p. 440; MERRIAM-WEBSTER. **Merriam-Webster’s Dictionary of Law**. Massachusetts: Merriam-Webster, 1996. p. 270; WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 1, p. 18-51, 1993. p. 45.

<sup>674</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**, *op. cit.*, p. 65.

<sup>675</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 389 – 390.

<sup>676</sup> PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts: Law or Politics?** New York/Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 54. Igualmente: YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139 – 1216, 2002; ULLA, Juan Manuel López. **Orígenes Constitucionales del Control Judicial de las Leyes**. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. p. 26.

André Ramos Tavares indica não haver qualquer incompatibilidade entre o originalismo e o controle judicial de constitucionalidade, mas apenas um problema de grau, de intensidade da atividade judicial<sup>677</sup>.

“Na realidade, o originalismo pretende que apenas por meio de sua concepção é que se pode legitimar o controle judicial de constitucionalidade”<sup>678</sup>.

O minimalismo judicial proporciona mais segurança na interpretação das normas constitucionais, sustentando a supremacia da Constituição<sup>679</sup>.

Nesse sentido, a doutrina<sup>680</sup> compreende que a imposição do requisito jurisprudencial da pertinência temática<sup>681</sup>, em virtude da ausência legal, aos legitimados especiais do artigo 103, incisos IV, V e IX, da Constituição Federal de 1988, para o ingresso de ação do controle abstrato de constitucionalidade, configura certo ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Se a diretriz da nova Constituição foi a abertura do acesso ao processo de controle abstrato de constitucionalidade, não se poderiam estabelecer freios que a contrariassem por meio de jurisprudência restritiva. É até compreensível que o STF busque limitar o grande número de processos que abarrotam a Corte, mas não se afigura certo possa fazê-lo às custas da tendência ampliativa adotada pela Constituição, principalmente se não há regra expressa sobre o assunto. Ainda que assim não fosse, nem o princípio implícito da preservação do bom funcionamento do STF poderia ser utilizado numa ponderação que significasse restrição à aludida diretriz constitucional. Isso porque o acréscimo do volume das ações seria mínimo e, indiretamente, poderia representar diminuição dos processos de controle concreto sujeitos à competência da Corte, estes sim os principais responsáveis pelo aumento da carga de trabalho do STF<sup>682</sup>.

Essa discricionariedade, com a imposição da pertinência temática, afeta e altera a lógica de um processo democrático, em razão da inobservância de um devido procedimento constitucional de legiferação<sup>683</sup>.

Conforme Elival da Silva Ramos<sup>684</sup>, esta atuação ativista da Suprema Corte, distanciando-se de critérios hermenêuticos claros, viola o postulado básico de Estado Democrático de Direito.

<sup>677</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**, *op. cit.*, p. 75 – 76.

<sup>678</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 76.

<sup>679</sup> PERRY, Michael J., *op. cit.*, p. 54; TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**, *op. cit.*, p. 75 – 76.

<sup>680</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60 – 66; BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 370; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, *op. cit.*, p. 196 – 199.

<sup>681</sup> Conforme: Informativo n. 307 do STF; ADI n. 2.652 – DF; ADI n. 2.656 – SP; ADI n. 1.096 – RS; ADI n. 1.519 – AL.

<sup>682</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 370.

<sup>683</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 389 – 390.

A fiscalização abstrata de constitucionalidade, em se tratando de direitos coletivos, configura um mecanismo extremamente relevante para a garantia da rigidez e supremacia constitucional, tal como para a efetividade da democracia<sup>685</sup>.

O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos consiste em defesa objetiva dos direitos fundamentais, dos direitos coletivos e da Constituição<sup>686</sup>.

Há, atualmente, um grande afastamento da participação social para provocação jurisdicional dos Tribunais se comparada à amplitude de participação popular no processo político democrático por meio da democracia representativa<sup>687</sup>.

Uma efetiva e constante utilização do *amicus curiae*, a realização de audiências públicas e a maior difusão do rol de legitimados ativos para as ações diretas, sem a necessidade de demonstração da relação de pertinência, poderia assegurar uma ampla participação democrática, pela sociedade, no controle das leis<sup>688</sup>. A exigência, por parte do Supremo Tribunal Federal<sup>689</sup>, da pertinência temática ao *amicus curiae* configura limitação a tutela da cidadania.

Deve-se assegurar uma efetiva tutela aos direitos coletivos no Estado Democrático de Direito, uma vez que esse “novo paradigma de Estado não se contenta com a simples declaração de direitos, pois o seu objetivo é a transformação com justiça da realidade social, em que o plano da efetivação dos direitos traça uma de suas principais metas”<sup>690</sup>.

