

FÁBIO LUÍS BOSSLER

**Controle concentrado de constitucionalidade de atos da Administração
Pública: realidade, necessidade, proposta**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Doutor Alexandre de Moraes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2023

FÁBIO LUÍS BOSSLER

**Controle concentrado de constitucionalidade de atos da Administração
Pública: realidade, necessidade, proposta**

VERSÃO CORRIGIDA

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito do Estado (Direito Constitucional), sob orientação do Professor Associado Doutor Alexandre de Moraes.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, exclusivamente para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Bossier, Fábio Luís

Controle concentrado de constitucionalidade de atos da
Administração Pública: realidade, necessidade, proposta / Fábio Luís
Bossier: orientador Alexandre de Moraes -- São Paulo, 2023.

360 p.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito do
Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Controle de constitucionalidade. Atos administrativos.
Administração Pública. Características. Realidade. Necessidade. Proposta.
Jurimetria.

Nome: BOSSLER, Fábio Luís.

Título: Controle concentrado de constitucionalidade de atos da Administração Pública: realidade, necessidade, proposta

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Professor Associado Alexandre de Moraes.

Aprovado em: ___/___/___

Banca Examinadora

Professor _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

*A Pequena,
pelo amor incondicional.*

*A Nina,
minha alegria diária.*

*Ao Professor Alexandre de Moraes,
pela orientação, apoio e paciência.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha querida mãe Francelina e ao meu saudoso pai João,
por toda a educação que me proporcionaram.

Agradeço a minha noiva Natália,
pelo apoio, companheirismo, dedicação, amor e carinho.

Agradeço a minha tia Luzia,
por sempre sorrir.

Agradeço ao Eminentíssimo Magistrado Rodrigo Capez,
pelo inestimável apoio material, intelectual e, sobretudo, humano.

Agradeço a Patrícia Bono e Patrícia Passadore,
pelas colaborações com as traduções.

E agradeço a todos aqueles que, de algum modo,
contribuíram para a consecução deste trabalho.

“A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito”

Rudolf von Ihering

“You could stand me up at the gates of Hell

But I won't back down”

Tom Petty

Não sois máquina! Homens é que sois!

Charles Chaplin (O Último Discurso)

RESUMO

BOSSLER, Fábio Luís. *Controle concentrado de constitucionalidade de atos da administração pública: realidade, necessidade, proposta*. 2023. 361 folhas. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2023.

Muito se tem estudado no Brasil sobre controle de constitucionalidade, mas não sob o enfoque daquele realizado de forma concentrada em relação aos atos da Administração Pública. Contudo, não há dúvida de que a função executiva, de governo ou administrativa, é, ao lado da legislativa e da jurisdicional, uma das formas de manifestação do Poder Estatal e seu exercício pode, por vezes, estar em descompasso não só com preceitos legais, mas diretamente com ditames constitucionais. O protagonismo da função executiva no estágio atual de desenvolvimento estatal – envolto a crises econômicas e políticas, além de crescentes demandas sociais – com seu poder de pronta atuação e normatização de situações jurídicas, importa também na necessidade de eficaz resposta judicial quando a validade de suas ações é questionada com os parâmetros estabelecidos no bloco de constitucionalidade. A celeridade e a segurança jurídica recomendam o controle concentrado para verificação da compatibilidade dos atos da Administração Pública, especialmente os normativos, com a ordem constitucional. Esta tese tem como foco analisar as peculiaridades dessa forma de fiscalização judicial da validade dos atos da Administração Pública no Brasil, realizada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal e, por meio de estudos de casos e dados estatísticos, procura apontar caminhos para aprimoramento do sistema, inclusive com propostas de alterações normativas.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Atos administrativos. Administração Pública. Características. Realidade. Necessidade. Proposta. Jurimetria.

ABSTRACT

BOSSLER, Fábio Luís. *Concentrated judicial review on Public Administration acts: reality, need, proposal*. 2023. 361 sheets. Doctoral Thesis –Law School, University of São Paulo. São Paulo, 2023.

Much has been studied about judicial review in Brazil, but not from the concentrated model approach concerning the Public Administration acts. However, it is undeniable that the executive, government, or administrative function represents, alongside the legislative and jurisdictional, one of the forms of State Power demonstration, and its exercise might occasionally be incompatible, not only with legal precepts but also with constitutional principles directly. The protagonism of the executive role in the current stage of state development – surrounded by economic and political crises, in addition to growing social demands – with its power of prompt action and normalization of legal situations, also requires the need for an effective judicial response when the validity of its actions is questioned with the parameters established in the block of constitutionality. Speed and legal certainty recommend concentrated control to verify the compatibility of Public Administration acts, especially normative ones, within the constitutional order. This dissertation focuses on analyzing the peculiarities of this judicial review form of the validity of Public Administration acts in Brazil, directly conducted by the Federal Supreme Court, and based on case studies and statistical data, seeks to indicate ways to enhance the system, including proposals for regulatory changes.

Keywords: Judicial review. Administrative acts. Public administration. Characteristics. Reality. Need. Proposal. Jurimetry.

RIASSUNTO

BOSSLER, Fabio Luis. *Controllo concentrato di costituzionalità degli atti della pubblica amministrazione: realtà, necessità, proposta*. 2023. 361 pagine. Tesi di Dottorato – Facoltà di Giurisprudenza, Università di San Paolo. San Paolo, 2023.

Molto è stato studiato in Brasile sul controllo della costituzionalità, ma non sotto l'obiettivo concentrato sugli atti della pubblica amministrazione. Tuttavia, non c'è dubbio che la funzione esecutiva, di governo o amministrativa, è, accanto a quella legislativa e giudiziaria, una delle forme di manifestazione del potere statale e il suo esercizio può talvolta essere di intralcio non solo dai precetti legali, ma anche e direttamente essere in disaccordo coi dettami costituzionali. Il ruolo della funzione esecutiva nell'attuale fase di sviluppo dello Stato – circondato da crisi economiche e politiche, oltre alle crescenti esigenze sociali – con il suo potere di azione tempestiva e di standardizzazione delle situazioni giuridiche, chiede anche la necessità di una risposta giudiziaria efficace. Quando la validità delle loro azioni è messa in discussione con i parametri stabiliti nell'elenco legale di costituzionalità. La rapidità e la certezza del diritto raccomandano un controllo concentrato per verificare la compatibilità degli atti della pubblica amministrazione, in particolare degli atti normativi, con l'ordinamento costituzionale. Questa tesi si concentra sull'analisi delle peculiarità di questa forma di controllo giudiziario della validità degli atti della pubblica amministrazione in Brasile, effettuata direttamente dalla Corte Suprema Federale e, attraverso studi di casi e dati statistici, cerca di indicare modi per migliorare il sistema, comprese le proposte di modifiche normative.

Parole chiave: Controllo di costituzionalità. Atti amministrativi. Pubblica Amministrazione. Realtà. Necessità. Proposta. Giurimetria.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	18
OBJETO DA INVESTIGAÇÃO E MÉTODO ADOTADO	21
1. Delimitação do objeto da investigação.....	21
2. Principais questões analisadas.....	22
3. Metodologia utilizada.....	23
4. Contribuição originária à ciência jurídica brasileira.....	24
1. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS	25
2. PARÂMETRO DE CONTROLE: NORMAS CONSTITUCIONAIS POSITIVADAS E BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	32
2.1. Poder.....	32
2.2. Norma jurídica.....	33
2.3. Normas constitucionais positivadas e bloco de constitucionalidade	36
2.3.1. A impossibilidade de controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias	48
2.3.2. A possibilidade de controle de constitucionalidade das outras normas que integram o bloco de constitucionalidade.....	49
2.3.2.1. Emendas constitucionais e controle de sua constitucionalidade.....	49
2.3.2.2. Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com quórum qualificado e controle de sua constitucionalidade.....	63
2.3.3. Quadro resumo	67
3. OBJETO DO CONTROLE: ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..	68
3.1. Ato da Administração Pública X ato administrativo	68
3.2. Ato administrativo normativo X ato administrativo não normativo.....	70
3.3. Funções estatais: função normativa, função administrativa e poder de expedir atos administrativos normativos.....	74
3.4. Ato político (e possibilidade do seu controle judicial).....	80

4. INCONSTITUCIONALIDADES DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	87
4.1. Existência de controle concentrado de constitucionalidade de atos administrativos normativos e não normativos no Brasil	87
4.2. Inconstitucionalidade direta ou indireta (ilegalidade) do ato da Administração Pública.....	98
4.2.1. Inconstitucionalidade direta e indireta e atos administrativos normativos de execução, autônomos e independentes	101
4.2.1.1. Exemplo de ato administrativo normativo autônomo: os regimentos internos dos tribunais (com estudo de casos).....	119
4.2.1.2. Exemplos de atos administrativos normativos independentes: as resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Superior do Ministério Público.....	132
4.2.1.3. Exemplo de atos administrativos normativos independentes: a disciplina instituída pela Universidade de Brasília para reserva de vagas no ensino superior com base em critério étnico-racial.....	142
4.3. Inconstitucionalidade formal, orgânica, material e finalística dos atos da Administração Pública.....	153
4.3.1. Inconstitucionalidade material dos atos administrativos.....	154
4.3.2. Inconstitucionalidade formal dos atos administrativos.....	167
4.3.3. Inconstitucionalidade orgânica dos atos administrativos.....	192
4.3.4. Inconstitucionalidade finalística dos atos administrativos.....	196
4.4. Inconstitucionalidade total ou parcial dos atos da Administração Pública.....	200
5. O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	206
5.1. Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.....	207
5.2. Ação direta de inconstitucionalidade.....	216
5.3. Ação declaratória de constitucionalidade.....	240
5.4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	251
5.5. Ação direta de inconstitucionalidade interventiva.....	261

5.6. Outras ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal (controle concentrado/incidental/concreto).....	264
---	-----

6. PROPOSTAS PARA APRIMORAMENTO DO SISTEMA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....277

6.1. Primeira proposta: Necessidade de disciplina normativa para aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes nas decisões proferidas em sede de ações diretas de controle de constitucionalidade.....	277
---	-----

6.2. Segunda proposta: Necessidade de explicitação dos fundamentos determinantes nas decisões proferidas em ações de controle direto de constitucionalidade.....	296
--	-----

6.3. Terceira proposta: Releitura branda da norma constante no art. 52, X, da Constituição Federal – Possibilidade do STF suspender a execução de atos administrativos normativos declarados inconstitucionais em controle incidental.....	306
--	-----

6.4. Quarta proposta: Criação da ação direta de ilegalidade.....	317
--	-----

6.4.1. Previsão constitucional de competência originária do STJ.....	323
--	-----

6.4.1.1. Não cabimento da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos municipais.....	324
--	-----

6.4.1.2. Não cabimento da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos terciários, quaternários etc.....	325
--	-----

6.4.1.3. Não cabimento da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos autônomos e independentes.....	325
---	-----

6.4.1.4. Não cabimento da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos emanados do Poder Judiciário ou do Ministério Público.....	326
---	-----

6.4.1.5. Não cabimento da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos emanados do Poder Legislativo.....	328
---	-----

6.4.1.6. Não cabimento da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos emanados de qualquer autoridade do Poder Executivo.....	331
--	-----

6.4.1.7. Não cabimento (por ora) da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos emanados de outras autoridades.....	332
--	-----

6.4.2. Previsão constitucional dos legitimados para propositura da ação direta de ilegalidade.....	333
6.4.3. . Desnecessidade de previsão constitucional de atuação do Ministério Público na ação direta de ilegalidade.....	334
6.4.4. Previsão constitucional de requisito específico para a ação direta de ilegalidade: demonstração do potencial para gerar demandas repetitivas.....	335
6.4.5. Previsão constitucional de efeitos <i>erga omnes</i> e vinculantes, com exceções.....	336
6.4.6. Redação final sugerida para o art. 105 da Constituição Federal.....	336
7. CONCLUSÕES.....	338
REFERÊNCIAS.....	345

INTRODUÇÃO

Como forma de garantir a Supremacia da Constituição, o controle judicial de constitucionalidade das leis, nas palavras de GILMAR MENDES ao prefaciar obra de ELIVAL DA SILVA RAMOS (2010, p. xi), “tem-se revelado uma das mais eminentes criações do Direito Constitucional e da Ciência Política do mundo moderno”.

ALEXANDRE DE MORAES (2022, p. 803) ensina que “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

Por outro lado, cada Estado elege sua forma de controle de constitucionalidade, o que revela “a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diferentes sistemas políticos” (GILMAR MENDES in ELIVAL DA SILVA RAMOS, p. xi).

No caso do Estado Brasileiro, verifica-se a adoção de um complexo sistema de controle de constitucionalidade de leis. Além do tradicional controle judicial repressivo, existe também o controle preventivo.

O primeiro, é realizado pelo Poder Judiciário, seja de forma difusa, por todos os seus juízes e tribunais, nos casos concretos que lhe são postos à apreciação, como na questão prejudicial à análise do mérito do objeto de cada causa (controle incidental), seja de forma concentrada, exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, caso em que, como explica ELIVAL DA SILVA RAMOS (2010, p. 76), “a própria lei que se converte em objeto único e exclusivo de um processo destinado, especificamente, à averiguação de sua conformidade às normas constitucionais de regência” (controle principal). Mas, por força das competências originárias da Corte Suprema Brasileira, por vezes o controle concentrado também importa em um controle incidental da constitucionalidade, como barreira a ser ultrapassada para a solução de um caso concreto.

Sob outro enfoque, o controle preventivo das leis é realizado pelo próprio Poder Legislativo, através das comissões de constituição e justiça do Senado e da Câmara dos Deputados, quando da tramitação de um projeto de lei, além de outro controle preventivo, efetivado pelo Poder Executivo, caracterizado pelo veto presidencial (CF, art. 66, § 1º).

Observadas as origens do instituto, o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio não se restringe, contudo, à verificação da compatibilidade de leis com a Constituição.

Sabe-se que o poder político do Estado, não se manifesta apenas por meio da elaboração de atos normativos pelo Poder Legislativo, considerados tradicionalmente como inovadores, gerais e abstratos, e pelo exercício da jurisdição, mas também (e, ousa-se dizer, sobretudo no dia a dia), pela execução das “resoluções públicas”. (MONTESQUIEU, 2010, p. 170), por meio das ações executivas.

