

da Fonseca. **Procedimentos Cautelares e Especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

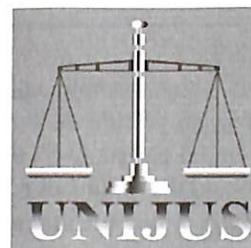
THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo de Execução e Cumprimento de sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso Avançado de Processo Civil V.1**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela coletiva de Direitos. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.



LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Mara Olinda de Queiroz¹

RESUMO:

O controle de constitucionalidade estabelecido pelas constituições brasileiras a partir da Constituição de 1891 tem hoje um papel fundamental na concretização do Estado Democrático Social de Direito. Notadamente, o reconhecimento da supremacia da Constituição e a força vinculante das decisões acerca da constitucionalidade das normas em relação aos Poderes Públicos fizeram com que o princípio da força normativa da Constituição se tornasse relevante e se materializasse na sua vertente mais visível: o controle de constitucionalidade. Nesse contexto, singular importância toma o controle jurisdicional de constitucionalidade, tendo o direito brasileiro adotado um sistema misto, difuso e concentrado, em que pese maior ênfase ao controle concentrado, permitindo com que, praticamente, todas as controvérsias sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante o processo de controle abstrato de normas. Todo esse mecanismo visa, precipuamente, a resguardar o cidadão nos seus direitos e garantias fundamentais, em busca da realização de uma sociedade mais digna e mais justa.

Palavras-chave: Constituição. Controle de constitucionalidade. Princípio da Força Normativa da Constituição. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. O STF e o Controle de Constitucionalidade – 3. ADI e ADC pela Lei n. 9.868/99 – 4. ADPF pela Lei n. 9.882/99 – 4.1 Repensando a ADPF – 5. O Efeito Vinculante do Controle Abstrato de Constitucionalidade – 6. A repercussão das decisões (outras) do STF – 7. Conclusão – 8. Abstract – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo não somente discutir o sistema de controle de constitucionalidade vigente; mais do que isso, visa lançar a discussão acerca da repercussão das decisões do Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico pátrio. Iniciemos com o advento da constituição vigente, salientando as alterações mais significativas.

A Constituição de 1988, elaborada pela Assembléia Constituinte convocada pela EC 26, de 27.11.1985, trouxe quatro significativas novidades no sistema de controle de constitucionalidade: (1) ampliação significativa dos legitimados para a propositura da representação de inconstitucionalidade, quebrando o monopólio do Procurador-Geral da República; (2) a possibilidade de controle de constitucionalidade das omissões legislativas; (3) os Estados passaram a instituir a representação de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual; (4) a criação da arguição de descumprimento de preceito fun-

¹ Advogada. Administradora de empresa. Pós-graduada em Engenharia Econômica pela Estácio de Sá/RJ. História do Brasil, Direito Processual Civil, e Direito Ambiental pela UNIPAM/Patos de Minas. Gestão e Manejo Ambiental pela UFLA. Direito Constitucional pela LFG/UNISUL/IDP. E, atualmente, cursando Ciências Penais pela LFG/UNIDERP. E-mail: maraolindaqueiroz@hotmail.com.

damental – ADPF, nos termos do parágrafo único do artigo 102, atual § 1º (hoje disciplinada pela Lei n. 9.882/99). Para melhor atender à proposta do presente trabalho, no sentido de dar ênfase ao controle de constitucionalidade vigente, separamos o trabalho em 04 partes: **O STF e o Controle de Constitucionalidade; ADI e ADC pela Lei n. 9.868/99; ADPF pela Lei n. 9.882/99; o efeito vinculante do controle abstrato de constitucionalidade e, por último, a repercussão das decisões (outras) do STF.**

2. O STF E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição de 1988 aperfeiçoou o sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade – combinação do modelo difuso-incidental com o concentrado-principal. Nesse sentido, a jurisdição foi ampliada, tanto a jurisdição constitucional propriamente dita – controle de constitucionalidade –, quanto a jurisdição constitucional das liberdades. O controle de constitucionalidade foi ampliado mediante a criação de novos instrumentos de controle concentrado, da competência do Supremo Tribunal Federal. A nova ordem constitucional: (1) ampliou a legitimação ativa para a propositura da ação de constitucionalidade; (2) admitiu a instituição pelos Estados-membros de ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição para agir a um único órgão (art. 125, §2º); (3) instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) e o mandado de injunção (art. 102, I, “q”, quando de competência do STF); (4) exigiu a citação prévia do Advogado-Geral da União para defender o ato ou texto impugnado (art. 103, §3º), quando o STF apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo; (5) reclamou a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 1º).

Antes de passar ao sistema de controle constitucional vigente, propriamente dito, é fundamental asseverar que somente o denominado direito constitucional secundário – decorrente do poder constituinte derivado –, pode ser objeto de aferição de constitucionalidade. Desse modo, cumpre assegurar que as cláusulas pétreas, porquanto parte da produção originária, não podem ser invocadas para serem aferidas pelo sistema de constitucionalidade, uma vez que a Constituição as prevê como limites ou balizamentos ao Poder Constituinte derivado reformador. Nesse sentido, preleciona o eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso²:

A observação panorâmica das cláusulas pétreas consagradas nas Constituições dos países democráticos revela que, em geral, elas veiculam princípios fundamentais e, menos freqüentemente, regras que representam concretizações diretas desses princípios. Não se trata, portanto, de proibições pontuais, destinadas a conservar um determinado *status quo* e restringir caprichosamente a deliberação democrática.