Zaiden Geraige Neto explica que o “dispositivo do inc. XXXV do art. 5 da CF é um princípio constitucional, uma garantia ao jurisdicionado, um verdadeiro sustentáculo do Estado Social e Democrático de Direito”<sup>691</sup>. Este princípio constitucional é observado não

<sup>684</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**, *op. cit.*, p. 103. No mesmo sentido: TRINDADE, André Karam. O Ativismo Judicial à Brasileira e a Questão Penitenciária no Rio Grande do Sul. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 32, n. 1, p. 203 – 228, jan./jun. 2016. p. 205 – 212.

<sup>685</sup> CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 29 – 31; ZANDONA, Sérgio Henriques; CAMPOS, Felipe Almeida. A Crise do Sistema Representativo na Tutela Processual Coletiva Brasileira. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto/SP, a. XXIV, v. 28, n. 1, p. 57 – 81, Jan./Abr. 2019. p. 75 – 76.

<sup>686</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**, *op. cit.*, p. 287 – 288.

<sup>687</sup> FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014. 149 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 133; BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 259 – 278; MOHÍNO, Juan Carlos Bayón. Derechos, Democracia y Constitución. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 232 – 233.

<sup>688</sup> FERREIRA, Eber de Meira, *op. cit.*, p. 133.

<sup>689</sup> ADI nº 3.943/DF e ADI nº 4.066/DF.

<sup>690</sup> CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 29.

<sup>691</sup> **O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 72.

apenas sob o enfoque de acesso ao Poder Judiciário, mas também à uma tutela jurisdicional adequada<sup>692</sup>.

Kazuo Watanabe assevera que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional assegura o acesso a uma ordem jurídica justa e a uma tempestiva e efetiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça<sup>693</sup>.

O princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional configura garantia processual imprescindível contra arbitrariedades por parte de legisladores ou outras autoridades do Estado<sup>694</sup>.

André Ramos Tavares afirma que o acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos, não sendo útil apenas a proclamação de direitos sem a garantia de sua efetividade<sup>695</sup>.

A exigência da relação de pertinência, em virtude de construção jurisprudencial defensiva do Pretório Excelso, viola o preceito fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional<sup>696</sup>, prejudicando a efetiva tutela de direitos coletivos, e configurando, assim, uma norma constitucional inconstitucional<sup>697</sup>.

Otto Bachof assevera que alguns princípios constitucionais são tão elementares e evidentes que constituem um direito anterior à própria Constituição, exigindo garantia pelo legislador constitucional e pela Suprema Corte<sup>698</sup>.

É inconstitucional, por violar a norma constitucional expressa no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, qualquer impedimento ao exame judicial, por consequência de lesão ou ameaça a direitos<sup>699</sup>.

A Constituição Federal de 1988 não estabelece impedimentos ao controle jurisdicional, e, sendo praticada uma violação a direitos fundamentais, torna-se

<sup>692</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; BORGES, Daniela Meca. A Limitação Territorial da Coisa Julgada como Óbice ao Acesso à Justiça. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 16, n. 23, p. 160 – 183, Jul./Dez. 2018. p. 166 – 167.

<sup>693</sup> Tutela antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e de Não Fazer. In: TEIXEIRA, Min. Sálvio Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19 – 20. No mesmo sentido: MONTESANO, Luigi. La Garanzia Costituzionale del Contraddittorio e i Giudizi Civili di “Terza Via”. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, v. 55, n. 4, p. 929 – 947, out. 2000. COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionali e “Giusto Processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 90, p. 95 – 150, 1998.

<sup>694</sup> JUNOY, Joan Picó I. **Las Garantías Constitucionales del Proceso**. Barcelona: Jose María Bosch Editor, 1997. p. 17; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni Sul Processo Civile**. 4.ed. v. I. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 101.

<sup>695</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**, *op. cit.*, p. 409.

<sup>696</sup> Art. 5º, XXXV, Constituição Federal de 1988.

<sup>697</sup> **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**. Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 10 – 12.

<sup>698</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 23.

<sup>699</sup> ROSAS, Roberto, *op. cit.*, p. 206.

imprescindível o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos primários, sob pena de extinção indireta do próprio direito fundamental lesado<sup>700</sup>.

Esta eliminação da fiscalização judicial de constitucionalidade dos atos do Poder Público viola o princípio do direito fundamental à efetivação da Constituição, pois impede a aplicação da supremacia da Constituição<sup>701</sup>.

O direito fundamental à efetivação da Constituição “consiste no fundamental direito que todos têm de ver a Constituição observada em sua plenitude, ou melhor, efetivada e concretizada, a fim de que se possibilite, até mesmo, que outros direitos fundamentais se desenvolvam e se realizem”<sup>702</sup>.