Essa “resolução de questões públicas”, nas sociedades atuais, com agigantadas populações, compostas de pessoas espalhadas, muitas vezes (como no Estado Brasileiro), em vasto e diverso território, onde coexistem diversas ordens governamentais não se limita mais na (clássica visão) solução de problemas concretos e individualizados. Muitas vezes importa na adoção inicial de soluções também genéricas pela Administração Pública, (normatização administrativa), ainda que impliquem, ao final, no atendimento de situações específicas.

Ademais, a normatização administrativa para a “resolução de questões públicas”, neste cenário, aliada à existência, atualmente, de diversos comandos constitucionais principiológicos voltados a diretas ações políticas e administrativas em uma sociedade cujo pluralismo é – observada, neste ponto, as lições de ZAGREBELSKY (1995, p. 16) – abraçado constitucionalmente, implica, em certa medida, também na criação de direitos ou obrigações pela própria Administração Pública.

A função executiva, de governo ou administrativa é, ao lado da legislativa e da jurisdicional, uma das formas de manifestação do Poder Estatal e seu exercício pode, por vezes, estar em descompasso não só com preceitos legais, mas diretamente com os ditames constitucionais.

Mais: ela não se limita ao Poder Executivo e também está presente no seio dos outros Poderes.

Como dúvida não há de que atos administrativos, inclusive os normativos, no Brasil, estão sujeitos ao controle judicial difuso, especialmente através do manejo de ações civis públicas, mandados de segurança e ações populares, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição, pretendeu-se, neste trabalho, inclusive em razão da celeridade e da segurança jurídica que os meios jurisdicionais diretos proporcionam (pois permitem a pronta manifestação da Corte Constitucional sobre a questão controvertida) perquirir a respeito do controle concentrado de constitucionalidade dos referidos atos da Administração Pública.

Diante da relevância, procurou-se, por meio da verificação de diversos julgados em cotejo com a influência doutrinária brasileira e estrangeira, analisar como o controle

concentrado de constitucionalidade dos atos normativos da Administração Pública tem sido realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Quais as suas peculiaridades. Quais os problemas que dele despontam. O que pode ser melhorado. Como pode ser melhorado.

A partir dessas constatações, buscou-se também apontar quais as reais necessidades no nosso ordenamento no que toca a essa espécie de controle e como pode ser aprimorado, com a apresentação de propostas para melhoramento do sistema.

OBJETO DA INVESTIGAÇÃO E MÉTODO ADOTADO

1. Delimitação do objeto da investigação

A pesquisa visou investigar o controle concentrado de constitucionalidade dos atos da Administração Pública, com especial foco nos atos normativos.

Trata, pois, de assunto provocante: é possível e faz-se necessária a realização de controle concentrado da constitucionalidade de atos normativos da Administração Pública? Quais atos da Administração Pública merecem controle concentrado de constitucionalidade? Esse controle já é realizado? Como? Qual a extensão desse controle? Deve ser ampliado ou restringido? O que pode ser melhorado? Como pode ser melhorado?

O objetivo do trabalho, pois, foi sistematizar, em que situações, por quais motivos e de que forma é realizada a verificação de compatibilidade dos atos normativos emanados da Administração Pública com as disposições constantes da Constituição diretamente por Corte Constitucional. Também visou ofertar propostas para o aprimoramento do sistema, seja por meio de simples mudança de interpretação de norma constitucional, seja mediante sugestões de alterações de disposições legais e da Carta Política.

Tradicionalmente, o controle de constitucionalidade visa extirpar do ordenamento jurídico leis contrárias às normas constitucionais, assente na ideia de que deve ser garantida a supremacia das contidas na Lei Maior (rigidez constitucional).

O fio condutor desta tese foi, porém, extrapolar essa clássica visão do tema e investigar, a efetivação do controle concentrado de constitucionalidade de atos emanados da Administração Pública, estabelecendo, assim, como contribuição científica inovadora, uma visão diferenciada para alguns conceitos e métodos de controle, além de propostas para melhoramento do sistema com base em dados colhidos de julgados selecionados.

Importa, pois, desde já, estabelecer o que se entende por *controle concentrado de constitucionalidade dos atos da Administração Pública*.

Para esta investigação, concebeu-se a expressão “controle concentrado de constitucionalidade”, na sua visão tradicional, como a verificação de compatibilidade do objeto do estudo (atos da Administração Pública), com os preceitos da Lei Maior, realizada direta e unicamente pela instituição guarda da Constituição, que, na realidade

jurídica brasileira, é órgão que integra e encontra-se na cúpula do Poder Judiciário. o Supremo Tribunal Federal (STF).

Por outro lado, apesar de indiscutível relevância, este trabalho não pretendeu fazer uma análise, concreta e casuística, de cada um dos atos praticados pela Administração Pública (e do cotejo de cada um deles com os regramentos constitucionais), até porque, em especial na realidade brasileira, tendem esses atos ao infinito.

O enfoque quanto ao objeto da investigação - “controle de constitucionalidade dos atos da Administração Pública” – neste estudo, pois, restringiu-se à análise da adequação dos atos da Administração Pública com os preceitos constitucionais, em especial dos atos normativos.

Ante o objetivo traçado, não houve, preocupação em tratar, salvo se relevante para abordagem de algum aspecto do tema central - *controle de constitucionalidade dos atos da Administração Pública* -, omissões do Poder Público ou ações ou omissões de entes privados contrárias à Constituição. Assim, não houve pesquisa quanto a uma das espécies de ação para controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Como o trabalho intentou a formulação de propostas para aprimoramento do controle concentrado de constitucionalidade dos atos da Administração Pública e não uma investigação histórica das suas origens, também não foi realizado um delineamento da gênese desses atos e dos contornos evolutivos do instituto “controle de constitucionalidade”.

2. Principais questões analisadas

Para o estudo do controle concentrado de constitucionalidade dos atos da Administração Pública, foram inicialmente, abordados alguns assuntos introdutórios, alicerces para o cerne da pesquisa, relacionados à perfeita compreensão do que é controle concentrado de constitucionalidade, quais os parâmetros desse controle, as normas constitucionais e o bloco de constitucionalidade, e qual o objeto desse controle, os atos da Administração Pública e suas características.

Em seguida foram estudadas as espécies de inconstitucionalidades dos atos da Administração Pública e apresentados exemplos ilustrativos para perfeita fixação das ideias apresentadas.

Depois foram analisados os meios processuais utilizados para a efetivação do controle concentrado de constitucionalidade dos atos da Administração Pública no Supremo Tribunal Federal, com a apresentação de dados estatísticos sobre a atuação da Corte Suprema brasileira no trato do tema.

Por fim, foram apresentadas propostas para aprimoramento do sistema de controle concentrado de constitucionalidade dos atos da Administração Pública, fincadas, diante de todo o investigado, da realidade observada, dos meios pelos quais o controle é realizado e do teor de diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, além dos dados estatísticos colhidos, na busca de maior segurança jurídica, uniformização de decisões, respeito aos fundamentos determinantes expostos nas decisões proferidas em sede de controle concentrado, orientação para os entes administrativos e celeridade administrativa e processual.

3. Metodologia utilizada

A investigação sobre o controle concentrado de constitucionalidade dos atos da Administração Pública importou na observância de conceitos e princípios atinentes ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo, na interpretação dos textos normativos constitucionais e legais que já cuidam do tema e na pesquisa das decisões proferidas sobre o assunto, sobretudo aquelas exaradas pelo Supremo Tribunal Federal.

Também não se prescindiu dos conhecimentos doutrinários existentes, pátrios e estrangeiros, relativos a questões nucleares e gravitacionais vinculadas ao tema estudado.

Ainda, especificamente, foi considerado, como paradigma para o estudo específico, os existentes modelos de controle de constitucionalidade de leis.

Por fim, cumpre dizer que, da mesma forma como foi realizada nossa dissertação de Mestrado (de onde, diga-se, foram também extraídos diversos subsídios para este estudo), devido à subárea de concentração, a matéria objeto desta tese foi tratada pelo prisma do Direito Constitucional. Evidente, contudo, ante o foco traçado para elaboração do trabalho - controle concentrado de constitucionalidade de atos da Administração Pública -, que não foram recusadas lições de Direito Administrativo e de Direito Comparado. Logo, como dito outrora e mais uma vez pertinente, uma abordagem interdisciplinar do assunto foi, muitas vezes, inevitável, para impedir conclusões míopes e parcelares.

4. Contribuição original à ciência jurídica brasileira

No Brasil, não existem estudos específicos sobre o controle concentrado da constitucionalidade de atos da Administração Pública, quando e como é admitido e feito pelo Supremo Tribunal Federal;

Assim, a contribuição original à ciência jurídica brasileira deste trabalho revela-se na dedicação em abordar o tema "controle de constitucionalidade" sob o prisma da sua efetivação, pela via concentrada em relação aos atos da Administração Pública, assunto privado de estudo doutrinário apropriado.

Também buscou-se inovação com a formulação de propostas para realização desse controle, observadas as problemáticas reveladas em virtude das investigações a partir das manifestação do Supremo Tribunal Federal e das peculiaridades dos atos editados pela Administração Pública, com apresentação de conclusões e sugestões de alterações constitucionais e infraconstitucionais.

Cumprir ressaltar que a presente pesquisa objetivou, através de exploração, proporcionar maior familiaridade com o tema tratado, permitindo, inclusive, aplicações práticas das conclusões obtidas¹.

Teve-se sempre em mira, porém, a advertência feita por ELIVAL DA SILVA RAMOS (2010, p. 328), a fim de se evitar, na formulação da tese, o denominado "formalismo abstrato", ou seja, investir-se energia na lapidação de uma teoria somente para torná-la um fim em si mesma, sem preocupação com as consequências externas, jurídicas, políticas e até sociais, da sua elaboração.

¹ Não se pode olvidar que a "Ciência Jurídica é uma ciência cultural normativa, visto como o jurista não se limita a explicar o que ocorre, mas envolve, abrange o que acontece, postulando um fim a ser atingido, fim este que é medida de conduta" (REALE, 2002, p. 265).

CAPÍTULO 1 – CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

Como é sabido, mas muitas vezes confundido, apesar de normalmente caminharem de braços dados, ante as suas origens americana e europeia, as ideias de controle “concentrado”, “abstrato” e “principal” de constitucionalidade não se referem ao mesmo fenômeno jurídico. Essa afirmação se aplica também para os conceitos de controle “difuso”, “concreto” e “incidental” de constitucionalidade, igualmente muitas vezes tratados indevidamente como sinônimos.

Controle concentrado e difuso são dois lados opostos de uma mesma moeda. Conforme esclarece JORGE MIRANDA (1988, p 311), em uma análise sob o aspecto subjetivo ou orgânico do controle de constitucionalidade:

A fiscalização difusa é a que compete a uma pluralidade de órgãos dispersos, a fiscalização concentrada a que compete a um só órgão (ou, eventualmente, a um número muito reduzido de órgãos, v. g. os supremos tribunais das ordens de jurisdição existentes). Na primeira, o poder de apreciar a inconstitucionalidade distribui-se por todos esses órgãos, ainda que com possibilidades de recurso até aos órgãos superiores. Na segunda, fica sendo competência específica de algum ou alguns órgãos.

Essa classificação, baseada no órgão competente para o exercício do controle de constitucionalidade, não se confunde, com aquela que toma como critério as circunstâncias ou o modo como a fiscalização ocorre, ou seja, como pode ser questionada a constitucionalidade das leis perante os juízes competentes.

Sob esse prisma, JORGE MIRANDA (1988, p. 312) afirma que a fiscalização de constitucionalidade pode ser concreta ou abstrata:

É fiscalização concreta a que surge a propósito da aplicação de normas ou de quaisquer actos (ou conteúdo de actos) a casos concretos, trata-se de solução de lides ou de providências administrativas ou outras providências. É fiscalização abstracta ou em tese a que se dirige aos comportamentos dos órgãos do poder público ou às normas, em si, por aquilo que significam na ordem jurídica, independentemente da sua incidência em quaisquer relações ou situações da vida.

Essa classificação (controle concreto ou abstrato), ao contrário da anterior (controle difuso ou concentrado), sim, se aproxima de outra que toma por critério o meio processual pelo qual é realizado o controle de constitucionalidade.

Prossegue JORGE MIRANDA (1988, p. 313):

[...] em termos processuais, a fiscalização pode ser incidental ou principal. Apresenta-se como incidental a fiscalização inserida em processo que

converge para outro o resultado que não a garantia da Constituição; e nele a inconstitucionalidade é questão prejudicial – ou seja, questão de Direito substantivo de que depende a decisão final a tomar no processo. Diz-se principal a fiscalização em que a garantia é o fim principal ou único e a inconstitucionalidade, elevada a questão prejudicial, o objeto do processo.

As duas últimas classificações (controle “concreto” e incidental”; controle “abstrato” e “principal”), apesar de próximas, no entanto, também não se confundem.

ELIVAL DA SILVA RAMOS (2010, p. 78) alerta:

[...] o controle principal, isto é, desenvolvido por meio de processos constitucionais de controle, intitulados de ações diretas, adquire, em geral, feições abstratas. No entanto, excepcionalmente, podem-se encontrar ações diretas de inconstitucionalidade cuja configuração leve em conta a situação pessoal, de direito material, afetada pelo ato legislativo impugnado. Tome-se, por exemplo, a *verfassungsbeshwerde* (recurso constitucional) do direito alemão, que tem por objeto ‘qualquer ato (mas também uma omissão) que tenha lesado um direito fundamental ou assimilável, proveniente do ‘poder público’ – qualquer que seja ele –, desde que tal ato ou omissão seja efetivamente idôneo para produzir efeitos em relação ao recorrente’, e, nesse sentido, o ato poderá consistir até mesmo e um ato legislativo.

As três classificações, pois, não se misturam, apesar de, frequentemente, andarem em estradas paralelas. Normalmente há um processo cujo objeto é fiscalizar a constitucionalidade de uma norma (controle principal), independentemente de sua repercussão em algum caso específico (controle abstrato) direcionado a único órgão jurisdicional, sem revisão da decisão por qualquer outro (controle concentrado). Por outro lado, em regra, os processos em que as decisões sobre a inconstitucionalidade de normas são prejudiciais (controle incidental) à solução de casos (controle concreto), são julgados por diversos órgãos jurisdicionais, com possibilidade de revisão das decisões proferidas por outros (controle difuso).