O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é admissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional, quando esta contraria princípios imutáveis ou as cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, § 4º, da CF. Essa premissa também se aplica aos tratados e convenções internacionais quando dizem respeito a direitos humanos,

² BARROSO, Luís Roberto. Artigos Clássicos – Direito constitucional. *Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <http://www.google.com.br>. Acesso em 15/05/2009.

que, por força da Emenda Constitucional nº 45/04, passam a ser equiparados a emendas constitucionais. Nesse sentido, o entendimento do STF:

Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. O Poder Judiciário — fundado na supremacia da Constituição da República — dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. (ADI 1.480- MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01).

No que tange às medidas provisórias, a questão fica circunscrita relativamente à possibilidade de controle pelo Poder Judiciário acerca dos pressupostos de urgência e relevância. A respeito, decidiu o STF na ADI 525-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02/04/04:

A ocorrência dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias não estão de todo imunes ao controle jurisdicional, restrito, porém, aos casos de abuso manifesto, dado caráter discricionário do juízo político que envolve, confiado ao Poder Executivo, sob censura do Congresso Nacional.

Não se admite o controle de constitucionalidade em relação a atos de efeito concreto, uma vez que o controle concentrado deve ter densidade normativa. Com efeito, segundo o STF, leis de conteúdo concreto ou de destinatário predeterminado ou determinável não se submetem ao controle abstrato pela via das ações diretas, por impossibilidade jurídica do pedido³.

Em breve síntese, o controle jurisdicional de constitucionalidade, no Brasil, utiliza o método concentrado, o que imprime papel de destaque ao Supremo, sendo o método concentrado, de controle abstrato, em tese, através de ação direta, a ser julgada pelo STF, tendo por objeto leis e atos normativos federais e estaduais, em confronto com a Constituição Federal (CF, art. 102, I, “a”, primeira parte, c/c art. 103, incs. I a IX), que, nos Estados-membros compete aos Tribunais de Justiça, tendo por objeto leis e atos normativos estaduais e municipais, em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º). Complementa o sistema jurisdicional de constitucionalidade, o controle difuso, *incidenter tantum*, exercido por qualquer órgão, singular ou coletivo, do Poder Judiciário (CF, art. 102, III, “a”, “b” e “c”; art. 52, X).

Registre-se, outrossim, a representação interventiva, para efeito de intervenção federal nos Estados-membros via ação direta de inconstitucionalidade interventiva, quando da inobservância de princípios constitucionais sensíveis (CF, art. 34, VII). Deve-se observar, no entanto, que a ADI interventiva não é considerada no rol do controle abstrato de constitucionalidade.

Ciente de sua impossibilidade de atuar diretamente no controle de constitucionalidade sobre as leis e os atos normativos dos atuais 26 Estados e do Distrito Federal e mais de 5.500 municípios, resolveu o Supremo Tribunal Federal que o filtro ficaria com as Cortes estaduais, cabendo recurso extraordinário das decisões proferidas nas representações de inconstitucionalidade, o que não parece consentâneo com o seu caráter legislativo negativo e com o efeito devolutivo do recurso, como preleciona Nagib Slaibi Filho.⁴

³ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: Elementos Materiais e Princípios Processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 178.

⁴ SLAIBI Filho, Nagib. Artigos Clássicos – Direito Constitucional. *Breve história do controle de constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.google.com.br>. Acesso em 15/05/2009.

Antes de passar à apresentação dos mais importantes instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade, principal escopo deste estudo, por relevante, deve-se registrar que o próprio STF não está vinculado às suas próprias decisões, o que tampouco o desonera do dever institucional de coerência. No entanto, a exigência de coerência deve combinar com o dever de permitir a interpretação da Constituição em conformidade com a evolução da sociedade, como forma de adaptar a interpretação da Constituição às necessidades do mundo moderno. Nesse ponto, Juliano Taveira Bernardes⁵ preleciona: “o princípio da segurança jurídica recomenda que o precedente seja devidamente acompanhado de justificações adicionais”. Ou seja, a própria Corte, quando imprime evolução interpretativa de modo a alterar suas decisões, tem o dever de fazer justificativas adicionais como fase de superação de seus próprios precedentes. Nesse ponto, a mudança de orientação somente poderá ocorrer com *quorum* de votação mais elevado que o da maioria absoluta de seus membros.

3. ADI E ADC PELA LEI N. 9.868/99

É da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal exercer o controle concentrado voltado à Constituição Federal, como já mencionado. É importante ressaltar que o controle de constitucionalidade não se aplica às leis ou atos normativos anteriores à vigência da Constituição de 1988, sob cuja égide foi criado o controle normativo abstrato⁶.

Na ADI não há lide, nem partes conflitantes; o que se busca é resolver suposta inconstitucionalidade vertical, sempre em benefício da supremacia da Constituição. Insta ressaltar que os legitimados para promover a ação direta de inconstitucionalidade não são partes sob a ótica processual, mas, partes meramente formais, às quais incumbe o dever de arguir judicialmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo emanados do Poder Público. Nesse ponto, tem o STF determinado que esses atos normativos sejam contemporâneos ao parâmetro constitucional de controle, vedando-se o controle abstrato de constitucionalidade do direito pré-existente, segundo ensinamento do eminente doutrinador Dirley da Cunha Júnior⁷. Dessa forma, se o ato normativo ou lei objeto da propositura de ADI é anterior à Constituição de 1988, o instrumento de controle de constitucionalidade não chega a ser conhecido. Nesse caso, entende o STF que o exame versa sobre recepção ou não pela Carta Política vigente. E, estando o ato normativo ou lei já revogados, haverá carência por impossibilidade jurídica do pedido.