Logo, esta jurisprudência defensiva da Suprema Corte<sup>703</sup>, pode consistir em requisito limitador à efetivação da cidadania<sup>704</sup>, acarretando em verdadeira desnaturação do controle abstrato de constitucionalidade<sup>705</sup>.

A adoção da tese da ausência de controle judicial é inaceitável no Estado Democrático de Direito, em total prejuízo ao princípio da prevalência da Constituição, viabilizando a prática dos abusos e desvios praticados no passado. Ato que afeta direitos fundamentais não é imune à sindicabilidade jurisdicional, sob pena de afronta ao princípio da supremacia da Constituição, ao Estado Democrático de Direito, à força normativa da Constituição, à violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao direito fundamental à efetivação da Constituição e ao § 3º do artigo 136 da Constituição<sup>706</sup>.

O acesso à cidadania corresponde no principal poder/dever do Estado Democrático de Direito, que ocorre pela efetivação dos direitos fundamentais<sup>707</sup>.

“O modelo concebido pelo constituinte de 1988 há de ser preservado ou se seria oportuno cogitar da própria reformulação desse modelo de ampla legitimação, com a supressão do direito de propor ação”<sup>708</sup>.

<sup>700</sup> KRIELE, Martín. **Introducción a la Teoría del Estado**: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 159 – 160; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Sistema Constitucional das Crises**, *op. cit.*, p. 188 – 189.

<sup>701</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Sistema Constitucional das Crises**, *op. cit.*, p. 189.

<sup>702</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 256.

<sup>703</sup> Informativo n. 307 do STF; ADI n. 2.652 – DF; ADI n. 2.656 – SP; ADI n. 1.096 – RS; ADI n. 1.519 – AL.

<sup>704</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 58; CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 29.

<sup>705</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, *op. cit.*, p. 197 – 199.

<sup>706</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Sistema Constitucional das Crises**, *op. cit.*, p. 245.

<sup>707</sup> SILVA, Juvêncio Borges(coord); LEHFELD, Lucas de Souza (coord). **Constituição, Cidadania e a Concretização dos Direitos Coletivos**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 17.

<sup>708</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, *op. cit.*, p. 197.

A necessidade de se comprovar a relação de pertinência entre o ato impugnado e as finalidades do órgão ou entidade, por parte dos legitimados especiais, pode consagrar, uma imposição, algumas vezes até mais rígida, que a “necessária para admissão de processos subjetivos de legitimação extraordinária (substituição processual)”<sup>709</sup>.

A restrição ocasionada pela pertinência temática não se compatibiliza com a natureza objetiva da fiscalização abstrata de normas, pois cria uma infundada diferenciação, sem previsão expressa na Constituição Federal, entre os legitimados universais e especiais<sup>710</sup>.

“A fixação de tal exigência parece ser defesa até mesmo ao legislador ordinário federal, no uso de sua competência específica”<sup>711</sup>.

Uma comparação faz-se necessária: no Mandado de Segurança Coletivo não exige-se uma relação de pertinência entre o ato impugnado e as finalidades do impetrante, é cabível o questionamento sobre a necessidade da pertinência temática em um processo de natureza objetiva<sup>712</sup>.

“Se a diretriz da nova Constituição foi a abertura do acesso ao processo de controle abstrato de constitucionalidade, não se poderiam estabelecer freios que a contrariassem por meio de jurisprudência restritiva”<sup>713</sup>.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.691, ajuizada pela Associação Nacional dos Procurados do Trabalho (ANTP) e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) contra os artigos 5º, *caput*, parágrafo único, e 18, da Lei nº 11.442 de 2007, que dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas, o plenário do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto da ministra Rosa Weber, flexibilizou o requisito jurisprudencial<sup>714</sup> da pertinência temática para a proposição de ações de controle de constitucionalidade, prevalecendo a tese de que a pertinência temática poderia ser indireta.

Nesse caso, o entendimento foi de que as associações possuem legitimidade para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois seus associados são diretamente afetados pela norma impugnada em virtude dos inúmeros questionamentos na Justiça do Trabalho sobre vínculo de emprego de motoristas de caminhão, que diz respeito ao alcance da competência daquele ramo do Judiciário.

---

<sup>709</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 372.

<sup>710</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, *op. cit.*, p. 196 – 197.

<sup>711</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 196.

<sup>712</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 372.

<sup>713</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 369.

<sup>714</sup> Conforme a ADI nº 1.407 MC e a ADPF nº 144, a despeito da ausência de amparo constitucional ou legal que justifique tal exigência, o requisito da pertinência temática é necessário sob pena de se ampliar excessivamente o número de ações constitucionais ajuizadas no Pretório Excelso.