Após ressaltar que MAURO CAPPELLETTI (1984, pp. 67 e 68), na sua conceituação de controle difuso de constitucionalidade acrescenta elementos relativos à outra modalidade classificatória (controle principal/incidental)², destaca ELIVAL DA SILVA RAMOS (2010, p. 68) que

² Segundo MAURO CAPPELLETTI (1984, pp. 67 e 68), “podem se distinguir, segundo uma terminologia já bem conhecida dois grandes tipos de sistemas de controle judicial da legitimidade constitucional das leis: a) o ‘sistema difuso’, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; b) o ‘sistema concentrado’, em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário. O sistema ‘difuso’ foi também chamado, por alguns, sistema ou tipo ‘americano’ de controle, dado que não é de todo inexato [...] julgar que este sistema tenha sido posto em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos da América, de cujo ordenamento jurídico ele ainda agora constitui, como escreveu um constitucionalista daquele País, *the most unique and the most characteristic institution* (Assim, B. F. WRIGHT, citado por HANS SPANNER, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, Wien, Springer-Verlag, 1951, pp. 6-7). Analogamente, o sistema ‘concentrado’ poderia também ser

[...] embora na concreta experiência dos sistemas de controle a difusão e a incidentalidade caminhem juntas, sendo de difícilíssima viabilização a criação de um sistema de controle difuso, porém em via principal, dado o impacto institucional do controle por meio de ação direta, cuida-se de duas classificações inconfundíveis, que, portanto, não devem ter os seus elementos entrelaçados.

Destarte, para saber se determinado sistema de controle é difuso ou concentrado, considera-se o aparato jurisdicional no seu todo e verifica-se de quem é a competência para efetuar o controle de constitucionalidade das leis: se houver uma dispersão dessa competência, de sorte que qualquer juiz ou tribunal, de conformidade com os critérios pelos quais a massa de causas existentes no País lhes é distribuída, esteja habilitado, em tese, a fazer controle de constitucionalidade, o sistema é difuso; ao contrário, se apenas um tribunal é confiada a um tribunal é confiada a competência para a fiscalização de constitucionalidade das leis, o sistema é concentrado.

Portanto, controle difuso de constitucionalidade não se confunde com controle concreto ou incidental. E controle concentrado de constitucionalidade não se embaralha com controle abstrato ou principal.

No Brasil, o sistema, como um todo, é de controle difuso, apesar de haver controle concentrado de constitucionalidade em algumas ações³.

A mistura dos conceitos apresentados, pois, decorre do fato de que, nas demandas individuais, onde o controle de constitucionalidade é realizado de forma incidental, como uma questão prejudicial para resolução concreta do litígio, a verificação da

designado como o tipo ‘austriaco’ de controle. De fato, o arquétipo foi posto em prática pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 (chamada *Oktoberverfassung*), redigida com base em um projeto elaborado, a pedido do governo, pelo Mestre da ‘escola jurídica de Viena’, Hans Kelsen, e posta de novo em vigor na Áustria, no último pós-guerra, no texto da Emenda de 1929, que tinha sofrido notáveis modificações exatamente em matéria de justiça constitucional”.

³ ELIVAL DA SILVA RAMOS (2010, pp. 69 e 70) observa que “para a identificação da característica da difusão ou da concentração, deve-se fazer uma avaliação sistêmica e não segmentada. Em sistemas como o brasileiro ou o português, que, difusos sob o prisma orgânico ou subjetivo, combinam as técnicas do controle incidental e do controle por meio de ações diretas, não se pode dizer, como tem feito irrefletidamente a doutrina pátria, que se trata de sistemas mistos. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é indubitavelmente um sistema difuso, e apenas difuso, ao menos no tocante à inconstitucionalidade comissiva, sendo reconhecido a qualquer juiz ou tribunal de nosso aparato judiciário, respeitadas as regras de distribuição de competência, o poder de controlar a conformidade das leis à Constituição. É certo que apenas ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, em face da Constituição Federal, assim como as ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Mas isto em razão de uma simples regra constitucional de distribuição de competência, que, considerando a natureza desses processos, os quais consubstanciam técnica de controle objetivo de constitucionalidade de leis ou atos normativos, atribuiu, originalmente, ao Pretório Excelso a competência para deles conhecer e julgar, impedindo, pois, por se tratar de órgão de cúpula do Judiciário nacional, que qualquer outro juiz ou tribunal venha a fazê-lo. Poder-se-ia conceber um sistema misto, isto é, simultaneamente difuso e concentrado, se, por exemplo, determinada categoria de atos legislativos ficasse submetida apenas ao controle de constitucionalidade exercido por um único tribunal, ao passo que os demais atos legislativos estariam sujeitos ao controle difuso. Não temos notícia, contudo, da existência, presente ou passada, de um sistema de controle misto quanto ao aspecto *sub examine*”.

compatibilidade do ato normativo, legislativo ou administrativo, com o conteúdo da Constituição é, em regra, realizada de forma difusa, ou seja, por todos os órgãos judiciários do país, com possibilidade de revisão das decisões proferidas pelas instâncias superiores.

Por outro lado, no Brasil, nos processos em que se discute a própria validade do ato normativo (legislativo ou administrativo) em face dos ditames da Lei Maior, de forma abstrata, desvinculada de um litígio, como objeto principal, como nas ações diretas de fiscalização de constitucionalidade, o controle é, de modo geral, concentrado.

Mas há controle concentrado de constitucionalidade que também se caracteriza como concreto no Brasil.

O exemplo mais utilizado é o controle de constitucionalidade realizado em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois pode ter como objeto qualquer ato do Poder Público (Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, art. 1º, *caput*)⁴ e, portanto, atos de efeitos concretos⁵.

Também é citada como exemplo de controle concentrado e concreto de constitucionalidade a ação direta interventiva prevista nas normas constantes no art. 36, III, c.c. art. 34, VI, primeira parte (“prover a execução de lei federal”) e VII, da Constituição Federal⁶. No plano infraconstitucional, é regrada pela Lei nº 12.562, de 23 de dezembro de 2011.

⁴ Art. 1º (Lei nº 9.882/1999) A arguição prevista no § 1º do art. 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.

⁵ Por exemplo, na ADPF nº 388, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 09 de março de 2016, foi questionada a nomeação de membro do Ministério Público como Ministro de Estado.

⁶ Art. 34 (CF) A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
[...]

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art. 36 (CF) A decretação da intervenção dependerá:

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

Defende-se, neste estudo, contudo, que também há falar em controle concentrado de constitucionalidade quando realizado em ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal, para a solução de uma controvérsia intersubjetiva (controle concreto/incidental).

Afinal, se controle concentrado de constitucionalidade é, por definição, aquele realizado exclusivamente por apenas um órgão, sem possibilidade de revisão da decisão proferida por outro, ainda que o sistema brasileiro seja, em regra difuso, quando a Constituição fixa competências originárias – e, conseqüentemente, únicas – ao Supremo Tribunal Federal para determinadas causas em que o controle de constitucionalidade é realizado de forma incidental, para resolução de um caso concreto, não há razão para excluir essas demandas da definição do conceito de “controle concentrado”, mesmo que elas, não fosse determinada prerrogativa de função exercida por autoridade criminalmente processada (CF, art. 102, I, “b”, “c”, “d”, primeira parte, e “i”) ou apontada como responsável por ato impugnado por remédio constitucional (CF, art. 102, I, “d”, parte final, “i” e “q”), ou devido à natureza da causa (CF, art. 102, I, “e”, “f”, “g”, “n”, “o” e “r”), ou em razão de acessoriedade processual (CF, art. 102, I, “j”, “l” e “m”), fossem de competência originária de outros órgãos judiciários, com possibilidade de revisão das decisões, inclusive pelo próprio STF, em sede recursal ordinária ou extraordinária⁷.

⁷ Art. 102 (CF). Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

[...]

i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

Nessa linha, aceita a natureza jurídica da reclamação constitucional como ação⁸, e ante a previsão de remédios constitucionais da competência originária do Supremo Tribunal Federal (*habeas corpus*, mandado de segurança etc), qualquer pessoa, em tese, pode ajuizar uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, satisfeitas as regras de competência previstas no art. 102, I, da Carta Política.

O assunto não é meramente acadêmico, pois o Código de Processo Civil estabelece, por exemplo, na regra inserta em seu art. 927, I⁹, que os órgãos judiciários devem observar as decisões do STF proferidas em controle concentrado de constitucionalidade. Portanto, pelo raciocínio ora desenvolvido, se aceita a constitucionalidade dessa regra, ela incide não só em relação às decisões exaradas em sede de ações diretas de fiscalização de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental), mas também no tocante às decisões emanadas pelo Plenário do Supremo nas causas de competência originária da Corte, caso nelas seja exercido controle incidental de constitucionalidade como questão prejudicial para análise do mérito das demandas.

Em suma, no Brasil haverá controle concentrado de constitucionalidade em todas as ações originárias de competência do Supremo Tribunal Federal previstas na regra inserta no art. 102, I, da Constituição Federal, desde que nelas haja exercício de

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

⁸ Nesse sentido, leciona LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA (2005, p. 333) que “a reclamação constitucional consiste, a bem da verdade, numa ação, ajuizada originariamente no Tribunal Superior, com vistas a obter a preservação de sua competência ou a garantir a autoridade de seus julgados. A reclamação contém, inclusive, os elementos da ação, a saber: partes, causa de pedir e pedido. Realmente, há o reclamante e o reclamado, contendo a formulação de um pedido e a demonstração de uma causa de pedir, consistente na invasão de competência ou na desobediência à decisão da Corte”. Da mesma forma, MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS (2000, p. 463) diz que “é a reclamação, fundamentalmente, uma ação de conhecimento, pois a espécie de tutela que se busca nela é cognitiva, isto é, uma sentença” (na verdade, como a reclamação sempre será de competência originária de tribunais, persegue-se um acórdão).

⁹ Art. 927 (CPC). Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

fiscalização da constitucionalidade, seja de forma incidental, para a solução de uma controvérsia, seja de modo principal, em que a verificação da compatibilidade do ato do Poder Público com o conteúdo da Constituição é o objeto central do pedido.

CAPÍTULO 2 – PARÂMETRO DE CONTROLE: NORMAS CONSTITUCIONAIS POSITIVADAS E BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

Firmado o que se compreende por controle concentrado de constitucionalidade, cumpre fixar qual é a abrangência do parâmetro para a realização desse controle, as normas constitucionais positivadas e o denominado “bloco de constitucionalidade”.

Para tratar dessas noções, contudo, necessário se faz, primeiro, discorrer algumas palavras sobre as ideias de “Poder” e de “norma jurídica”.

2.1. Poder

Poder (em alemão, *Macht*), segundo MAX WEBER (2005, p. 35), é a probabilidade de acatamento a certa ordem, podendo legitimar-se pela tradição, pelo carisma ou pela norma.

No primeiro caso, quando o poder se legitima pela tradição (poder tradicional), dá-se em razão de costumes, mitos, força, dominação, dependência patrimonial. “Obedece-se a pessoa por força de sua dignidade própria, santificada pela tradição: por piedade”. Assim, “todos os verdadeiros regimes despóticos têm este carácter, no qual o domínio é tratado como um vulgar direito de propriedade do senhor” (WEBER, 2005, p. 35).

Na segunda situação, chamada pelo estudioso de “poder carismático”, obedece-se a autoridade em atenção às suas virtudes pessoais (profetas, chefes guerreiros etc.). Esse poder, pois, não deixa de ter, na sua forma pura, também características autoritárias, como o anterior¹⁰.

Na terceira hipótese, denominada pelo autor de “poder racional-legal”, a obediência ao comando da autoridade dá-se em razão da aceitação, por determinado grupo, de uma norma abstrata que, racionalmente, reconhece a aptidão, a competência de alguém para emaná-lo. Ou seja, admite-se a autoridade devido à atribuição conferida à pessoa e não em razão de suas particulares características. É o que ocorre nas burocracias dos Estados modernos.

¹⁰ Cumpre lembrar que HANNAH ARENDT critica WEBER, afirmando que a concepção de “poder” do referido autor justifica a violência. Segundo ARENDT, uma pessoa é dotada de poder por um grupo formado e unido, para atuar em nome dele, real detentor do poder (ARENDDT, 1988, p. 24).

2.2. Norma jurídica

Diante da presença do “poder-racional-legal” nas sociedades modernas, em especiais nos Estados Democráticos de Direito, e uma vez que o presente estudo se volta ao controle concentrado de constitucionalidade de atos da Administração Pública, com enfoque, como será exposto, nos atos administrativos normativos, urge, desde logo, fixar, para os fins deste trabalho, o conceito de “norma”.

Cumprе ressaltar que a definição do que seja “norma”, não é simples, até porque o termo não é aplicado somente na Ciência do Direito.

Como resalta ROBERT ALEXY (2014, p. 51), a palavra “norma” é utilizada corriqueiramente na linguagem coloquial e também em outras ciências, como na Sociologia, na Etnologia, na Filosofia Moral e na Linguística.

Não cabe nesta pesquisa um debate aprofundado sobre as diversas concepções filosófico-jurídicas de “norma”. É suficiente, para o objetivo desta tese, somente fixar, de forma pragmática e objetiva, mas de modo preciso, o que consideramos como “norma jurídica”, pois ela que será estudada nos seus diversos lados (disposições constitucionais, leis, demais espécies legislativas, atos administrativos normativos).

Desde logo cumpre dizer que “norma” ou “norma jurídica”, para os efeitos desta pesquisa, é o comando escrito de origem estatal que visa regular as ações humanas na sociedade.

Revela, contudo, destacar alguns pontos desta definição.

ROBERT ALEXY (2014, pp. 53 a 58) estabelece uma diferenciação entre as ideias de “norma” e “enunciado normativo”. Segundo o autor, a norma é o significado de um enunciado normativo. Por outro lado, a norma pode ser expressa por meio de enunciados normativos com redações variadas e até sem a utilização deles¹¹.