Cumpra, aqui, ressaltar que os atos e leis, em tese, objeto do exame de constitucionalidade pela via da ação direta são, de modo geral, todos aqueles previstos no artigo 59 da Constituição: emendas constitucionais, leis complementares e ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos (quando tiverem efeito externo) e resoluções legislativas (em geral, de efeito interno, que veiculam o regimento interno do Congresso e das Assembléias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal).

Dirley da Cunha Jr⁸, na obra mencionada, acrescenta ainda como objeto do controle abstrato de constitucionalidade: os tratados internacionais, os regulamentos autônomos ou in-

⁵ BERNARDES, Juliano Taveira. *Leituras complementares de direito constitucional: Controle de constitucionalidade*. Marcelo Novelino Camargo (org). Salvador: JusPodivm, 2007, p. 120.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁷ CUNHA Júnior, Dirley. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 3 ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 185.

⁸ CUNHA Júnior, Dirley. *Opus. cit.* p. 185/192.

dependentes que têm força de lei, os regimentos internos dos tribunais, as súmulas vinculantes (uma vez que se equiparam a lei em sentido material) e as leis orçamentárias com dispositivos abstratos e não de eficácia concreta..

Quanto aos contratos e convenções internacionais, vale abrir parênteses, porque relevante a questão. Na realidade, ensejam o controle de constitucionalidade aqui mencionado, uma vez haverem sido os contratos e convenções incorporados ao ordenamento doméstico, quando passam a ostentar, em regra, a condição de lei ordinária federal. Já os contratos e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos, após se submetem ao processo legislativo mencionado no § 3º do artigo 5º da Constituição, são alçados à condição de emenda constitucional, o que não os torna imunes ao controle abstrato de constitucionalidade.

A questão pontual acerca do controle concentrado abstrato de súmula vinculante, por relevante, cabe registro. Em que pese o entendimento do eminente constitucionalista Dirley da Cunha Júnior, em sentido afirmativo, com o advento da Lei n. 11.417/06 a questão se encontra pacificada, haja vista o entendimento isolado da Min. Ellen Gracie no sentido de cabimento, via ADI. Face à previsão expressa na mencionada lei federal, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo, fica suplantado qualquer entendimento em sentido diverso.

Na seqüência, é importante frisar que o processo de controle de constitucionalidade concentrado é um processo objetivo. Segundo a lição de Gilmar Ferreira Mendes⁹, o fato de diferentes órgãos e organizações sociais terem sido legitimados para a propositura de ADI e ADC, nos termos do artigo 103 da Constituição e da Lei n. 9.868/99, imprime caráter objetivo ao processo de controle abstrato das normas, bastando a invocação de interesse público de controle, prescindindo da necessidade de invocar lesão a direitos próprios ou alheios – o que leva a crer a existência de um critério político de conveniência.

A legitimação é restrita, em *numerus clausus*. A Constituição de 1988 trouxe um grande avanço quanto à legitimidade para promover a ADI, quebrando o monopólio do Procurador-Geral da República. Os legitimados são os elencados no rol do artigo 103 da CF/88, repetido pelo artigo 2º, da Lei nº 9.868/99, quais sejam: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Registre-se que o Governador do Distrito Federal e a Câmara Legislativa do Distrito Federal foram incluídos através da recente Emenda Constitucional nº 45/04.

Em que pese o entendimento de que há um número elevado de legitimados, a interpretação acerca desses legitimados é feita de forma rígida e restritiva. Nesse contexto, o Supremo criou o critério limitativo da “*pertinência temática*” em contraponto à legitimação ativa universal, de forma clara a reduzir o número elevado de demandas que surgiu inicialmente.

O controle concentrado de constitucionalidade via ações diretas volta-se exclusivamente a atos de natureza normativa ou norma legal. No caso da ADI, podem ser federais, estaduais e

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 132.

distritais, respeitada a Súmula 642 do STF. No caso da ADC, são leis ou atos normativos federais (art. 102, I, "a", segunda parte). É importante frisar que lei municipal não pode ser objeto de controle abstrato por meio de ADI e ADC em relação à Constituição Federal; no entanto, pode ser objeto de controle de constitucionalidade em relação à respectiva Constituição Estadual, sob o crivo dos Tribunais de Justiça. Entretanto, é oportuno frisar que, tais matérias – que chegavam ao Supremo pelo instrumento do recurso extraordinário –, podem, no momento atual, ascender ao STF na forma de ADPF. Ainda sobre as ações de controle de constitucionalidade, no que tange ao aspecto da abrangência que deve ser deferida à interpretação de atos normativos, preleciona Alexandre de Moraes ¹⁰:

Além das espécies normativas previstas no artigo 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo. Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários, deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo.