Em sentido contrário, ficaram vencidos os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso, Celso de Mello, Marco Aurélio Mello e Luiz Edson Fachin, que compreenderam pela ausência da legitimidade das entidades de classe, em razão da falta de pertinência temática<sup>715</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes, nesse julgamento, manifestou-se pela supressão da pertinência temática, por entender se tratar de um requisito jurisprudencial da Suprema Corte, enquanto outros Ministros, como Luís Roberto Barroso, a reafirmaram, sob pena de se possibilitar um acesso praticamente irrestrito ao Pretório Excelso.

Juliano Taveira Bernardes explica que a consagração da pertinência temática importa na subjetivação do processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que:

Por mais que se queira atribuir ao requisito da pertinência temática um caráter objetivo, a íntima relação que mantem com os “interesses” específicos dos legitimados discriminados termina, muitas vezes, por conduzir o STF à análise de autêntica presença de interesse “subjetivo” da unidade federativa à qual pertence o governador da assembleia legislativa<sup>716</sup>.

Segundo Gilmar Mendes<sup>717</sup>, além de não encontrar-se expressa no texto constitucional, a relação de pertinência, por corresponder bastante ao estabelecimento de uma condição da ação, pode ser análoga ao interesse de agir.

A pertinência temática, encarada como interesse de agir, altera a natureza do sistema de controle, trazendo instituto do processo subjetivo para o processo objetivo, os quais são inconfundíveis.

Contudo, essa importação não é adequada cientificamente, já que ambos possuem regimes jurídicos próprios<sup>718</sup>.

Além disso, o ato de associar a relação de pertinência à definição de uma condição da ação, similar ao interesse de agir do processo subjetivo, corresponde a uma técnica que não decorre da Carta Constitucional de 1988, sendo, dessa forma, estranha à natureza do processo objetivo<sup>719</sup>.

---

<sup>715</sup> Para os Ministros, a legitimidade para propor ações de controle depende da ligação do tema em discussão com as finalidades do autor.

<sup>716</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, *op. cit.*, p. 370 – 371.

<sup>717</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 196.

<sup>718</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 328.

<sup>719</sup> ADI nº 1.507/RJ; ADI nº 1.519/AL; ADI nº 1.096/RS; ADI nº 4.302/MS; ADI nº 1.151/MG; ADI nº 1.464/RJ; ADI nº 1.123/DF; ADI nº 5.061/DF; ADI nº 4.066/DF; ADI nº 5.550/DF; ADI nº 1.157/DF.

O nosso controle abstrato de normas é um processo objetivo, sem contraditório, marcado pela impessoalidade, não sendo pertinente falar-se num interesse jurídico subjetivo específico do autor. É incabível criar-se uma condição da ação, natural do processo comum, tanto mais quando a Carta Magna elencou os órgãos e pessoas legitimados para o controle direto, sem mencionar qualquer restrição ao direito de propositura conferida aos mesmos. Tais entes legitimados funcionam, antes, como defensores abstratos, advogados da Constituição<sup>720</sup>.

O controle abstrato de constitucionalidade corresponde a um processo de natureza objetiva, que visa a tutelar a ordem constitucional, não estando vinculado a qualquer situação jurídica de caráter individual ou concreto<sup>721</sup>.

Nesse procedimento não há partes, e, em tese, inexistente uma lide, não havendo, conseqüentemente, a observância ao princípio do contraditório pois no controle normativo abstrato, os interesses processuais são exclusivamente objetivos, não sendo admitida qualquer titularidade desses<sup>722</sup>.

“O objetivo é a certificação, manutenção e a ratificação da supremacia constitucional contra todos os comportamentos, normativos ou não, que dela se desviem”<sup>723</sup>.

Não se mostra conveniente o emprego de normas subjetivas a um processo objetivo, pois ocasionaria na utilização de normas processuais impertinentes e, conseqüentemente, impróprias<sup>724</sup>.

Em razão da objetividade do controle abstrato, observa-se o emprego o princípio do interesse objetivamente considerado nesse procedimento.

Esse princípio explica que, no processo abstrato, os interesses processuais são objetivos por não permitirem titularidade processual<sup>725</sup>. Assim, não se mostra possível verificar qualquer prejuízo a um indivíduo determinado ou a uma coletividade (in)determinada<sup>726</sup>.

Em virtude da especificidade e da conseqüente independência do processo objetivo das normas processuais subjetivas, constata-se a existência da autonomia científica do controle abstrato de constitucionalidade<sup>727</sup>.

Esse é o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>728</sup>, asseverando que a autonomia científica do controle abstrato se justifica pela ciência atomista ou

<sup>720</sup> VELOSO, Zeno, *op. cit.*, p. 75.

<sup>721</sup> VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 82.

<sup>722</sup> VELOSO, Zeno *op. cit.*, p. 75.

<sup>723</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**, *op. cit.*, p. 393.