Assim, de acordo com ALEXY (2014, pp. 53 a 58), norma é um conceito primário em relação a enunciado normativo e os critérios para sua identificação devem ser

¹¹ Para ilustrar seu pensamento, ROBERT ALEXY (2014, pp. 53 e 54) afirma: “Um exemplo de enunciado normativo seria o seguinte texto: (1) ‘Nenhum alemão pode ser extraditado’ (art. 16, § 2º, da Constituição alemã). Esse enunciado expressa a norma segundo a qual é proibida a extradição de um alemão. Que é proibido que um alemão seja extraditado é o que significa o enunciado ‘nenhum alemão pode ser extraditado’. [...] A norma segundo a qual é vedada a extradição de um alemão pode ser expressa, ao invés de por meio de (1), por exemplo, por meio de: (1’) É proibido extraditar alemães. Ou (1’’) Alemães não podem ser extraditados. [...] É de se salientar, além disso, que normas podem também ser expressas sem a utilização de enunciados, como é o caso, por exemplo, das luzes de um semáforo”.

buscados no nível da própria norma, com o auxílio de modalidades deontológicas¹², como as básicas do “dever”, “proibição” e “permissão”.

Como o controle de constitucionalidade se dá por meio da verificação de compatibilidade de normas escritas estatais (legais ou administrativas) com outras normas escritas estatais de maior hierarquia (constitucionais), interessa-nos estabelecer que “norma jurídica” é o comando ou enunciado grafado e originado de manifestação do Estado (oriundo da expressão do Poder Constituinte, do processo legislativo ou de regulação administrativa).

Ressalte-se que esse comando escrito qualificado como “norma jurídica” não necessariamente, precisa obedecer uma estrutura redacional normativa rígida, ou seja, não necessita estar redigido em um texto organizado em artigos, parágrafos, incisos ou articulado em códigos, livros, títulos, capítulos, seções¹³. Também não carece de elaboração de forma clara, precisa e lógica¹⁴. O que importa é que se possa extrair do seu enunciado (normativo) uma disciplina de conduta, um “dever”, uma “proibição”, uma “permissão”¹⁵.

¹² De acordo com MIGUEL REALE (2002, p. 301), “a Deontologia Jurídica é a indagação do fundamento da ordem jurídica e da razão da obrigatoriedade das normas de Direito, da legitimidade da obediência das leis, o que quer dizer indagação dos fundamentos ou dos pressupostos éticos do Direito e do Estado. *Por que o Direito obriga?* Quais as razões pelas quais nós, que nos temos em conta seres livres, somos obrigados a nos subordinar a leis que não foram postas por nossa inteligência e por nossa vontade? É lícito contrariar leis injustas? Qual o problema que se põe para dar o juiz ou para o estadista, quando uma lei positiva se revela, de maneira impressionante, contrária aos ditames do justo? *Qual o fundamento do Direito na sua universalidade?* Repousa ele apenas no fundamento empírico da força? Reduz-se o Direito ao valor unitário do êxito? Brotará a estrutura jurídica, inexoravelmente, dos processos técnicos de produção econômica, ou representa algo capaz de se contrapor, muitas vezes, às exigências cegas da técnica? Ou o Direito terá fundamento contratual?”.

¹³ Vide, por exemplo, o exposto no item 4.2.1.3 sobre o “bloco de normatividade administrativa”.

¹⁴ A Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis e demais atos normativos, conforme determina a regra inserta no parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal.

¹⁵ É certo, contudo, ser sempre preferível o uso de uma boa técnica redacional normativa. Como ressalta MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (2012, pp. 158 e 159), “para elaboração de uma boa lei, entretanto, não basta contar com a melhor informação suscetível de ser arrebanhada. É mister dominar a técnica jurídica e seu vocábulo a fim de alcançar a clareza e a precisão indispensáveis para que a regra possa conduzir ao objetivo colimado. Do contrário todo o trabalho de coleta de dados será desperdiçado pela imperfeição da técnica que resulta em ambiguidade, obscuridade e lacunas. As deficiências de redação são principalmente ressentidas pelos juízes, já que se presume de modo absoluto que *jura novit curia*. Daí decorre terem eles não raro de “extrair sentido do que não tem sentido, conciliar o irreconciliável”, como dizia Lord Campbell. Essa deficiência, aliás, repercute gravemente sobre o próprio prestígio da magistratura. De fato, suscita as discrepâncias de opinião nas várias Cortes e das várias Cortes entre si, impedindo muita vez a cristalização da jurisprudência”.

Neste ponto, cumpre citar também a clássica distinção entre *norma agendi* e *facultas agendi*.

Conforme lembra VICENTE RÁO (1960, pp. 205 e 206), *norma agendi* é a norma que disciplina a ação e, “como mandamento, ou diretriz que é, vive fora da pessoa do titular da faculdade conferida e constitui o direito objetivo”. Já *facultas agendi* é a faculdade da pessoa agir de acordo com o que a norma estabelece, constituindo o direito subjetivo¹⁶.

Importa-nos a *norma agendi*.

A norma, de acordo com VICENTE RÁO (1960, pp. 208) somente adquire eficácia e legitimidade quando declarada e sancionada pelo Estado e quando referida declaração coincidir com

as necessidades individuais e sociais e com a solução revelada pela consciência comum do povo, que a norma deve e visa satisfazer, de conformidade com os princípios e finalidades da ordem jurídica e à luz dos postulados fundamentais da moral, do direito natural e da equidade.¹⁷

Ela, norma, prossegue RÁO (1960, p. 209) é caracterizada pela sua universalidade, que implica no dever de todos a obedecerem e na sua aplicação generalizada “a todas as pessoas e a todas as relações que reúnem os requisitos por ela exigidos” (*lex est commune praeceptum*), não importando a quantidade de atingidos por seus preceitos¹⁸.

Da universalidade da norma decorre a sua igualdade para todos, pois todos aqueles atingidos por ela podem invocá-la para “reclamar sua aplicação igual a quantos nela

¹⁶ O autor cita ICILIO VANNI (1896): “Direito objetivo é o complexo de normas gerais impostas às ações humanas, nas relações externas e feitas valer pela autoridade do Estado, a fim de garantir aos indivíduos e à comunidade social a consecução de seus fins; direito subjetivo é a faculdade concedida aos indivíduos, de agir de conformidade com a norma garantidora de seus fins e interesses, bem como de exigir de outrem aquilo que, por força da mesma norma, lhes for devido”.

¹⁷ Quanto a esses dois requisitos (a) norma declarada e sancionada pelo Estado; e, b) norma que coincida com as necessidades individuais e sociais e com a solução revelada pela consciência comum do povo), VICENTE RÁO (1960, pp. 208 e 209) esclarece: “É o primeiro um requisito formal, solene e indispensável; o segundo é um requisito igualmente necessário, por decorrer da essência e da finalidade da ordem jurídica. O preenchimento deste último requisito incumbe, é certo, ao mesmo poder ao qual compete formular e sancionar a norma jurídica obrigatória. Contudo, se por um lado a falta desse requisito não impede a imposição material da norma pela força coercitiva do Estado, por outro lado a norma, assim imposta, apresenta-se despida de legitimidade e, mais tempo menos tempo, ou provoca uma reação social, ou cai em desuso, até ser formalmente revogada”.

¹⁸ Segundo o autor, “ainda que de normas de direito singular se trate, sua universalidade sempre ocorre, desde que todas as pessoas ou relações, que formam o seu objeto, sejam quais e quantas forem, satisfaçam os pressupostos e os elementos que as mesmas normas estabelecem (1960, p. 209).

incidem. Os dois princípios, reunidos, assim se traduzem: a lei é igual para todos e todos são iguais perante a lei”¹⁹.

Ressalte-se, como explica o mencionado doutrinador (1960, pp. 211 e 212), que o termo “lei”, na expressão mencionada, foi usado no seu sentido político e equivale a “norma obrigatória de direito, abrangendo as próprias normas constitucionais, as leis propriamente ditas, os decretos, regulamentos, atos administrativos obrigatórios, resoluções de entidades autárquicas ou paraestatais e assim por diante”, podendo exteriorizar seu conteúdo com ordens ou mandamentos (determinando o que se deve fazer ou proibindo algo de se fazer) ou diretrizes que se tornam obrigatórias se os atingidos pela norma não convencionarem ou agirem de modo diverso (preceitos dispositivos). *Legis virtus haec est: imperare vetare permitere punire* (MODESTINO: 1, 7, d. 1, 3).

Essa variedade de espécies normativas positivadas, contudo, sobretudo nas democracias, é organizada de forma hierarquizada, de modo que cada tipo de norma tem origem estatal distinta, maior ou menor extensão de eficácia e maior ou menor intensidade criadora do Direito, encontrando umas seu fundamento de validade nas outras (VICENTE RÁO, 1960, pp. 346 a 348).

2.3. Normas constitucionais positivadas e bloco de constitucionalidade

Em complemento ao que foi dito no item anterior, cumpre lembrar que norma, de acordo com KELSEN (1999, p. 4), é “o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém (...). A norma é um dever-ser e o ato de que ela constitui o sentido é um ser”, apesar do primeiro (dever-ser) nem sempre corresponder ao segundo (ser).

Prossegue KELSEN (1999, p. 155),

dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. 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

¹⁹ VICENTE RÁO, 1960, p. 210.

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 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.

O ato normativo, de acordo com JOSÉ CARLOS FRANCISCO (2009, p. 17),

pode ser inicial, derivado, primário e, ainda secundário. Do amálgama ou pressuposto que constitui a norma hipotética fundamental para Kelsen, o texto constitucional, produzido pelo Constituinte Originário, é o parâmetro jurídico inicial dessa sistematização, dando fundamento aos demais atos normativos e estruturando o ordenamento jurídico.

Como ressaltam GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, pp. 85 e 86), a Constituição, sob o aspecto material, abrange não só

as normas que organizam aspectos básicos da estrutura dos poderes públicos e do exercício do poder, [mas também as] normas que protegem as liberdades em face do poder público e normas que tracejam fórmulas de compromisso e de arranjos institucionais para a orientação das missões sociais do Estado, bem como para a coordenação de interesses multifários, característicos da sociedade plural.

Já sob o prisma formal, de acordo com o MENDES e BRANCO (2018, p. 86) “é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado”, ou seja, o conjunto de normas que ocupam o mais alto grau na hierarquia jurídica estatal.

KEMAL GÖZLER (1997, p. 11 e 12) salienta que a definição de Constituição pela perspectiva formal é mais adequada, pois o critério material é vago e depende da concepção pessoal de cada autor. Não existe um padrão objetivo na doutrina para estabelecer o que deve ser tido por materialmente constitucional²⁰.

²⁰ Afirma KEMAL GÖZLER, citando as definições de constituição no sentido material de vários doutrinadores para justificar seu raciocínio: *la définition matérielle de la constitution est une définition assez vague, qui dépend de la conception personnelle des auteurs. Nous avons défini plus haut la constitution au sens matériel comme l'ensemble des règles qui déterminent l'organisation et le fonctionnement des organes de l'Etat. Cependant il faut noter que différents auteurs utilisent diverses autres expressions dans cette définition au lieu de celle d'« organes de l'Etat ». Par exemple Carré de Malberg utilise le terme « pouvoirs publics »; Joseph-Barthélemy et Paul Duez parlent de « l'organisation de l'Etat »; Charles Debbasch et ses amis du « pouvoir politique »; Paolo Biscaretti Di Ruffia, de « la structure essentielle de l'Etat »; Michel Henri Fabre, de « l'organisation politique, sociale, économique de l'Etat ». Enfin, en partant toujours du même critère les divers auteurs donnent des définitions encore plus différentes. Par exemple, Georges Vedel (ainsi que Jean Gicquel) définit la constitution au sens matériel comme « l'ensemble des règles de droit les plus importantes de l'Etat ». Mais, comme le demande Otto Pfersmann, « quel est le critère de l'importance »? Chaque auteur donne les différentes règles les plus importantes ». Par exemple selon Georges Vedel, « sont règles constitutionnelles celles qui déterminent la forme même de l'Etat (unitaire ou fédéral), la forme de son gouvernement (républicain ou monarchique), les organes qui le dirigent et la manière dont ils sont constitués, les compétences dont ils sont investis, les*

Ademais, como lembra RAYMOND CARRÉ DE MALBERG (1962, p. 571), a noção material de Constituição é desprovida de valor, pelo menos do ponto de vista jurídico, pois o que distingue normas constitucionais de leis ordinárias é apenas o elemento formal²¹.

Sob o ângulo da técnica jurídica na teoria da Constituição, pois, o essencial é o ponto de vista formal, porque somente ele torna possível distinguir as leis constitucionais das leis ordinárias, completa GEORGES VEDEL (1989, p. 113)²², que ainda afirma não existir norma que defina materialmente constituição, sendo constitucional qualquer disposição emanada do poder constituinte, independentemente do seu objeto (1992, p. 178)²³.

Nesse ângulo formal, a Constituição serve de parâmetro para cotejo da validade (constitucionalidade) de todas as outras normas jurídicas do ordenamento.

E, como ensina ALEXANDRE DE MORAES (2022, p. 805),

no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais.

Na atual realidade político-jurídica brasileira, pois, a Constituição Federal de 1988, em seu texto originário, é a nossa “norma fundamental” e encontra-se no grau mais elevado da hierarquia normativa brasileira. Ela, fruto da obra do Poder Constituinte Originário, “representa o escalão de Direito positivo mais elevado” (KELSEN, 1999, p. 155) e suas disposições oferecem o fundamento de validade de todas as demais normas de nosso ordenamento jurídico, inclusive daquelas que se prestam a alterá-la²⁴.

droits des citoyens ». Par contre selon Jean Gicquel, « on englobe sous cette dénomination, les trois séries ci-après : les règles relatives à la forme de l'Etat, à l'exercice de la souveraineté entre les pouvoirs constitués (régime parlementaire ou présidentiel, etc.) et celles concernant les droits des citoyens ». Cette différence montre très bien qu'il n'y a pas de critère objectif de cette importance. En conséquence on peut dire qu'on ne peut pas faire une définition objective de la constitution en partant du critère matériel.