Nesse ponto, pode-se afirmar que a doutrina e jurisprudência entendem que os atos normativos oriundos de pessoas jurídicas de direito público criadas pela União, as medidas provisórias e os regimentos internos de tribunais são igualmente objeto do sistema de controle de constitucionalidade concentrado. Por último, resta assinalar que o controle de constitucionalidade de tratados e acordos internacionais pode se dar também pela via difusa ou incidental, além da via abstrata principal já mencionada, conforme entendimento expresso na ADI 1.480, de relatoria do Min. Celso de Mello:

Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. O Poder Judiciário — fundado na supremacia da Constituição da República — dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. (ADI 1.480- MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01).

Ao final desse sub-tópico, merece registro a decisão nas ADI's e nas ADC's. A Lei 9.868/99 acolheu a orientação de que devem estar presentes na sessão pelo menos oito ministros; devendo seis manifestarem no sentido da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da lei ou do ato impugnado (arts. 22 e 23).

Acentua o art. 24 da mesma lei, a natureza dúplice ou ambivalente da decisão acerca da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade, de forma que a improcedência da ação direta significa a procedência de eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, significa ser procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória. A Lei 9.868/99, no artigo 26, proclama a irrecorribilidade tanto na ADI quanto na ADC, uma vez que a decisão é proferida pelo Supremo. Fica, no entanto, a decisão definitiva sujeita apenas a embargos declaratórios, não podendo, da mesma forma, ser objeto de ação rescisória.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

4. ADPF PELA LEI N. 9.882/99

A nova ordem constitucional previu, ainda, a criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo único, atual § 1º); e, finalmente, alterou o recurso extraordinário, que passou a ter feição unicamente constitucional (art. 102, III). Sobre a matéria, preleciona Zeno Veloso¹¹ que a ADPF – Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação de inconstitucionalidade especial, cujo significado e alcance têm sido objeto de opiniões conflitantes entre os mais renomados doutrinadores. Possui semelhança, em grau mais elevado, com a ação de inconstitucionalidade por omissão. No entanto, não se trata de ausência de “medida para tornar efetiva norma constitucional”, mas de arguição para remediar desobediência de preceito fundamental decorrente da Constituição.

O instrumento da ADPF é voltado a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público, e que pode ser manejado quando relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, ainda que anteriores à constituição vigente. Portanto, a arguição pode ser preventiva quanto repressiva, autônoma ou incidental.

Tem-se em conta que o instituto vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas, serão objeto de exame no âmbito do novo procedimento, segundo ensinamento do Min. Gilmar Mendes.¹² Trata-se do princípio da subsidiariedade da ADPF, porque aplicada quando da inexistência de outro meio eficaz¹³. Nesse aspecto, deve-se salientar que o princípio da subsidiariedade, aqui mencionado, faz nascer a possibilidade de leis municipais – que infringem dispositivos constitucionais – chegarem ao Supremo na forma de ADPF, como foi mencionado.

Nos termos da Lei 9.882/99, podem propor a ADPF todos os legitimados já elencados para a ação direta de inconstitucionalidade. Quanto ao objeto, tem-se que seria o instrumento adequado para a solução de impasses político-jurídico em situações concretas; porquanto simples controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para instaurar o estado de incerteza a legitimar a propositura da ação¹⁴. Nesse sentido, o Supremo poderá conhecer da ADPF nos casos em que o princípio da segurança jurídica estiver ameaçado, ou quando for requisitado a emitir juízo sobre a relevância jurídica e o interesse público presentes na controvérsia constitucional. Essa leitura última pode encerrar os questionamentos em torno da aplicação do princípio do exaurimento das instâncias.

No tocante a súmula, ainda que não pacífica a matéria, há manifestações doutrinárias acenando para a possibilidade de um remédio supletivo, materializado na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Nesse sentido, o ensinamento de Lênio Luiz Streck:

¹¹ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. SP: Saraiva: 2008, p. 1157.

¹³ Ana Lúcia Porcionato, na Revista Jurídica UNIJUS n.14, maio de 2008, colaciona, com habilidade e elegância, relevantes ensinamentos de Gilmar Mendes sobre a importância superior da ADPF, haja vista que a eficácia erga omnes e o efeito vinculante da decisão fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idênticos, editados pelas milhares de entidades municipais. E, acrescenta: “a ADPF tem um valor ainda maior, quando se mostra como alternativa à competência das Cortes Estaduais, para julgar ações diretas de inconstitucionalidade, o que evitaria um número excessivo de recursos extraordinários no Supremo.”

¹⁴ Opus cit. p. 1151

Creio, de todo o modo, que essa questão, agora, pode ser solucionada através do artigo 4º da Lei nº 9.882/99, que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Assim, por entender que a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é, efetivamente, um remédio supletivo para os casos em que não caiba ação direta de inconstitucionalidade (ADI) ou ação declaratória de constitucionalidade, parece razoável afirmar que, na hipótese de não se verificar um meio apto a solver a controvérsia constitucional de forma ampla, geral e imediata há de se entender possível a utilização da ADPF, inclusive para declarar a inconstitucionalidade de uma Súmula...¹⁵

Verifica-se que o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental é dotado de grande flexibilidade, o que pode permitir o desenvolvimento de um leque de soluções criativas para a adequação do modelo jurídico-institucional às novas demandas inerentes ao progresso da sociedade brasileira moderna.

4.1 Repensando a ADPF

Nessa breve apresentação, verifica-se que o instituto da ADPF é uma garantia do processo-constitucional, porque tem por finalidade a conformação dos atos do Poder Público aos princípios e regras constitucionais considerados fundamentais, imprimindo proteção máxima a determinados preceitos. Daí, a denominação “preceitos”, o que significa de cunho fundamental.