<sup>724</sup> Constituição Federal de 1988 e Lei nº 9.868/99.

<sup>725</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 381.

<sup>726</sup> *Id.*, *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>727</sup> CANAS, Vitalino, *op. cit.*, p. 87.

mecanicista do processo objetivo<sup>729</sup>, já que esse procedimento é regido por regras e princípios próprios, que não são fungíveis com os dos processos jurisdicionais subjetivos.

Em suma, em razão do caráter objetivo, e em decorrência da especificidade e do elevado número de peculiaridades do controle abstrato de constitucionalidade, é possível concluir que esse procedimento é dotado de autonomia científica.

Com relação à pertinência temática, sua ausência afeta a legitimidade do autor, não existindo qualquer relação desta com o interesse processual ou de agir. Este, caso o intérprete admita seu acolhimento no processo objetivo, estará presente em qualquer caso, seja na ação proposta e inexistente a pertinência temática, seja na ação com objeto idêntico ao da anterior, proposta por um legitimado universal (que não necessita demonstrar a pertinência temática).

É “certo que o interesse de agir está associado à utilidade do provimento jurisdicional reclamado. Porém, a falta de pertinência temática jamais excluirá o interesse de agir de alguém que tenha sido definido como detentor de legitimidade”<sup>730</sup>.

Estando o legitimado obrigado à demonstrar a relação de pertinência entre suas finalidades institucionais com a norma impugnada, há um aprofundamento das exigências definidas para a configuração da legitimidade<sup>731</sup>.

Levando em consideração que no controle concentrado de constitucionalidade não há um litígio concreto entre partes, ou seja, observando que a discussão é em tese, perde o sentido exigir que o proponente da ação demonstre interesse de agir, uma vez que, no caso, os interessados são todos aqueles regidos pela Constituição Federal<sup>732</sup>.

Ora, considerada a hipótese em que propostas duas ações com o mesmo objeto, mas por legitimados diferentes (um universal e um especial), a diferença entre elas dirá respeito, única e exclusivamente, à legitimação para agir, não ao interesse processual.

Com a devida vênia, e em conformidade com a doutrina<sup>733</sup>, entende-se que o requisito da pertinência temática, a ser exigida dos legitimados ativos do artigo 103, incisos

<sup>728</sup> ADI nº 1.814/DF; ADI nº 1.797/PE; ADI nº 2.130/SC; STF – ARE nº 827511/PR; STF – ARE: 827511/PR, rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 21/10/2014; ADI nº 2.422/DF, rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 10/05/2012; ADI nº 1.254/RJ, rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 14/08/1996; ADI nº 3.345/DF, rel. Min. Celso de Mello, data de julgamento: 25/08/2005.

<sup>729</sup> BERTALANFFY, Ludwig von, *op. cit.*, p. 54 – 55.

<sup>730</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 993 – 994.

<sup>731</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 994.

<sup>732</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Niterói: Impetus, 2010. p. 179.

<sup>733</sup> VELOSO, Zeno, *op. cit.*, p. 75; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, *op. cit.*, p. 328; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 993; AGRA, Walber de

IV, V e IX, da Constituição Federal de 1988, está diretamente relacionado à legitimidade das partes, pois além da obrigação do sujeito da ação em ter relação direta com os seus objetivos institucionais com a norma impugnada, ao promover a demanda, compreende o Supremo Tribunal Federal<sup>734</sup> que a relação da pertinência consiste em condição objetiva qualificadora da própria legitimidade ativa *ad causam* do autor da ação.

---

Moura, *op. cit.*, p. 89; VAINER, Bruno Zilberman, *op. cit.*, p. 208; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, *op. cit.*, p. 59 – 60; STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 319; BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, *op. cit.*, p. 371 – 373.

<sup>734</sup> ADI nº 1.507/RJ; ADI nº 1.519/AL; ADI nº 1.096/RS; ADI nº 4.302/MS; ADI nº 1.151/MG; ADI nº 1.464/RJ; ADI nº 1.123/DF; ADI nº 5.061/DF; ADI nº 4.066/DF; ADI nº 5.550/DF; ADI nº 1.157/DF.

## 5. CONCLUSÃO

A pertinência temática, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, corresponde na imprescindibilidade de comprovação da relação de pertinência entre o objeto da ação e os interesses institucionais pelas autoridades legitimadas no artigo 103, incisos IV, V e IX, da Constituição Federal de 1988, para o ingresso de ação do controle abstrato de constitucionalidade.

Extrai-se este precedente dos seguintes julgados da Suprema Corte: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.652/DF; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.656/SP; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.096/RS; e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.519/AL.

O controle abstrato de constitucionalidade corresponde a um processo de natureza objetiva, que tem por finalidade a defesa da ordem constitucional, não estando vinculado a qualquer situação jurídica de caráter individual ou concreto.