²¹ Nas palavras do autor: *La notion matérielle de la constitution est dépourvue de valeur, du moins au point de vue juridique. Em droit, le critérium qui permet de discerner les lois constitutionnelles des lois ordinaires, réside uniquement dans un élément de forme: la notion de Constitution est purement formelle.*

²² Afirma, no seu idioma: *Ce qui est essentiel, dit-il, du point de vue de la technique juridique dans la théorie générale de la Constitution, c'est le point de vue formel.*

²³ Diz o mencionado doutrinador: *il n'existe pas de définition matérielle de la Constitution. Est constitutionnelle, quel qu'en soit l'objet, toute disposition émanant du pouvoir constituant.*

²⁴ Desse ponto de vista, inclusive, pode-se dizer que o texto primário da Constituição de 1988 está situado “um degrau acima”, pois até suas modificações, promovidas por meio de emendas constitucionais, sujeitam-se às suas disposições. Para efeitos de controle de constitucionalidade das demais espécies

As “normas constitucionais positivadas” que servem como padrões de referência para realização da revisão de constitucionalidade das demais normas jurídicas pátrias, contudo, não se restringem ao texto primitivo da nossa Carta Política.

Primeiro porque as alterações promovidas no próprio texto constitucional primordial, por força do processo de emenda constitucional²⁵ realizado na forma do art. 60 da Constituição, passam também a ter dimensão constitucional.

Por outro lado, há, no Direito brasileiro, ainda, normas com *status* constitucional insertas em outros diplomas. Esses preceitos, além daqueles constantes do próprio texto da Constituição Federal (originário ou alterado), formam o chamado “bloco de constitucionalidade”, expressão importada por nós do Direito francês, que mede a constitucionalidade das demais normas de natureza legislativa ou administrativa.

CHARLOTTE DENIZEAU-LAHAYE (2022) lembra que a expressão *bloc de constitutionnalité* surgiu na doutrina francesa no início da década de 1970 e é largamente aceita academicamente naquele país, apesar do *Conseil Constitutionnel* ou o *Conseil d'État*, ou mesmo os órgãos judiciários das instâncias inferiores francesas, praticamente nunca a terem utilizado em suas decisões²⁶.

normativas, contudo, não importa fazer essa distinção, pois todas as normas constitucionais, tanto aquelas ainda vigentes em sua redação original, quanto aquelas atualmente em vigor com redações alteradas em razão de regular processo de emenda, fundamentam a validade das demais.

²⁵ Quanto à terminologia para denominar o processo de modificação das disposições constitucionais, aplicável, neste trabalho, na íntegra, a citação do trecho da tese de Doutorado de JOSÉ DUARTE NETO (2009, 232): “Observe-se que não existe uma denominação segura para a transformação formal da Constituição. As diversas Constituições brasileiras trataram o tema com falta de técnica. Para alguns juristas, Reforma seria a transformação de todo o texto constitucional; Revisão, quando programada periodicamente; e Emenda a mudança pontual. A Constituição americana trata o tema como *Amendment*, e os franceses como *révision*. A tradição constitucional brasileira traz um espectro colorido. A Constituição de 1824 previa reformas (art. 174), fazendo o mesmo a Constituição de 1891 (art. 90), a despeito de a última ter sofrido emendas. A Constituição de 1934 distinguia as emendas da revisão, de acordo com o procedimento empregado. No título pertinente às “Emendas à Constituição”, a Constituição de 1937 estabelecia que a Carta poderia ser emendada, modificada ou reformada”. A partir de 1946 adotou-se exclusivamente o mecanismo das emendas, e somente na Constituição de 1988, é que uma vez mais se diferenciou emenda de revisão. Por inexistir uma terminologia sedimentada, empregar-se-á aqui os termos como sinônimos [...] (Sobre a terminologia Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Comparado*. op. cit. p.77-78)”.

²⁶ De acordo com DENIZEAU-LAHAYE (2022), o órgão de comunicação do *Conseil Constitutionnel*, contudo, menciona a expressão *bloc de constitutionnalité* em seu sítio eletrônico. Nas palavras da jurista: “Proposée au début des années 1970, immédiatement adoptée par la doctrine, comme si elle allait de soi, elle reste aujourd’hui une entrée d’index courante des ouvrages de droit constitutionnel ou de libertés fondamentales. Ils lui consacrent des développements pour en identifier, préciser et délimiter le contenu. Lancé, le mot bloc aurait pu être négligé, ignoré. Mais la greffe a pris. Et si le choix de l’expression a pu être questionné et remis en cause, son succès ne s’est pas démenti au fil des décennies. [...] Succès non démenti, formidable longévité, véritable praticité... Pourtant l’expression «bloc de constitutionnalité» n’a jamais été utilisée par le Conseil constitutionnel. Ni dans ses visas, ni dans ses décisions, ni même dans les commentaires: il n’a jamais fait sienne cette expression doctrinale, cantonnée à la science et à

Importa, pois, estabelecer quais disposições encontram-se nesse “bloco de constitucionalidade”, pois ele é o parâmetro para verificação da constitucionalidade das demais normas do ordenamento, legislativas ou administrativas, e de todos os atos do Poder Público em geral.

No Brasil, o bloco de constitucionalidade é formado pelas normas constantes:

1. no corpo da Constituição Federal de 1988, tanto as originárias, ainda vigentes, quanto as alteradas ou incluídas por força de emendas constitucionais;
2. nos textos dessas emendas constitucionais que não foram incorporados na Carta Política; e,
3. desde 30 de dezembro de 2004, em razão da modificação promovida pela Emenda Constitucional nº 45, nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, pois equivalerão às emendas constitucionais (CF, art. 5º, § 3º)²⁷.

Todas as demais disposições normativas estatais, de origem legislativa ou administrativa, no Brasil, portanto, devem se coadunar com as normas previstas nesses textos normativos, nesse “bloco de constitucionalidade”.

l'enseignement du droit constitutionnel. Elle a pu être trouvée dans une unique décision en 1999 lorsque le Conseil restituait l'argumentaire des auteurs d'une saisine a priori - qui eux l'utilisent souvent, qu'ils soient députés, sénateurs ou président du Sénat - mais sans que jamais il ne se l'approprie. [...] L'expression n'est pas plus utilisée par les juges ordinaires. Il y a bien une jurisprudence d'une Cour administrative d'appel où l'expression apparaît pour rejeter l'examen de la constitutionnalité d'une loi en vertu de la théorie de la loi-écran, mais elle est restée isolée. Quant au Conseil d'État, il n'y a jamais fait référence, sauf lorsque l'arrêt restitue les prétentions des demandeurs d'une question prioritaire de constitutionnalité. Il en va de même devant le juge civil. [...] Si le Conseil constitutionnel n'a jamais utilisé la formule, en revanche son service juridique et celui de la communication n'ignorent pas l'expression. Sur le site Internet du Conseil, sous l'onglet Constitution, il y a désormais une entrée «bloc de constitutionnalité». La page présente le contenu de ce bloc: la Constitution et ses cent quatre articles, son Préambule et les trois textes auxquels il renvoie: la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Charte de l'environnement de 2004”. Disponível em <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-genese-du-bloc-de-constitutionnalite>>. Acesso em 17/08/2022.

²⁷ Art 5º (CF)

[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ressalte-se que, ao contrário do ordenamento francês, que considera o Preâmbulo²⁸ da Constituição Francesa e os textos a que se refere²⁹ como parte do seu bloco de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Preâmbulo da Constituição de 1988 está destituído de conteúdo normativo e, portanto, não integra o bloco de constitucionalidade no Direito brasileiro. Situa-se o Preâmbulo no domínio da política e expressa posição ideológica do constituinte³⁰. Admitiu a Corte Suprema, no entanto, que o Preâmbulo veicula princípios e valores defendidos pelo Estado, servindo de vetor interpretativo da Lei Maior³¹.

Saliente-se, ainda, que, apesar de abalizada posição doutrinária no sentido de que os princípios implícitos extraídos do texto constitucional também integrariam o “bloco de

²⁸ O preâmbulo é um texto que precede tratados internacionais, constituições e determinadas leis. Seu uso para introduzir um texto normativo codificado é antigo. O Código de Hamurabi (1780 a.C.) é iniciado com um preâmbulo. O Decálogo, do Antigo Testamento (Êxodo 20, 1-17), antes de mencionar os Dez Mandamentos, também contém um preâmbulo (Êxodo 20, 2): “Eu sou Javé seu Deus, que fiz você sair da terra do Egito, da casa da escravidão”.

²⁹ Compõe o bloco de constitucionalidade na França: o Preâmbulo e as disposições da Constituição de 4 de outubro de 1958, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, o Preâmbulo da Constituição de 27 de agosto de 1946 e a Carta Ambiental de 2004.

³⁰ De acordo com PETER HÄBERLE (2016, p. 258), *característica del contenido de los preâmbulos es la formulación de posturas valorativas, (“altos”) ideales convicciones, motivos, em suma, la imagen própria del constituyente. Esta confesión, la “fe” (así, expressamente, por ejemplo, la Convención de Derechos Humanos), se presenta ocasionalmente al lado de los “conocimientos”. En ocasiones se encuentran caracteres rasgos, casi himnicos, que transmiten el carácter de un estado de ánimo y en geral irradian “brillo”*. Conforme ensina JORGE MIRANDA (2015, p. 309), “o alcance político e literário do preâmbulo é evidente em qualquer Constituição. Ele reflete a opinião pública ou projeto de que a Constituição retira a sua força; mais do que no articulado as palavras adquirem aqui todo o seu valor semântico e a linguagem todo o seu poder simbólico ou afetivo. [...] Os preâmbulos não podem assimilar-se às declarações de direitos. Estas são textos autonomamente aplicáveis, seja qual for o valor – constitucional, legal ou supraconstitucional- que se lhe reconheça, e separados da Constituição instrumental por razões técnicas e, sobretudo, por razões históricas. Ao invés, aos preâmbulos falta essa autonomia e o que neles avulta é, essencialmente, a unidade que fazem com o articulado da Constituição, a qual, desde logo, confere relevância jurídica ao discurso político que aparentam ser. Em contrapartida, não se afigura plausível reconduzir a eficácia do preâmbulo (de todos os preâmbulos ou de todo o preâmbulo, pelo menos) ao tipo de eficácia próprio dos artigos da Constituição. Ele não incorpora preceitos, mas sim princípios que se projetam sobre os preceitos e sobre os restantes setores do ordenamento – e daí, a sua maior estabilidade, que se compadece, de resto, com a possibilidade de revisão. O preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente; nem cria direitos ou deveres; invocados só podem ser os princípios nele declarados (aqui, sim, em plano idêntico aos que podem ser induzidos do restante texto constitucional); e, do mesmo modo não há inconstitucionalidade por violação do preâmbulo como texto a se; só há inconstitucionalidade por violação de princípios nele consignados”.

³¹ Nesse sentido, podem ser conferidas as decisões proferidas na ADI nº 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 08/08/2003, na ADI nº 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/10/2008, na ADPF nº 291, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 10/05/2016 e na ADI nº 4439, Rel. Min. Roberto Barroso, Relator p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJe de 20/06/2018).

constitucionalidade”³², entende-se neste trabalho que não devem ser incluídos nesse conjunto, pois não se expressam, evidentemente, por normas escritas, positivadas, mas decorrem de interpretação jurisprudencial do texto constitucional, ainda que sejam também considerados para fins de parametricidade de constitucionalidade das demais normas do ordenamento³³.

Cumprir observar que o “bloco de constitucionalidade”, assim entendido como o conjunto de normas de referência que servem como parâmetro para controle da

³² Nesse sentido, LEONARDO SARMENTO (2016, pp. 757 a 766) considera que o reconhecimento jurisprudencial de princípios implícitos em nível de direitos fundamentais configurou o terceiro período de evolução do bloco de constitucionalidade no Brasil, após o advento da própria Constituição de 1988 e das Emendas Constitucionais [em especial a partir da EC nº 2, de 25 de agosto de 1992, que estabeleceu que o plebiscito previsto na regra inserta no artigo 2º, *caput*, do Ato das Disposições Transitórias, para definição de forma (república ou monarquia constitucional) e sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), inicialmente marcado para 7 de setembro de 1993, seria antecipado para 21 de abril de 1993, sem modificar o texto constitucional] e antes do quarto período consubstanciado na possibilidade trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 de tratados internacionais sobre direitos humanos ingressarem no ordenamento jurídico brasileiro com envergadura constitucional.

³³ Reza J. J. GOMES CANOTILHO (2003, pp. 919 a 921): “Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição [...]. Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1) o parâmetro da constitucionalidade (= normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo «espírito» ou pelos «valores» que informam a ordem constitucional global. [...] A ordem constitucional global seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de Direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas. [...] Só a constituição pode ser considerada como a norma de referência ou parâmetro normativo do controlo da constitucionalidade dos actos normativos. Saliente-se ainda: é a constituição no seu todo, tanto, pois, no que toca às suas regras de competência e de procedimento legislativo, como aos seus princípios materiais e valores nela incorporados — que é tomada como padrão do julgamento da inconstitucionalidade. Todavia, e mais uma vez, o programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao «texto» da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o «bloco da constitucionalidade» a princípios não escritos, mas ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”.

constitucionalidade das demais no ordenamento jurídico brasileiro³⁴, tem uma geometria variável³⁵, mas positivamente cognoscível.

Tem uma geometria variável porque admite que o Poder Legislativo aumente ou eventualmente reduza (na hipótese de emendas constitucionais que excluam disposições da Constituição) o seu tamanho³⁶, seja pela edição de emendas à Constituição, na forma das regras insertas em seu art. 60³⁷, seja pela aprovação de tratados internacionais sobre direitos humanos mediante quórum qualificado idêntico ao exigido para o processo de emendas constitucionais, em dois turnos de votação,

Positivamente cognoscível porque a modificação do “bloco de constitucionalidade” ocorrerá somente por textos escritos aprovados de acordo com os processos para edição dos atos normativos supramencionados, sem possibilidade de

³⁴ MARCELO NOVELINO (2016. p. 160) dimensiona “bloco de constitucionalidade” de forma diferente. Afirma o autor que “em razão da pluralidade de acepções de constituição, a abrangência material do bloco de constitucionalidade pode variar conforme o significado atribuído. Em sentido estrito, compreende a totalidade de normas constitucionais, expressas ou implícitas, constantes da constituição formal. Corresponde, portanto, ao conceito de parâmetro (ou “norma de referência”) do controle de constitucionalidade. Em sentido amplo abrange, além das normas formalmente constitucionais, as apenas materialmente constitucionais - e.g., normas de direitos humanos compreendidas no Pacto de São José da Costa Rica -, além de outras que, embora situadas abaixo da constituição, são ‘vacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental’ (STF - ADI 595/ES, Rei. Min. Celso de Mello, decisão monocrática (18.02.2002); ADI 514/PI, Rei. Min. Celso de Mello, decisão monocrática (24.03.2008))”.