Na doutrina é comum a referência a certo núcleo “duro” das constituições – merecedor de uma proteção mais intensa –, porque imprescindível ao ordenamento jurídico, sem ignorar, no entanto, a importância concedida a outras normas. Faz-se necessário delinear o contorno de “descumprimento”, que não se confunde com inconstitucionalidade. Esta apresenta um rigor estrito do Direito Constitucional pátrio, uma vez que se aplica somente às situações catalogadas pela Constituição e pelo Supremo Tribunal Federal e significa “desqualificar” lei ou ato normativo federal ou estadual. Por sua vez, o “descumprimento” carrega, em si, um contorno mais amplo que engloba a violação de norma constitucional por qualquer comportamento. Com essa acepção, a ADPF poderá impugnar tanto um ato normativo (padrão corrente do controle de constitucionalidade) quanto um ato não-normativo, como os atos administrativos e os atos concretos, desde que emanados pelo Poder Público (e não impugnáveis pela via da ação direta de inconstitucionalidade).

O artigo 1º, *caput* da Lei da ADPF é enfático: “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Nesse aspecto, tem-se que o instituto é autônomo, prescindindo do exaurimento de propositura incidental ou por derivação. Com esse foco, André Ramos Tavares¹⁶, ao contrário do que prega parte da doutrina, preleciona que essa modalidade de arguição possui suas especificidades e atende ao princípio da especialidade. Razão por que a ADPF se posta ao lado da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, cada uma com seu campo próprio e específico de

¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 513-514.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Leituras complementares de direito constitucional: Controle de constitucionalidade*. Marcelo Novelino Camargo (org). Salvador: JusPodivm, 2007, p.57/72.

incidência. Portanto, defende o doutrinador que não há falar em caráter subsidiário da ADPF, como falado alhures.

Melhor argumento bebe do entendimento de que a própria Constituição não oferece qualquer indicio que imprima caráter residual ou de subsidiariedade ao novo instituto. E, se assim fosse, ter-se-ia um posicionamento sem base constitucional. Dessa forma, tem-se que a ADPF visa a resguardar a integridade da ordem jurídico-constitucional, com feição eminentemente objetiva, com mecanismos que visem a estancar os efeitos ou a possibilidade de lesão a preceito fundamental. A força e extensão da ADPF – na medida em que o interesse público relevante ou a segurança jurídica exigem – constituem sua medida de eficácia. Cabe, ainda, a possibilidade de aplicação da ADPF para impugnar atos normativos, incluindo-se leis, editados anteriormente à promulgação da Constituição de 1988; bem como os atos normativos municipais e os decretos, denominados atos normativos “secundários”.

Para ilustrar: a ADPF 33-5 Pará, de 07/12/05, que julgou procedente, no mérito, o pedido de declaração de ilegitimidade de decreto anterior à Constituição de 1988 (sobre remuneração de pessoal de autarquia estatal vinculada a salário mínimo), a partir da entrada em vigor desta – deixando de manifestar sobre período de vigência do decreto sob a Constituição anterior, sob a orientação de que o controle abstrato de constitucionalidade serve tão somente à tutela da Constituição atual, não a anteriores. Igualmente importante: a ADPF 46, que tratou do monopólio dos correios, recepcionando lei anterior a 1988 (Lei n. 6538/78). No mérito, o STF julgou improcedente o pedido formulado pela Abraed – Associação Brasileira das Empresas de Distribuição, sob o argumento de que o serviço postal é serviço público, e a Constituição de 1988 não expressou de forma diversa – o que não ofende a livre iniciativa nem a livre concorrência.

Vale registrar a importância da ADPF 54 (ainda não julgada), que trata da anencefalia, ajuizada junto ao Supremo pela CNTS, em parceria com o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS. O instrumento constitucional está permitindo a interlocução do Supremo para o diálogo entre a comunidade científica e os particulares. O advogado Luís Roberto Barroso, autor da ação, declarou: “Qualquer sofrimento inútil e inevitável viola o princípio da dignidade da pessoa humana. A ação não visa debater o aborto e sim saber se o Estado tem o poder de obrigar uma mulher a manter a gestação do filho que ela não vai ter e, portanto, se é possível o Estado causar este sofrimento involuntário”. Também a ADPF 101, sobre a importação de pneus usados e remoldados, que discute o impacto ambiental com tal medida. Os exemplos, como se vê, são de suma relevância, o que imprime à ADPF caráter também principal e não subsidiário. Mas, registre-se, a questão enseja grande discussão e, ainda, não se encontra pacificada¹⁷.

5. O EFEITO VINCULANTE DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

A matéria é tema importantíssimo e atual, de tal modo que o presente trabalho se

¹⁷ Aflaton Castanheira Maluf, na Revista Jurídica UNIJUS n.15 novembro 2008, defende, com habilidade, alteração constitucional para inclusão dos municípios como legitimados para propor ADPF e ADI diretamente no STF, ao argumento, de que as Leis Orgânicas (verdadeiras constituições locais) somente alcançam o controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF, via ADPF e submetendo-se ao poder discricionário do Procurador-Geral da República. Tal argumento, ganha força à razão de que Leis Orgânicas também podem infringir dispositivo constitucional que não sejam preceitos fundamentais.

incumbe tão somente de apresentá-lo para trazer complementariedade ao presente estudo. A concessão de efeito vinculante em sede de controle abstrato foi instituída, inicialmente, pela EC 3/93, que acrescentou o § 2º ao artigo 102 da Constituição, nos seguintes termos:

§ 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.”