Nesse procedimento não há partes, e, em tese, inexistente uma lide. Não há a observância ao princípio do contraditório.

Na fiscalização abstrata de constitucionalidade, os interesses processuais são exclusivamente objetivos, não sendo permitido qualquer titularidade desses.

Em razão da objetividade do controle abstrato, observa-se o emprego o princípio do interesse objetivamente considerado nesse procedimento.

Este princípio explica que, no processo abstrato, os interesses processuais são objetivos por não permitirem titularidade processual. Não se mostra possível verificar qualquer prejuízo a um indivíduo determinado ou a uma coletividade (in)determinada.

Posto a especificidade e a conseqüente independência do processo objetivo das normas processuais subjetivas, constata-se a existência da autonomia científica da fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Esse é o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o julgado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.254/RJ, nº 3.345/DF e nº 2.422/DF.

Segundo o Pretório Excelso, nos referidos julgados, a autonomia científica do controle abstrato se justifica pela ciência atomista ou mecanicista do processo objetivo, já que esse procedimento é regido por regras e princípios próprios, que não são fungíveis com os dos processos jurisdicionais subjetivos.

Em razão do caráter objetivo, e em decorrência da especificidade e do elevado número de peculiaridades do controle abstrato de constitucionalidade, é possível concluir que esse procedimento é dotado de autonomia científica.

Portanto, com a devida vênia, discordamos do entendimento de que a pertinência temática é sucedâneo do interesse de agir no processo objetivo, pois estaríamos cometendo grave equívoco ao relacionar a natureza jurídica da pertinência temática como interesse processual ou de agir.

Esta relação alteraria a essência do sistema deste controle, trazendo instituto do processo subjetivo para o processo objetivo, os quais são inconfundíveis, sendo que esta importação não se encontra respaldo científico, já que ambos possuem regimes jurídicos próprios.

Não se mostra conveniente o emprego de normas subjetivas ao processo objetivo, pois ocasionaria na utilização de normas processuais impertinentes e, conseqüentemente, impróprias.

O interesse de agir, no processo objetivo do controle abstrato de constitucionalidade, decorre da própria Carta Magna de 1988, a qual arrolou, em seu artigo 103, os legitimados para deflagrar a análise objetiva da compatibilidade vertical (formal ou material) da lei ou ato normativo, garantindo-se a supremacia constitucional, independentemente da discussão acerca do interesse analisado casuisticamente pela Corte Maior.

A ausência de pertinência temática afeta a legitimidade do autor, não existindo qualquer relação dessa com o interesse de agir. Esse, caso o intérprete admita seu acolhimento no processo objetivo, estará presente em qualquer caso, seja na ação proposta e inexistente a pertinência temática, seja na ação com objeto idêntico ao da anterior, proposta por um legitimado universal.

Este é o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o julgado nas Ações Direitas de Inconstitucionalidade nº 1.123/DF, nº 4.493/PR, nº 1.507/RJ, nº 4.302/MS, nº 4.066/DF, nº 1.519/AL, nº 1.157/DF, nº 1.123/DF e nº 1.096/RS. Segundo o Pretório Excelso, nestes julgados, o vínculo da pertinência temática corresponde a condição objetiva qualificadora da própria legitimidade ativa *ad causam* do Autor, nas hipóteses do artigo 103, incisos IV, V e IX, da Constituição Federal de 1988.

Há a necessidade de comprovação da correlação direta entre o objeto do pedido na declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais do legitimado por estes legitimados no ingresso de ação do controle abstrato.

A natureza jurídica da pertinência temática está na legitimidade, não existindo qualquer relação desta com o interesse processual ou de agir, pois o ato de associar a relação de pertinência à definição de uma condição da ação, similar ao interesse de agir do processo subjetivo, corresponde a uma técnica que não decorre Constituição Federal de 1988, sendo, dessa forma, estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas, qual seja, de processo objetivo.

Ademais, a imposição da pertinência temática, como jurisprudência restritiva da Suprema Corte, para o ingresso de ação do controle abstrato de constitucionalidade, pelos legitimados especiais, caracteriza uma atuação ativista.

O ativismo judicial consiste na intervenção do Poder Judiciário em questões que não são de sua competência típica, mas sim dos Poderes Legislativo ou Executivo, mediante a uma construção jurisprudencial para a prestação jurisdicional em consequência da omissão legislativa ou executiva.

Esta atuação atípica e ativista acarreta em uma verdadeira performance inoperante da função jurisdicional do Estado para a defesa de direitos coletivos e efetivação da cidadania.