³⁵ A expressão, em francês, *géométrie variable*, é utilizada por DENIS BARANGER (2018, p. 104) ao referir-se à noção de bloco de constitucionalidade naquele país e seu alcance, sob a ótica jurisdicional, para fins de controle de constitucionalidade, em estudo intitulado *Comprendre le ‘bloc de constitutionnalité’*. Disponível em <https://archive.wikiwix.com/cache/index2.php?url=http%3A%2F%2Fjuspolicum.com%2Farticle%2FComprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-1237.html%23_ftn7#federation=archive.wikiwix.com>. Acesso em 18/08/2022.

³⁶ A expressão “bloco de constitucionalidade” restou consagrada para referir-se ao conjunto de normas constitucionais, constantes ou não no texto da Constituição. Como, porém, ressalta CHARLOTTE DENIZEAU-LAHAYE (2022), a praticidade da palavra explica seu sucesso, mas sugere um bloco rígido e intangível, tal qual uma parede de mármore, como, hipoteticamente, seria composto o grupo de normas de natureza constitucional. A expressão, contudo, é enganosa, pois o “bloco da constitucionalidade” é, na realidade, um todo heterogêneo e inacabado, em razão da constante agregação ou supressão de normas de seu aglomerado. Como afirmou a doutrinadora: “*La praticité du mot explique son succès. Sa force évocatrice aussi. L'image suggère un bloc monolithique et intangible. Et du bloc de marbre au marbre constitutionnel, la métaphore est filée. La représentation est claire et pourtant trompeuse. Le mot «bloc» figure un ensemble homogène, solide, compact, quand il est établi que le bloc de constitutionnalité est en réalité un ensemble hétérogène et inachevé*”. Disponível em <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-genese-du-bloc-de-constitutionnalite>>. Acesso em 17/08/2022.

³⁷ Além das alterações promovidas no texto constitucional pelas emendas constitucionais aprovadas na forma das regras previstas no seu art. 60 (128 emendas até 22 de dezembro de 2022), também modificaram a Carta de 1988 as seis emendas de revisão editadas em 1994 nos termos da norma constante no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [Art. 3º (ADCT) A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral].

incorporação de outros diplomas ao conjunto normativo de parametricidade constitucional por interpretação jurisdicional feita pelo Tribunal Constitucional³⁸, o que traz segurança jurídica.

A linha adotada pelo Supremo Tribunal Federal após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, ocorrido em 3 de dezembro de 2008, confirma referida assertiva.

Trata-se de caso em que instituição bancária moveu contra pessoa natural ação de busca e apreensão de veículo alienado fiduciariamente em garantia do contrato de financiamento celebrado entre as partes, alegando o inadimplemento das prestações pecuniárias.

Em primeira instância, o Juiz de Direito julgou procedente o pedido e condenou o inadimplente a restituir o veículo ou a entregar o seu equivalente em dinheiro no prazo de vinte e quatro horas, mas não decretou a sua prisão por entendê-la inaplicável, apesar do disposto na regra inserta no art. 4º do Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969³⁹, na redação da época.

O Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento à apelação do banco e foi interposto o recurso extraordinário levado ao conhecimento da Suprema Corte. Na mesma

³⁸ Foi o *Conseil Constitutionnel*, na França, que listou os textos que compõe o *bloc de constitutionnalité* daquele país. Na *Décision* nº 71-44 DC, de 16 de julho de 1971, o órgão conferiu dimensão constitucional ao preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, ao censurar uma lei violadora de princípios fundamentais sobre a liberdade de associação. Como ressalta FELICIANO DE CARVALHO (2022, p.9), “no emblemático exemplo francês, o conjunto formador do bloco de constitucionalidade é fruto da atuação do Conselho Constitucional, o que pode gerar questionamentos, haja vista que a entidade responsável por resguardar a constituição vai além, ao estabelecer por sua conta o que entende ser norma constitucional. Daí a importância de que, sendo a teoria do bloco uma realidade conforme a cultura constitucional, a própria constituição deveria traçar o que se deve entender como lei constitucional além dela mesma como texto formalmente codificado. Na Espanha, lembra LEONARDO SARMENTO (2016, pp. 738 e 739), o bloco de constitucionalidade “não se apresenta com tanta clareza quanto na França. Formado por normas materialmente e formalmente constitucionais, sendo estas previstas no título VIII, da Constituição (normas constitucionais primárias) e as que compõem o corpo central do bloco, as normas que delimitam a competência prevista no Estatuto da Autonomia (normas constitucionais secundárias) contém uma variedade de normas de cunho subconstitucional, uma vez que possuem normas expressas na constituição, outras estão previstas em alguns Estatutos de Autonomia e outras podem ser habilitadas pelo legislador”. Com efeito, na Espanha, dispõe o art. 28.1 da Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), de 3 de outubro de 1979 que *para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.*

³⁹ Art. 4º (Dec-lei nº 911/1969) Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil. (Redação anterior à dada pela Lei nº 13.043, de 2014).

sessão de julgamento também foi apreciado, sobre o mesmo tema, o Habeas Corpus nº 87.585, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e o Recurso Extraordinário nº 349.703, da relatoria do Ministro Carlos Britto (redator do acórdão Ministro Gilmar Mendes).

A Suprema Corte Brasileira, na ocasião, por apertada maioria (5x4) alterou seu entendimento⁴⁰ e firmou que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores ao advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, aprovados por maioria simples no Congresso Nacional (CF, art. 47), como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) possuem posição taxinômica supralegal, mas não constitucional. Ou seja, situam-se, na pirâmide do ordenamento jurídico pátrio, abaixo da Constituição, mas acima da legislação interna⁴¹.

Venceu o posicionamento capitaneado pelo Ministro Gilmar Mendes (*status* supralegal), na linha do disposto no art. 25 da Constituição Alemã de 1949⁴², no art. 55

⁴⁰ Desde o julgamento, no Tribunal Pleno do STF, em 1º de junho de 1977, do Recurso Extraordinário nº 80.004, da relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, e até o veredicto proclamado no Recurso Extraordinário nº 466.343, predominava na Suprema Corte brasileira o entendimento de que todos os tratados e convenções internacionais ratificados no Brasil (pelo voto da maioria simples dos membros do Congresso Nacional) ingressavam no ordenamento jurídico pátrio com *status* de lei ordinária e, assim, poderiam ser posteriormente revogados por lei que tratasse da matéria por eles contemplada de forma diversa (*lex posterior derogat legi priori*). Nesse sentido: STF, HC nº 72.131, relator Ministro Marco Aurélio, DJ 01/08/2003; Medida Cautelar na ADI nº 1.480, relator Ministro Celso de Mello, DJ 18/05/2001; HC nº 79.870, relator Ministro Moreira Alves, DJ 20/10/2000; HC nº 77.053, relator Ministro Mauricio Corrêa; DJ 04/09/1998; RE nº 206.482, relator Ministro Mauricio Corrêa, DJ 05/09/2003; e, RHC nº 80.035, relator Ministro Celso de Mello, DJ 17/08/2001. É o que, poderia, se tivesse prevalecido referida orientação, ter sucedido com as disposições analisadas no RE nº 466.343, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, relativas à impossibilidade de prisão do depositário infiel, em razão da norma posterior constante no art. 652 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), sem embargo dos outros argumentos apresentados no julgamento para afastamento da prisão.

⁴¹ Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes cita MALCOLM SHAW (2003, pp. 151 a 162), que anota “os seguintes ordenamentos que prevêm a prevalência dos tratados internacionais sobre as leis internas: França (caso Café Jacques Fahre, Cour de Cassation, 16 Common Market Law Reviwe, 1975); Holanda (Nordstern Allgemeine Versicherung AG v. Vereinigte Stinees Rheinreedereien 74, International Law Review - ILR) ; Itália (Canadá v. Cargnello, Corte de Cassação Italiana , 114 ILR) ; Chipre (Malachtou v. Armefti and Armefti, 88 ILR); e Rússia (art. 5º da Lei Federal Russa sobre Tratados Internacionais, adotada em 16 de Junho de 1995)”.

⁴² Artikel 25. Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes (“Art. 25. As regras gerais do Direito Internacional Público integram o direito federal. Elas têm precedência sobre as leis e criam direitos e obrigações diretamente para os habitantes do território nacional”).

da Constituição Francesa de 1958⁴³ e no art. 28.1 da Constituição Grega de 1975⁴⁴, em contraponto à posição defendida pelo Ministro Celso de Mello, para quem os referidos tratados internacionais revestiram-se de caráter materialmente constitucional e, portanto, integrariam o “bloco de constitucionalidade”⁴⁵.

⁴³ *Article 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* (“Art. 55. Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior à das leis, sujeito, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte”).

⁴⁴ *Article 28.1. The generally recognised rules of international law, as well as international conventions as of the time they are ratified by statute and become operative according to their respective conditions, shall be an integral part of domestic Greek law and shall prevail over any contrary provision of the law. The rules of international law and of international conventions shall be applicable to aliens only under the condition of reciprocity.* (Άρθρο 28.1. Οι γενικά παραδεγμένοι κανόνες του διεθνούς δικαίου, καθώς και οι διεθνείς συμβάσεις, από την επικύρωσή τους με νόμο και τη θέση τους σε ισχύ σύμφωνα με τους όρους καθεμιάς, αποτελούν αναπόσπαστο μέρος του εσωτερικού ελληνικού δικαίου και υπερισχύουν από κάθε άλλη αντίθετη διάταξη νόμου. Η εφαρμογή των κανόνων του διεθνούς δικαίου και των διεθνών συμβάσεων στους αλλοδαπούς τελεί πάντοτε υπό τον όρο της αμοιβαιότητας) (“Art. 28.1. As regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como as convenções internacionais, desde sua ratificação por lei e sua entrada em vigor de acordo com os termos de cada uma, são parte integrante do direito interno grego e prevalecem sobre qualquer outra disposição legal contrária. A aplicação das regras do direito internacional e das convenções internacionais a estrangeiros está sempre sujeita à reciprocidade”).

⁴⁵ Nesse sentido posiciona-se CELSO LAFER (2005, pp. 17 e 18): “Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva 'ex parte civium' dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao 'iter' previsto no novo § 3º do art. 5º. Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45, seguindo a política jurídica exterior determinada pela 'vis directiva' do inc. II do art. 4º. Entre estes tratados estão o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Penso que os dispositivos destes e de outros tratados recepcionados pela ordem jurídica nacional sem o 'quorum' de uma emenda constitucional não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias. E é neste ponto que a controvérsia se colocará em novos termos [...]. Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade. Faço estas considerações porque concebo, na linha de

O Supremo Tribunal Federal, pois, ao não conferir dimensão constitucional aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados ao Direito Brasileiro antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, deixou de admitir a ampliação, por via de interpretação judicial, de normas ao conjunto daquelas que servem de paradigma para o controle de constitucionalidade.

Conseqüentemente, esse “bloco de constitucionalidade” (assim entendido, repita-se, como esse corpo de normas padrão para fiscalização da constitucionalidade das demais no ordenamento) somente pode ser alterado por via legislativa específica (emendas constitucionais ou aprovação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos pelo Congresso Nacional com quórum qualificado de votos).

Evitou-se, nas palavras utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes nos debates durante a votação do RE nº 466.343, uma “atomização de normas constitucionais” que ocorreria se adotada a posição contrária, com insegurança jurídica, uma vez que haveria dificuldade para se estabelecer qual tratado internacional teria dimensão constitucional⁴⁶.

Em suma, as normas constitucionais positivas, o conjunto de normas que servem de parâmetro para controle da constitucionalidade de leis e atos normativos estatais, o “bloco de constitucionalidade” brasileiro, é constituído pelas disposições insertas no corpo da Constituição Federal de 1988, por aquelas constantes de textos dessas emendas constitucionais e que não foram incorporadas na Carta Política e por normas previstas nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, por votação qualificada, na forma do art. 5º, § 3º, da Lei Maior.

Importa, porém, lembrar que, mesmo normas integrantes do próprio “bloco de constitucionalidade” podem se sujeitar a controle de constitucionalidade e serem, portanto, tidas como inconstitucionais. É o que passamos a abordar nos próximos

Flávia Piovesan, que o § 2º do art. 5º, na sistemática da Constituição de 1988, tem uma função clara: a de tecer 'a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional”.

⁴⁶ Sobre a possibilidade de adoção da corrente contrária (dimensão constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004), destacou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto: “Mas fico a imaginar a confusão, diria até a babel, que nós podemos instaurar. Primeiro, com a pergunta sobre se determinado tratado é tratado de direitos humanos. [...] Por outro lado, teríamos de reconhecer que esses tratados passam a integrar o catálogo de normas constitucionais com todas as consequências, inclusive no que diz respeito a controle de constitucionalidade abstrato, onde impera o princípio da *causa petendi* aberta, com a necessidade de aplicação dessas normas sempre que houver essa necessidade. Portanto, estamos aqui realmente num contexto muito específico e que pode provocar uma grave, gravíssima insegurança jurídica”.

subtópicos, uma vez que o reconhecimento da inconstitucionalidade de normas do referido bloco repercute na validade das inferiores, de natureza legislativa ou administrativa.

2.3.1. A impossibilidade de controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias

No Brasil, as normas originárias da Constituição Federal, fruto de manifestação do Poder Constituinte Originário, não se submetem a qualquer controle de constitucionalidade.

Foi afastada, pelo Supremo Tribunal Federal, em 28 de março de 1996, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815⁴⁷, da relatoria do Ministro Moreira Alves, a aplicação, em nosso ordenamento, da doutrina de OTTO BACHOF (1977, pp. 54 a 68)⁴⁸ quanto à possibilidade de disposições primevas da Carta Política violarem um direito supralegal, anterior à própria existência do Estado e de observância obrigatória, positivado ou não, ou quanto à existência de graus entre as próprias normas constitucionais primárias, devendo as de nível inferior conformarem-se com as de categoria superior.