Entretanto, a referida Emenda só previa efeito vinculante à decisão de mérito, proferida em ADC. Com o julgamento da ADCMC 4/DF, o STF passou a entender que as decisões liminares da ADC também continham efeito vinculante. Posteriormente, as Leis 9.868/99 e 9.882/99 estenderam o efeito vinculante às decisões em ADI e também em ADPF. Surgiram duras críticas, trazendo à discussão a objeção doutrinária, ao argumento de que a lei ordinária não poderia trazer tal extensão, mas tão somente o constituinte derivado. Sem embargo, o STF reconheceu a constitucionalidade da extensão do efeito vinculante estabelecida pelo legislador ordinário. Hoje é incontroverso que o ordenamento jurídico pátrio confere efeito vinculante tanto às decisões finais quanto às cautelares em sede de ADI, ADC e ADPF, esta última com determinação infraconstitucional. Registre-se, por importante, que o indeferimento da medida cautelar pleiteada em ADC, em ADI (e por analogia, em ADPF) não gera efeito vinculante quanto à inconstitucionalidade. Por último, a EC 45/04 – que alterou novamente o § 2º do artigo 102 da Constituição – pôs um ponto final à discussão, alargando, como se esperava, o efeito vinculante às decisões finais proferidas no controle abstrato de constitucionalidade. *In verbis*:

“§ 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.”

Nesse ponto, cabe registrar, por relevante, que o efeito vinculante não alcança apenas o dispositivo da decisão. Não raro, o Supremo vem atribuindo vinculação também aos fundamentos, e os aplicando a outras ações, o que faz consagrar a **teoria da transcendência dos efeitos determinantes**. Na decisão final da Recl. 1.987/DF, o STF expressamente admitiu a possibilidade de se reconhecer a existência do fenômeno da “transcendência dos motivos que embasaram a decisão”, em processo de fiscalização abstrata de lei ou ato normativo, em decisão plenária do STF, uma vez que o efeito vinculante é parte integrante da própria *ratio decidendi*, fazendo com que a fundamentação deva ser projetada para além da parte dispositiva do julgamento.

A mencionada teoria é concebida no sentido de contribuir para a supremacia e desenvolvimento da ordem constitucional vigente. Contudo, registre-se que novos ventos trazem o entendimento no sentido de que o STF parece mudar de orientação, para rejeitar a eficácia dos motivos determinantes, como registrado pelo constitucionalista Dirley da Cunha Jr¹⁸.

Quanto à ADPF, cumpre registrar que o art. 10 da Lei 9.882/99 trata de modo particular

¹⁸ CUNHA Júnior, Dirley. Opus. cit. p. 197/199.

a decisão proferida, conferindo expressa eficácia contra todos e efeito vinculante, o que imprime repercussão mais ampla se comparada às decisões em sede de ADI e ADC.

E, para fechar a questão, é importante registrar que prevalece, no direito brasileiro, a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Daí, declarar que a decisão produz efeitos *ex-tunc*, retroagindo para fulminar de nulidade a norma ou ato impugnado, desde o nascedouro. Esse efeito, no entanto, vem sofrendo temperamentos pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Atualmente, o artigo 27 da Lei 9.868/99 permite ao STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, desde que o Supremo se pronuncie por maioria de dois terços dos seus membros, restringir os efeitos de suas decisões ou decidir que ela só terá eficácia a partir do trânsito em julgado (*ex-nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado. Nesse ponto, entende-se que foi concedido ao STF o poder de excepcionar a própria eficácia do efeito *erga omnes* em sede de controle concentrado-principal, limitando os efeitos de suas decisões, ou lhes emprestando efeitos constitutivos *ex-tunc* ou *pro futuro*, com o objetivo de adequá-los ou mitigá-los a excessiva rigidez, para que não infrinjam situações práticas da vida.

Vale, outrossim, por relevante, registrar que as decisões proferidas pelo Supremo devem respeito à coisa julgada, ainda que prolatadas com fundamento na lei ou ato normativo declarado inconstitucional. Destarte, pelo motivo que, no direito brasileiro, a decisão declaratória de inconstitucionalidade não afeta, automaticamente, a coisa julgada – que tem garantia constitucional.

6. REPERCUSSÃO DAS DECISÕES (OUTRAS) DO STF

Muitas pessoas se perguntam: afora o controle de constitucionalidade, como se opera no mundo jurídico as outras decisões do STF?

Buscando ilustrar essa questão, vamos lembrar algumas decisões do Supremo e buscar algumas repercussões possíveis. Começamos pelo HC 82424 do Rio Grande do Sul e HC 82.959-7.