A atuação jurisprudencial ativista do Pretório Excelso, em decorrência da omissão legal, distanciando-se de critérios hermenêuticos, infringe o postulado básico de Estado Democrático de Direito.

Há, nessa hipótese, um grande afastamento da participação social no processo deliberativo do Poder Judiciário, em contrapartida da participação dos cidadãos no processo político democrático através da democracia representativa.

A participação do *amicus curiae*, a realização de audiências públicas e a maior difusão do rol de legitimados ativos para as ações diretas, sem a imprescindibilidade de comprovação da pertinência temática, poderia assegurar uma ampla participação democrática, pela sociedade, no controle constitucional das leis e atos normativos.

O controle abstrato da constitucionalidade, como instrumento para a tutela de direitos coletivos, configura um procedimento extremamente relevante para a garantia da rigidez e supremacia constitucional, tal como para a efetividade da democracia participativa.

A determinação da comprovação da pertinência temática, pela jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal, acarreta em certa quebra na democracia participativa, pois obstaculiza o ingresso da ação de fiscalização abstrata de constitucionalidade por esses representantes.

Além disso, a imposição da pertinência temática caracteriza ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da

Constituição Federal de 1988, uma vez que, além da previsão do rol taxativo do artigo 103, da Carta Magna de 1988, para ingresso com ação do controle abstrato de constitucionalidade, a pertinência temática dificulta, aos legitimados especiais, a propositura de ações neste procedimento, prejudicando a eficácia da tutela jurisdicional coletiva e a imprescindível proteção da cidadania.

Com a devida vênia, entende-se que este obstáculo ou entrave ao exame judicial, por consequência de lesão ou ameaça a direitos, é inconstitucional, por violar a norma constitucional expressa no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um Novo Ramo do Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARAGÓN, Manuel. **Constitución, Democracia y Control**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**. Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.
- BEBER, Augusto Carlos de Menezes; BUFFON, Marciano. A Modulação dos Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade na Jurisdição Brasileira: da teoria da nulidade da norma ao paradigma orientador no controle de constitucionalidade. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto/SP, a. XXIII, v. 27, n. 3, p. 108 – 126, Set./Dez. 2018.
- BERNARDES, Juliano Taveira. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADInO). Ações Constitucionais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvm, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. Tradução de Francisco M. Guimarães. 8. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2015.
- BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. 5. ed. St. Paul: West Group, 1983.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de Inconstitucionalidade pelo Árbitro: Vedação ou Dever. **Revista de Processo**, v. 274, p. 543 – 578, dez. 2017.

BUCCI, Eduardo Sandalla. **A Análise do Controle de Constitucionalidade de Omissões Legislativas pelo Supremo Tribunal Federal na Constituição Federal de 1988**. 2016. 173 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2016.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. v. 1. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1986.

CALCINI, Fábio Pallaretti. **Limites ao Poder de Reforma da Constituição: o embate entre as gerações**. Campinas: Millennium Editora, 2009.

CANAS, Vitalino. **Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases Científicas para um Renovado Direito Processual**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual do Controle da Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 10, ago. 2015. p. 1043 – 1066.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionali e “Giusto Processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 90, p. 95 – 150, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni Sul Processo Civile**. 4.ed. v. I. Bologna: Il Mulino, 2006.

COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

COSTA, José Manuel Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

COSTA NETO, João Ribeiro. A abertura procedimental da jurisdição constitucional exercida pelos órgãos de cúpula: breves notas sobre Alemanha, Brasil e EUA. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=91087>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

\_\_\_\_\_. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

D'AMICO, Marilisa. **Parti e Processo nella Giustizia Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli, 1991.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2014.

DELLORE, Luiz. **Estudos sobre a Coisa Julgada e o Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOMÍNGUEZ, Elvito Rodríguez. **Derecho Procesal Constitucional**. Lima: Grijley, 2006.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e Estabilidade Constitucional: Estudo da Organização Constitucional Brasileira**. 2009. 284 f. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2009.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O Controle Abstrato de Constitucionalidade sob o Enfoque dos Princípios Processuais**. 2010. 241 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014. 149 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (coord.). **Constituição Federal: 30 anos**. Ribeirão Preto/SP: Migalhas, 2018.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

\_\_\_\_\_. **Sistema Constitucional das Crises: restrições a direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2009.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; BORGES, Daniela Meca. A Limitação Territorial da Coisa Julgada como Óbice ao Acesso à Justiça. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 16, n. 23, p. 160 – 183, Jul./Dez. 2018.

GERAIRGE NETO, Zaiden. **O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos: vínculos y autonomías**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195 – 1263, 2009.