A respeito, entendeu a Suprema Corte brasileira que não há hierarquia entre normas constitucionais originárias em um sistema de Constituição rígida como o nosso, uma vez que todas retiram sua validade da mesma fonte, o Poder Constituinte Originário. Por outro lado, a Constituição outorga ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, *caput*) a sua guarda, ou seja, o poder jurisdicional de evitar o desrespeito a ela como um todo,

⁴⁷ Na referida ação direta foi pedida a declaração da inconstitucionalidade da expressão “para que nenhuma daquelas unidades tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados” e da palavra “quatro” previstas, respectivamente, nas normas constantes nos parágrafos 1º e 2º, ambos do art. 45 da Constituição Federal, porque feririam o princípio da igualdade do voto, na medida em que cria distorções quanto ao número de deputados que cada Estado da Federação pode indicar para compor a Câmara dos Deputados.

⁴⁸ OTTO BACHOF (1977, pp. 48 a 70) ao tratar do Direito alemão, arrola as seguintes diferentes possibilidades de normas constitucionais serem inconstitucionais (inválidas): 1) por violação da Constituição escrita: a) inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais; b) inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição; c) inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior; d) inconstitucionalidade resultante da “mudança de natureza” de normas constitucionais; e) inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional; e, 2) por violação de direito constitucional não escrito: a) inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição; b) inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário; c) inconstitucionalidade (invalidade) ou infração de direito supralegal não positivado.

mas não a autoridade para fiscalizar se o Poder Constituinte Originário, ao elaborar a própria Constituição, desrespeitou algum princípio de direito supralegal.

Sobre o assunto, afirma JORGE MIRANDA (1988, p. 291):

No interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte (originário), não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem vemos como órgãos de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer das suas normas. É um princípio de identidade ou de não contradição que o impede. Pode haver inconstitucionalidade por oposição entre normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade destas decorre daquelas; não por oposição entre normas feitas ao mesmo tempo por uma mesma autoridade jurídica. Pode haver inconstitucionalidade da revisão constitucional, porque a revisão funda-se, formal e materialmente, na Constituição; não pode haver inconstitucionalidade da Constituição.

Em suma, conforme restou pacificado pela Alta Corte Brasileira no julgamento da ADI nº 815, impossível o controle de constitucionalidade de normas originárias da própria Constituição Federal no Brasil.

2.3.2. A possibilidade de controle de constitucionalidade das outras normas que integram o bloco de constitucionalidade

Quanto às demais normas que compõe o bloco de constitucionalidade no Direito Brasileiro, ao contrário das normas constitucionais originárias, admissível o controle de sua constitucionalidade.

Assim, as emendas constitucionais e os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com quórum qualificado, na forma do art. 5º, § 3º, da Lei Maior, estão sujeitos a controle de constitucionalidade, ainda que integrem a própria ordem de normas superiores de cunho constitucional e sirvam também de parâmetro de validade para as demais (das ordens legislativa e administrativa).

2.3.2.1. Emendas constitucionais e controle de sua constitucionalidade

No que toca às emendas constitucionais, cumpre lembrar que o constituinte brasileiro, ao conceber a Carta de 1988, não a definiu como um documento eterno, imutável, alheio às mudanças da sociedade e aos anseios da soberania popular⁴⁹. Trata-se

⁴⁹ Cumpre lembrar a frase de Publílio Siro: *Malum est consilium quod mutari non potest* (um plano que é incapaz de mudar é um mau plano).

de uma constituição rígida⁵⁰ que admite, entretanto, com restrições, sua própria alteração, porém por meio de um procedimento mais complexo e dificultoso que o regular processo legislativo, previsto nas regras de seu art. 60⁵¹. Trata-se do procedimento para edição de emendas constitucionais.

⁵⁰ ALEXANDRE DE MORAES (2022, p. 9) classifica as constituições, quanto à estabilidade, em imutáveis, rígidas, flexíveis e semirrígidas. Imutáveis são as constituições sem possibilidade de qualquer alteração. Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo mais solene que aquele concebido para a elaboração de outras espécies normativas. Flexíveis são as constituições modificáveis por processo legislativo ordinário. Semirrígidas (ou semiflexíveis) são as constituições que contêm uma parte rígida e outra flexível, ou seja, algumas de suas disposições são modificáveis apenas por um processo mais custoso e outras pelo processo legislativo regular. Considera MORAES (2022, p. 9) a Carta de 1988 uma constituição super-rígida “uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4º – cláusulas pétreas). JOSÉ DUARTE NETO (2009, pp. 73 e 74), com apoio na lição de NELSON DE SOUZA SAMPAIO (1994, pp. 40 a 43), apresenta, a respeito, classificação um pouco diferente, citando quatro tipos de constituições: imutáveis, fixas, rígidas e flexíveis, incluindo a Constituição de 1988 na espécie das rígidas. Trata-se, segundo o autor, de “classificação que tem por pressuposto a existência de três círculos de atribuições, concêntricos e coexistentes: o Poder Constituinte, o Poder Reformador e o Poder Legislativo. O primeiro deles pertence ao Poder Constituinte que [...] representa a faculdade de organizar o Estado, sem nenhuma limitação de direito positivo interno, quando se trata de unidade soberana’. Foi criação do gênio de Sieyès, na véspera da Revolução Francesa, mas por outro lado, [...] nos países de constituição flexível, encontramos uma organização permanente de poder constituinte, pois este se exercita pelo órgão legiferante do Estado, competente para tanto para fazer as leis e a constituição como para reformar esta e até substituí-la.’ Esse último fenômeno não acontece naqueles de Constituição Rígida, na qual persiste um segundo círculo de atribuições, o Poder Reformador. O Poder Reformador é limitado — ao contrário do Poder Constituinte, de natureza ilimitada — porque sua base está na Constituição, que lhe traça os contornos e o procedimento de exteriorização. Manifesta-se por um órgão especial, destinado a esse fim, ou pelo próprio legislativo, mas por um processo diverso da produção legislativa ordinária”. Quanto à diferença das constituições imutáveis e fixas, ressalta JOSÉ DUARTE NETO (2009, p. 74) que, nas primeiras, “há uma só manifestação constituinte, exaurida em uma única vez, que se declara eterna, não sujeita a qualquer tipo de modificação”. Já as constituições fixas são aquelas “que de forma expressa ou implícita têm sua reforma confiada ao mesmo órgão que as criou”, ou seja, “a reforma somente é possível por uma nova manifestação constituinte”.

⁵¹ Art. 60 (CF) A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Lembra YANIV ROZNAI (2014, p. 47) que a identidade constitucional de uma nação é definida pela mistura de valores universais com a história, costumes, valores e aspirações particulares da nação. Nunca é, porém, algo estático, mas dinâmico e pode evoluir com o tempo, por meio de emendas constitucionais. No entanto, independentemente de como a identidade constitucional possa ser modificada, uma nação geralmente permanece fiel a uma “estrutura básica” que compõe sua identidade constitucional. Disposições inalteráveis ajudam a permanecer fiel a essa estrutura básica. Elas amarram o passado, presente e futuro, e desempenham funções expressivas servindo como símbolos importantes para a política. Essas disposições intocáveis (*noli me tangere*) são utilizadas, de certa forma, para criar e manter essa identidade constitucional⁵².

Ressalte-se que, apesar de insertas na Constituição de 1988 em sessão relativa ao processo legislativo, as emendas constitucionais não são “obra do legislador, do Poder Legislativo, mas sim do Poder Constituinte, ainda que do Poder Constituinte derivado”. No Brasil, contudo, desde a Constituição de 1967, as emendas constitucionais são inscritas “entre os atos que compreendem o processo legislativo”⁵³, explica MANOEL

⁵² Nas suas palavras: *A nation's constitutional identity is defined by the intermingling of universal values with the nation's particularistic history, customs, values and aspirations. 206 It is never a static thing but dynamic and can evolve with time, for example through constitutional amendments. 207 Regardless of how the constitutional identity can be modified, a nation usually remains faithful to a 'basic structure' that comprises its constitutional identity. 208 Unamendable provisions assist in remaining true to that basic structure. They tie the past, present, and future, and carry out expressive functions serving as important symbols for the polity. Therefore these noli me tangere provisions are utilised, in a way, for creating and maintaining a polity's constitutional identity.*

⁵³ A Constituição Francesa de 1958, por exemplo, trata do seu processo de revisão no seu art. 89º do Capítulo XVI, situado topograficamente distante do Capítulo V da referida Carta Política, que, ao dispor das relações entre o parlamento e governo francês, prescreve as regras do processo legislativo naquele país. Não obstante, há, nas normas insertas no referido art. 89º da Constituição Francesa, expressa remissão ao processo legislativo previsto art. 42º do Capítulo V. Assim dispõe: *Article 89. L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement. Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum. Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale. Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision (Artigo 89º. A iniciativa da revisão da Constituição pertence conjuntamente ao Presidente da República mediante proposta do Primeiro-Ministro e dos membros do Parlamento. O projeto ou proposta de revisão deve ser considerado nas condições de prazo previsto no terceiro parágrafo do artigo 42 e votado por duas assembleias em termos idênticos. A revisão é definitiva após ter sido aprovada por referendo. No entanto, o projeto de revisão não é apresentado no referendo quando o Presidente da República decide apresentá-lo ao Parlamento, convocado em Congresso; Nesse caso, o projeto de revisão é aprovado apenas se reunir a maioria de três quintos dos votos válidos. A mesa do Congresso é a Assembleia Nacional. Nenhum procedimento de revisão pode ser iniciado ou instaurado quando é violada a integridade do território. A forma republicana de governo não pode ser objeto de revisão).*

GONÇALVES FERREIRA FILHO (2012, p. 311). Isso porque cabe ao Poder Legislativo, no Brasil, “a função de Poder Constituinte derivado” e “o processo de elaboração das modificações da Constituição estruturalmente equivale ao da lei ordinária” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 311).

Como a Constituição de 1988 é rígida, o processo para revisá-la sofre, conforme revela ALEXANDRE DE MORAES (2022, pp. 760 a 765), limitações expressas e implícitas.

A respeito, MICHAEL HEIN (2018, pp. 1 a 107) realizou interessante pesquisa sobre as “cláusulas constitucionais de entrincheiramento”, compilando um banco de dados com disposições de 858 constituições entre 1776 e 2015 que buscaram protegê-las de emendas, revelando que referidas “cláusulas” se espalharam pelo mundo e visam, precipuamente, proteger as estruturas básicas de um estado constitucional.

Nessa linha de presença, no ordenamento, de “cláusulas constitucionais de entrincheiramento”, a Constituição Federal brasileira define restrições de cunho material à sua modificação, as chamadas cláusulas pétreas, contempladas nas regras insertas nos incisos de seu art. 60, § 4º, que estabelecem não poderem ser objeto de deliberação propostas de emendas tendentes a abolir: a) a forma federativa de Estado; b) o voto direto, secreto, universal e periódico; c) a separação dos Poderes; d) os direitos e garantias individuais⁵⁴.

A Carta de 1988 também contempla explícitas limitações circunstanciais (CF, art. 60, § 1º) e procedimentais (CF, art. 60, §§ 2º, 3º e 5º) à sua própria reforma. A Constituição não pode ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (limitações circunstanciais), só pode ser emendada mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou do Presidente da República; ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros, devendo a proposta ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros, sendo a emenda à Constituição

⁵⁴ A imutabilidade dessas matérias impede que ocorra, com a Constituição Brasileira de 1988 (e nos ordenamentos de constituições rígidas), o paradoxo do navio de Teseu, possível de se discutir nas constituições flexíveis. Afinal, se substituídas todas as disposições de uma constituição durante a sua vigência (as peças do navio de Teseu durante a sua viagem), ela ainda permanece a mesma?

promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, não podendo a matéria constante de proposta rejeitada ou havida por prejudicada ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (limitações procedimentais).

Há, ainda, como acentua a doutrina, restrições implícitas textuais⁵⁵, extraídas do próprio texto constitucional ou tácitas, “imanescentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta” (CANOTILHO, 2003, p. 1129), como a impossibilidade de modificação da própria redação do art. 60 da Constituição Federal⁵⁶ ou da titularidade do Poder Constituinte derivado (MORAES, 2022, p. 765)⁵⁷.

NELSON DE SOUSA SAMPAIO (1994, pp. 95 a 108) afirma que, implicitamente, não podem ser alteradas as normas constitucionais: a) relativas aos direitos fundamentais, para restringi-los ou aboli-los, admitindo, contudo, a ampliação desses direitos; b) que definem o poder constituinte originário, pois o poder reformador

⁵⁵ Nesse sentido, dentre outros: ALEXANDRE DE MORAES (2022, p. 765), GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, pp. 194 e 195) e ANDRÉ RAMOS TAVARES (2020, pp. 222 e 223).

⁵⁶ Há, porém, quem defenda o contrário. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (1995, pp. 5 a 10), por exemplo, aceita, entre nós, na esteira do pensamento de JORGE MIRANDA (1988, pp. 181 a 185), a ideia da “dupla revisão”, consistente na possibilidade de modificação de cláusulas pétreas, por meio de um duplo procedimento de reforma constitucional: primeiro, revoga a disposição que petrifica a cláusula, ou seja, altera-se a norma inserta no art. 60 da Constituição Federal (refuta-se, pois, a existência desse limite implícito de reforma). Em seguida, muda-se ou supre-se a norma constitucional que trata da matéria outrora petrificada. Com ressalta CANOTILHO (2003, pp. 1131 e 1132) ao abordar o tema: “Num primeiro momento, a revisão incidiria sobre as próprias normas de revisão, eliminando ou alterando esses limites; num segundo momento, a revisão far-se-ia de acordo com as leis constitucionais que alteraram as normas de revisão. Desta forma, as disposições consideradas intangíveis pela constituição adquiririam um carácter mutável, em virtude da eliminação da cláusula de intangibilidade operada pela revisão constitucional”.