O HC 82424/RS, julgado em 17/09/2003, cuidou da decisão do STF acerca da publicação de obra que fazia apologia ao anti-semitismo. Aplicando-se a interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, imprimiu-se real sentido e alcance da norma constitucional que unge o crime de racismo com a imprescritibilidade, para que fique verberado o repúdio e abjeção da sociedade nacional à sua prática. Nesse julgamento, o STF entendeu, por maioria, que no Brasil “racismo” significa crime contra o negro. O julgamento resgata a discussão acerca das garantias constitucionais que não se têm mais como absolutas, entre elas, a liberdade de expressão – de forma que as manifestações do pensamento não podem abrigar conteúdo imoral que impliquem ilícito penal. Há claros limites morais e jurídicos no exercício da ponderação dos valores fundamentais. Tal discussão, reforça que o Estado Democrático de Direito se consagra pela prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana; por isso, o nexó jurídico entre a imprescritibilidade, esse espaço de tempo que não encontra termo, e a memória da sociedade, triunfo da lembrança sobre o esquecimento – de forma a não se apagar da memória dos vivos e das gerações futuras os atos repulsivos que imprimiram ódio aos iguais.

Em outro recente julgado, fundamentado no artigo 5º, inciso LV da CF/88, em que um associado demanda o direito de se defender ante a sua expulsão da associação a que pertencia,

o STF se manifesta, claramente, pela necessidade do contraditório e ampla defesa também nas relações privadas. Nesse norte, perfilou a melhor doutrina pátria que tem defendido a aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa igualmente nas demandas que envolvem relações privadas, **como o mínimo contingencial para preservação dos direitos fundamentais** do cidadão demandado. Dessa forma, pode-se extrair do julgado, que a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer particular a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados originados do próprio texto constitucional – cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em sede das liberdades fundamentais dos envolvidos.

Registre-se, como sucedâneo, que dessa fonte bebe a Súmula Vinculante nº 14, publicada em 27/03/2009, que cuida da aplicação do devido processo legal ao processo penal, inclusive ao inquérito policial ou a toda persecução penal. Veja que se trata de uma situação impensável para o Código Penal de 1941, que blindou o inquérito policial de roupagem inquisitorial, sem partes, e o juiz com poderes únicos.

Observa-se, no relato dos julgados acima, que o Supremo tem se guiado, de forma clara, pelo princípio da ponderação, uma vez que as decisões, ainda que em sistema de controle concentrado, sofrem temperamento e têm repercussão não somente *inter partes*; mas, são recebidas efetivamente no mundo jurídico como algo pronto a produzir efeitos *erga omnes*, e não apenas com o esperado viés orientativo.

Acerca do histórico **HC 82.959-7**, de 23.02.2006, relatoria do Min. Marco Aurélio, que trata da progressão de regime após o cumprimento de 2/3 da pena nos crimes hediondos, por seis votos a cinco, após discussão profunda, o STF decidiu pela inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 (Lei de crimes hediondos). É muito importante frisar que o STF não concedeu a pretendida progressão de regime no caso concreto; mas, tão somente removeu o obstáculo legal que impedia a análise da progressão em crimes hediondos. Ou seja, dentro de um HC, proferiu-se um julgamento da lei em tese, proclamando sua inconstitucionalidade “*urbi et orbi*” (contra todos).

Do julgado do HC 82.959-7, fala-se da *abstrativização do controle difuso de constitucionalidade*, nas palavras do Professor Luiz Flávio Gomes, no momento em que a decisão do Supremo ultrapassa os efeitos *inter partes*, imprimindo efeito *erga omnes* acerca da mesma decisão, o que destoa da doutrina clássica. E, continua o ilustre professor Luiz Flávio Gomes:

Mas convém sublinhar que esse assunto está ganhando uma nova dimensão dentro do STF e é bem provável que chegaremos em breve à conclusão de que, em alguns casos, do controle difuso de constitucionalidade deve também emanar eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (o fenômeno já está recebendo o nome de controle difuso abstrativizado, consoante expressão de Fredie Didier Júnior – “Transformações do recurso extraordinário”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 104-121).

Dessa forma, pode-se falar em quebra da bipolaridade do sistema difuso e concentrado, como novos rumos do controle de constitucionalidade.

7. CONCLUSÃO

Trata-se de um breve histórico do controle da constitucionalidade e a conclusão ainda não merece ser escrita, pois continua o impressionante fluxo da realidade política e social sobre as normas jurídicas, como é natural ocorrer. Na Constituição de 1988, se o Supremo Tribunal Federal perdeu as atribuições de velar pela legislação federal – função transferida ao Superior Tribunal de Justiça –, ganhou o papel de destaque como guardião da Constituição e a competência exclusiva de exercer o controle concentrado de constitucionalidade. O que se pode ver, até agora, é que no Brasil, como em outros países, o controle da constitucionalidade das leis passou a ser matéria de grande importância sobre a qual se digladiam os interesses que movem a sociedade moderna, desconfiada aqui e alhures do positivismo jurídico e muito mais confiante nos valores que são indicados pela Constituição e pelas leis, mas que não se esgotam na letra fria do texto legal.

Passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, segundo comentários de Sudário de Pinho¹⁹, a doutrina reconhece que o texto constitucional consolidou-se, em grande mérito pelo papel desempenhado pelo Supremo, permitindo, mais eficazmente, o acesso ao Poder Judiciário, mais e novas possibilidades de controle de constitucionalidade, inclusive com o advento da ADPF, e o alargamento do rol dos legitimados. A teoria da transcendência dos efeitos vinculantes às razões decisórias determinantes sinaliza igualmente maturidade do constitucionalismo brasileiro.