GULART, Vyviany Viana Nascimento de Azevedo. **A Compatibilidade da Eficácia Ex Nunc e da Eficácia Diferida das Decisões em Controle Abstrato de Constitucionalidade com o Direito Constitucional Brasileiro**. 2003. 132 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Pernambuco – UFPE, Brasília, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HALL, Kermit L. (Ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. New York: Oxford University Press, 1992.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUNOY, Joan Picó I. **Las Garantías Constitucionales del Proceso**. Barcelona: Jose María Bosch Editor, 1997.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441 – 1477, 2004.

KRIELE, Martin. **Introducción a la Teoría del Estado**: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático. Buenos Aires: Depalma, 1980.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Niterói: Impetus, 2010.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Processo Civil e Direitos Fundamentais. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto/SP, a. XX, v. 24, n. 2, p. 57 – 70, Jul./Dez. 2015.

LUNARDI, Soraya. **Teoria do Processo Constitucional**: Análise de sua Autonomia, Natureza e Elementos. São Paulo: Atlas, 2013.

LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho e Constitución**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986.

MACHADO NETO, A. L. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e Legitimação para Agir. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARIA, Regina; MACEDO, Nery Ferrari. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARSHALL, William P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Chapel Hill, n. 73, p. 101 – 140, 2002.

MARTIGNAGO, Gisella. **Controle de Constitucionalidade e o Ativismo Judicial**. 2009. 115 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, São Paulo, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (cords.). **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Ação Declaratória de Constitucionalidade: a Inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993**. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MERRIAM-WEBSTER. **Merriam-Webster's Dictionary of Law**. Massachusetts: Merriam-Webster, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MOHÍNO, Juan Carlos Bayón. **Derechos, Democracia y Constitución**. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

MONTESANO, Luigi. **La Garanzia Costituzionale del Contraddittorio e i Giudizi Civili di "Terza Via"**. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, v. 55, n. 4, p. 929 – 947, out. 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Amorin Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

PÉREZ, Jesús González. **Derecho Procesal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1980.

\_\_\_\_\_. **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989.

PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts: Law or Politics?** New York/Oxford: Oxford University Press, 1994.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. **Efeitos Processuais no Controle Judicial de Constitucionalidade**. 2009. 354 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2009.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

POLLETI, Ronaldo. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROGEIRO, Nuno. **A Lei Fundamental da Republica Federativa da Alemanha**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ROMANO, Rodrigo Ribeiro. **A Atuação do Legitimado Ativo no Controle Abstrato de Constitucionalidade: Critérios Procedimentalistas para a Propositura da Ação no Contexto de Lutas por Reconhecimento**. 2016. 231 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. **Lineamenti de Giustizia Costituzionale**. 3. ed. Torino: G. Giappicchelli Editore, 2004.

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

SANDULLI, Aldo M. Funzioni Pubbliche Neutrali e Giurisdizione. In: GABRIELLE, Pescatore et al. **Studi in Onore di Antonio Segni**. v. 4. Milano: Giuffrè, 1967.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. São Paulo: Atlas, 2001.

SCALABRIN, Felipe; SANTANA, Gustavo. **Lições de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade: De acordo com a Emenda Constitucional nº 96/2017.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, José Afonso da. Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, edição especial em comemoração dos 10 anos da Constituição Federal, set. 1998.

SILVA, Juvêncio Borges (coord); LEHFELD, Lucas de Souza (coord). **Constituição, Cidadania e a Concretização dos Direitos Coletivos.** Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Oscar Joseph Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STF. **Estatísticas do STF.** Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=CC\\_Geral](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=CC_Geral)>. Acesso em: 24 de ago. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Processo "objetivo" como processo aberto ao concreto. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 13-31, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49901>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Justiça Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99.** São Paulo: Saraiva, 2001.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law.** 3. ed. v. 1. New York: New York Foundation Press, 2000.

TRINDADE, André Karam. O Ativismo Judicial à Brasileira e a Questão Penitenciária no Rio Grande do Sul. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 32, n. 1, p. 203 – 228, jan./jun. 2016.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Ativismo Judicial na Débacle do Sistema Político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 11, n. 2, p. 751 – 772, 2016.

ULLA, Juan Manuel López. **Orígenes Constitucionales del Control Judicial de las Leyes**. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

VAINER, Bruno Zilberman. **A Pertinência Temática e o Controle Concentrado de Constitucionalidade**: o Interesse de Agir à Luz do Papel do Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição. 2009. 311 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, São Paulo, 2009.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WALDRON, Jeremy. A Right-based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 1, p. 18-51, 1993.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e de Não Fazer. In: TEIXEIRA, Min. Sálvio Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139 – 1216, 2002.

ZANDONA, Sérgio Henriques; CAMPOS, Felipe Almeida. A Crise do Sistema Representativo na Tutela Processual Coletiva Brasileira. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto/SP, a. XXIV, v. 28, n. 1, p. 57 – 81, Jan./Abr. 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.