Verifica-se que o controle de constitucionalidade difuso e concentrado, na Constituição de 1988, não se constitui em compartimentos estanques; mas, eles se entrelaçam. Tal sistematização se concretiza no fato de o STF acenar para a necessidade de divulgar decisões como o uso restrito de algemas – em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, como recentemente. Acrescente-se, nesse ponto, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas pela Corte em sede de controle abstrato de constitucionalidade, reforçados pelo temperamento dado pelo Supremo a essas mesmas decisões, o que demonstra, indubitavelmente, a busca pela segurança jurídica. Registre-se que tal atitude da Suprema Corte Brasileira prima pelo zelo de não se produzir decisões muito apartadas do cotidiano da sociedade; em outras palavras, o STF busca atender da melhor forma a necessidade de todos os segmentos da sociedade – como demonstração de evolução e maturidade do constitucionalismo brasileiro, bem como pela busca da institucionalização dos direitos fundamentais e pela eficácia da norma constitucional.

8. ABSTRACT:

Constitutional control established by Brazilian Constitutions since the Constitution of 1.891 has, nowadays, a fundamental role in making real Democratic Social Law State. The recognition of Constitutional supremacy and its entailing strength in relation to public branches (Executive, Legislative, Judiciary) was responsible for making the constitutional principle of “normative strength of Constitution” become relevant and visible, especially in constitutional control. In this context, singular importance is given to jurisdictional constitutional control due to the fact that Brazilian Law adopted three kinds of systems: diffuse or decentralized review, concentrated or centralized review

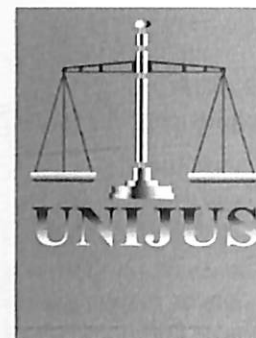
¹⁹ PINHO, Judicael Sudário de. Temas de direito constitucional e o Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Atlas, 2005.

and a mixture of both. However, it's given more emphasis to concentrated review, which permits that almost all controversies can be appreciated by the Supreme Federal Court through a procedure of abstract control of laws. All this mechanism has the main purpose of safeguarding the citizen in his fundamental rights, because it's searching for a real fair and honourable society.

Key words: Constitution. Constitutional Control. Constitutional principle of "normative strength of Constitution". Supreme Federal Court.

9. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Artigos Clássicos – Direito constitucional. **Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <http://www.google.com.br>. Acesso em 15/05/2009.
- BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: Elementos Materiais e Princípios Processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1.988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 5 out. 1.988.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 14 ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CUNHA Júnior, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 3 ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2008.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- NERY Júnior, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.
- PAULO, Vicente, ALEXANDRINO Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- PINHO, Judicael Sudário de. **Temas de direito constitucional: e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- SLAIBI Filho, Nagib. Artigos Clássicos – Direito constitucional. **Breve história do controle de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.google.com.br>. Acesso em 15/05/2009.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



OS LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE LEGISLAR: O PROCESSO LEGISLATIVO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Simone Silva Prudêncio¹

Resumo:

Este artigo tem como escopo comentar a atuação do Poder Legislativo brasileiro que, na esfera criminal, tem criado dificuldades à concretização dos direitos fundamentais, pela edição de leis penais e processuais penais violadoras de princípios e garantias constitucionais. O processo legislativo tem seu trâmite delineado pela Constituição Federal e seus limites fixados pelo princípio da proporcionalidade, que estabelece tanto a proibição do excesso, como da infraproteção. Entretanto, a legislação produzida nas últimas décadas demonstra adesão ao Movimento de Lei e Ordem e ao Direito Penal e Processual Penal do Inimigo, de tal sorte que aqueles parâmetros constitucionais deixaram de ser observados por muitas leis no ordenamento jurídico vigente.

Palavras-chave: Limites constitucionais. Processo Legislativo. Princípio da proporcionalidade. Proibição do excesso. Proibição da infraproteção.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Do Processo Legislativo no Estado Democrático de Direito – 2.1 Bases constitucionais do processo legislativo – da constitucionalidade formal e da técnica legislativa – 2.2 Da constitucionalidade material das leis – 2.3 Da omissão legislativa e suas consequências para o ordenamento jurídico – 3. Os limites constitucionais ao poder de legislar – 3.1 Noções gerais sobre o princípio da proporcionalidade – 3.2 O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios – 3.3 O princípio da proporcionalidade e a proibição do excesso – 3.4 O princípio da proporcionalidade e a proibição da infraproteção – 4. Conclusão – 5. Abstract – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O processo legislativo tem suas normas fixadas pela Carta Magna de 1988 e seu descumprimento gera inconstitucionalidade formal, por excesso do Poder Legislativo. Todavia, ainda que uma lei tenha sido elaborada à risca dos moldes legais, ela pode ser materialmente inconstitucional. Em outras palavras, o objeto da lei deve ser compatível com a Constituição Federal, tanto no aspecto formal, quanto no material.

Contudo, não é essa a realidade da produção legislativa brasileira, vez que muitas leis apresentam inconstitucionalidade. E, em razão da inobservância dos vetores do Estado Democrático de Direito, o verdadeiro acesso à justiça, não raro, permanece inalcançável, face às dificuldades práticas para concretizá-lo nas várias esferas do Direito, sobretudo na criminal.

Diante de tais acontecimentos, é imperiosa a reflexão sobre a importância da atuação

¹ Doutoranda em Processo Penal pela PUC-SP. Professora de Processo Penal da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: simoneprudencio@yahoo.com.br