⁵⁷ YANIV ROZNAI (2014, p. 47) observa que gênese da ideia moderna de limitações implícitas à alteração da constituição parece ter surgido nos Estados Unidos da América. Originalmente, havia regra inserta no art. 5º do Capítulo 2 da *U.S. Constitution* limitando explicitamente o poder de emendá-la em duas hipóteses: a proibição de abolição do tráfico de escravos africanos antes de 1808 e a vedação permanente da possibilidade de privar um Estado de fazer-se representar igualmente no Senado Federal sem o seu consentimento. Passou-se a discutir, contudo, não o alcance e a aplicação das referidas normas, mas a respeito da existência de outras limitações, implícitas, ao poder de emenda. Já no primeiro Congresso americano, Roger Sherman argumentou existir uma diferença entre a autoridade sobre a qual se baseia a constituição e aquela as quais as emendas se baseiam, compreendendo a primeira como um ato do povo e as segundas como atos dos governos estaduais (*It appears that the genesis of the modern idea of implicit limitations on the amending power originated in the U.S. As noted in Chapter 2, Art. V of the U.S. Constitution originally contained two explicit limitations on the amending power: a prohibition on abolishing the African slave trade prior to 1808, and, without time limits, prohibiting the deprivation of a state of its equal representation in the Senate without its consent. The more intense controversy regarding the scope of the amending power did not concern these explicit limitations, but rather the existence of any implicit limitations on the amendment power. In the first American Congress, Roger Sherman – whom Thomas Jefferson described as ‘a man who never said a foolish thing in his life’ – argued that there is a difference between the authority upon which the constitution rests and that upon which amendments rest: “The Constitution is the act of the people, and ought to remain entire. But the amendments will be the act of the State Governments. Again, all the authority we possess is derived from that instrument; if we mean to destroy the whole, and establish a new Constitution, we remove the basis on which we mean to build”*).

não pode alterar o próprio poder que o instituiu; c) concernentes ao titular do poder reformador, porque sua competência lhe foi atribuída pelo poder constituinte originário e, assim, não pode ser delegada ou transferida a outro órgão; e, d) que dizem respeito ao processo de emenda ou revisão constitucional, para simplificá-las, aceitando mudanças que o tornem mais árduo⁵⁸.

O nível de exigência estabelecido na própria Constituição para a edição de emendas constitucionais é elevadíssimo, justamente para dificultar a modificação da obra do Constituinte Originário, mesmo naqueles pontos em que é admitida, observado que, qualquer alteração introduzida, se válida, passa a vincular (serve de parametricidade para) toda a demais produção normativa (legislativa ou administrativa).

Isso porque a deflagração do processo de emenda constitucional é mais restrita que das outras espécies legislativas (a proposta deve partir de, pelo menos, um terço dos membros de uma das Casas do Congresso Nacional, ou do Presidente da República, ou da maioria absoluta das Assembleias Legislativas Estaduais⁵⁹) e sua aprovação depende de quórum qualificadíssimo (três quintos, em dois turnos de votação em cada Casa Legislativa, dos votos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal).

Cumprir observar que, apesar da Constituição Federal estabelecer restrições à legitimação para iniciativa do processo de emenda constitucional em cotejo com aquelas exigidas para principiar o processo legislativo de leis ordinárias ou complementares (conforme reza a norma inserta no art. 61, *caput*, da Lei Maior, a iniciativa das leis

⁵⁸ Os críticos da doutrina dos limites implícitos ao poder de reforma do texto constitucional defendem que, se o constituinte pretendesse proibir certas alterações na constituição, bastaria tê-las incluído em seu texto, observado que, nas constituições que arrolam limitações explícitas, como a Constituição Brasileira de 1988, *expressio unius est exclusio alterius* (a expressão de uma coisa é a exclusão de outra). Como observa YANIV ROZNAI (2014, pp. 219 e 220), tal pensamento é defendido por JOHN VILE (1985, p. 383) e já em 1871, GEORGE HELM YEAMAN (1871, pp. 710 a 711) combatia a noção de limitações implícitas ao afirmar que *we cannot have two constitutions, one of the letter and one of the spirit, the letter amendable and the spirit not. Letter, spirit and approved judicial construction all go to make up the constitution. That constitution by its own terms is susceptible of amendment, and the amendments, when adopted in the way pointed out, are binding and must be obeyed* (não podemos ter duas constituições, uma da letra e outra do espírito, a letra modificável e a do espírito não. Letra, espírito e construção judicial aprovada compõem a constituição. Essa constituição por seus próprios termos é suscetível de emenda, e as emendas, quando adotadas na forma indicada, são obrigatórias e devem ser obedecidas). Da mesma forma se manifesta DAVID DOW (1990-1991, p. 1) e KEMAL GÖZLER (2008, p. 102).

⁵⁹ Observa MANOEL GOLÇALVES FERREIRA FILHO (2012, p. 315), que a Constituição de 1988 ressuscitou a atribuição de iniciativa de processo de emenda constitucional às Assembleias Legislativas dos Estados, suprimida da Constituição de 1967 pela Emenda Constitucional nº 1/69. Ressalta o doutrinador, contudo, a quase inutilidade dessa previsão constitucional, pois, mais fácil que obter o voto de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros, é conseguir, por exemplo, a anuência, para iniciar referido processo de revisão da Constituição, de um terço dos membros do Senado Federal.

complementares e ordinárias é mais ampla, pois cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e até aos cidadãos), não fixou, ao contrário destas espécies normativas, um rol de matérias cuja iniciativa de lei é reservada a determinado cargo ou órgão, como nas situações arroladas no art. 61, § 1º (iniciativas privativas do Presidente da República) ou no art. 96, II (iniciativas privativas do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça), ambos da Carta Política⁶⁰.

Quanto ao número mínimo de votos para aprovação de proposta de emenda constitucional (três quintos) é, com exceção da específica situação prevista no art. 155, § 2º, V, “b” (fixação, pelo Senado Federal, pelo voto de dois terços de seus membros, de alíquotas máximas nas operações internas do ICMS para resolver conflitos específicos que envolvam interesses de Estados), o mais elevado no cenário dos processos normativos e só não é maior, no âmbito do Congresso Nacional, daquele exigido para instauração de processo por crime comum ou de responsabilidade contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado na Câmara dos Deputados (CF, arts. 51, I, e 86, “caput”), para condenação, no processo de *impeachment*, no Senado Federal (CF, art. 52, parágrafo único), e para suspensão das imunidades parlamentares de congressista pela sua respectiva Casas Legislativa durante a vigência de estado de sítio

⁶⁰ Como o Pretório Excelso, em diversos julgados relativos a emendas constitucionais estaduais, firmou posicionamento de que elas não podem veicular matéria que, por lei estadual, dependeria de iniciativa privativa do Poder Executivo Estadual, tendo em vista a necessidade de aplicação do princípio da simetria constitucional em relação à norma inserta no referido art. 61, § 1º (nesse sentido, no STF: ADI nº 3.777, ADI nº 3.644, ADI nº 4.154, ADI nº 3.930, ADI nº 858, ADI nº 1.746, ADI nº 2.616, ADI nº 2.654, ADI nº 1.521, ADI nº 3.295 etc), questionou-se na referida Corte, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.296, da relatoria da Ministra Rosa Weber, a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 74, de 6 de agosto de 2013, que acrescentou ao art. 134 da Constituição da República o § 3º e estendeu às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal o disposto no § 2º, em que asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de proposta orçamentária às Defensorias Públicas Estaduais, defendendo-se a inconstitucionalidade formal da emenda constitucional impugnada, por vício de iniciativa, uma vez resultante de proposta de origem parlamentar – a PEC 207/2012 –, com usurpação da reserva de iniciativa do Poder Executivo para deflagrar o processo legislativo no tocante ao regime jurídico de servidores públicos da União. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, contudo, indeferiu, em 18 de maio de 2016, a medida liminar postulada e, em 4 de novembro de 2020, julgou improcedente a referida ação direta, entendendo, nos termos do voto da Ministra relatora, que, “no plano federal, o poder constituinte derivado submete-se aos limites formais e materiais fixados no art. 60 da Constituição da República, a ele não extensível a cláusula de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, prevista de modo expresso no art. 61, § 1º, apenas para o poder legislativo complementar e ordinário”, sendo “impertinente a aplicação, às propostas de emenda à Constituição da República, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade de emendas às constituições estaduais sem observância da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, fundada na sujeição do poder constituinte estadual, enquanto poder constituído de fato, aos limites do ordenamento constitucional federal”.

(CF, art. 53, § 8º). Nessas exceções mencionadas, contudo, apesar do quórum exigido ser de dois terços, restringe-se o escrutínio, em cada caso, aos membros de apenas uma das Casas Legislativas e em somente um turno de votação.

Saliente-se que, apesar de todos esses limites apresentados à reforma do próprio texto constitucional, não se pode ignorar que a Constituição de 1988, embora rígida, já foi alterada por cento e vinte e oito emendas constitucionais aprovadas na forma do seu art. 60, além de mais seis emendas constitucionais de revisão, elaboradas de acordo com a regra inserta no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁶¹, o que revela, como observa JOSÉ DUARTE NETO (2009, pp. 231 a 253) uma instabilidade normativa na Constituição de 1988 que compromete sua efetividade e funcionalidade⁶².

Cumpra lembrar, ainda, que o processo de emenda constitucional não se restringe à alteração do texto originário da Carta Política, mas também à edição de normas da mesma envergadura constitucional ao ordenamento, constantes dos próprios textos desses atos normativos superiores. Essa prática, na realidade constitucional brasileira atual, iniciou-se já por ocasião da Emenda Constitucional nº 2, de 25 de agosto de 1992⁶³.

⁶¹ Lembra ALEXANDRE DE MORAES (2022, p. 765) que “o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previa um procedimento diferenciado para alteração da constituição, através de revisão, que se inicia após cinco anos, contados da promulgação da constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. A revisão encerrou-se com a promulgação das seis emendas constitucionais de revisão (ECR), em 7-6-1994. Dessa forma, inadmissível, novamente, a utilização do procedimento de revisão”.

⁶² JOSÉ DUARTE NETO (2009, pp. 231 a 234 e 241 a 253), ao tratar do tema quando a Carta de 1988 completava vinte e um anos de vigência e ainda havia sofrido “apenas” cinquenta e seis emendas de acordo com o rito previsto em seu art. 60 e mais seis emendas de revisão na forma do art. 3º do ADCT, observou a disparidade do nosso ordenamento com as realidades espanhola (uma alteração da constituição em trinta anos de vigência), portuguesa (seis modificações em trinta e dois anos), francesa (vinte e quatro reformas em quarenta anos), italiana (trinta e quatro revisões em quarenta anos), alemã (cinquenta e duas alterações em trinta e nove anos) e estadunidense (vinte e sete emendas em mais de dois séculos). Apontou o doutrinador duas causas para a profusão de emendas à Constituição Federal Brasileira: a) estruturais; decorrentes de seu texto analítico, o excesso de normas concretas e a constitucionalização excessiva de conteúdo “não essencialmente constitucional”; e, b) ideológicas, relativas ao modelo constitucional, dirigente, “densamente programático, com pretensões de vincular em limites estritos o órgão legiferante e o exercício da governabilidade, com o objetivo de empreender uma transformação social que suprima as desigualdades de qualquer natureza”. E concluiu que as constantes modificações da Carta Política abalam o sentimento constitucional, o liame moral entre as instituições e os homens, fazendo desaparecer o espírito de continuidade e a crença na estabilidade e na segurança das normas, o que implica no descumprimento da Constituição.

⁶³ Dispõe a EC nº 2/92:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Artigo único. O plebiscito de que trata o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias realizar-se-á no dia 21 de abril de 1993.

§ 1º A forma e o sistema de governo definidos pelo plebiscito terão vigência em 1º de janeiro de 1995.

Em relação ao controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, verifica-se que a história constitucional brasileira tem contemplado, em razão da existência constante de “cláusulas constitucionais de entrincheiramento”, a possibilidade de verificação da compatibilidade delas (emendas constitucionais) com o texto original da Carta Política ou mesmo com disposições introduzidas por emendas anteriores que passaram a contemplá-las⁶⁴.

No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 829, 830 e 833, todas da relatoria do Ministro Moreira Alves, realizado em 14 de abril de 1993, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, manifestou-se pela possibilidade da Corte Suprema Brasileira de examinar a constitucionalidade de reformas constitucionais.

O Pretório Excelso, na ocasião, resgatou decisões proferidas pela Corte em 1926 (Habeas Corpus nº 18.178) e 1980 (Mandado de Segurança nº 20.257), e consolidou a admissibilidade do controle de constitucionalidade de emendas, sob o argumento dele se justificar devido a existência de cláusulas pétreas na Constituição de 1988, o que autoriza a fiscalização judicial das modificações promovidas no texto constitucional, uma vez que elas não podem violar preceitos petrificados, sob pena de violação à supremacia da Constituição.

Esse posicionamento da Corte Constitucional brasileira, saliente-se, não restou imune a críticas. NICOLA TOMMASINI e PEDRO ARCAIN RICETTO (2019, p. 191 a 202) lembram que há países, como a Holanda, que vedam o controle de constitucionalidade, e, nem por isso, não têm constituições consideradas supremas. Por outro lado, o controle de constitucionalidade de emendas não poderia ser equiparado a

§ 2º A lei poderá dispor sobre a realização do plebiscito, inclusive sobre a gratuidade da livre divulgação das formas e sistemas de governo, através dos meios de comunicação de massa concessionários ou permissionários de serviço público, assegurada igualdade de tempo e paridade de horários.

§ 3º A norma constante do parágrafo anterior não exclui a competência do Tribunal Superior Eleitoral para expedir instruções necessárias à realização da consulta plebiscitária.

⁶⁴ Por exemplo, em 30 de julho de 2021, o Juiz Federal Leonardo Cacau Santos La Bradbury, da 2ª Vara Federal de Florianópolis/SC, julgou procedente pedido da parte autora formulado no Processo nº 50140981-30.2020.4.04.7200 e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das disposições contidas no art. 35, III e IV, da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, na parte que revogaram as anteriores regras de transição para fins de aposentadoria previstas nos arts. 2º e 6º, ambos da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005. Argumentou o Magistrado que houve uma “inconstitucionalidade por sobreposição de regras de transição”, que “ocorre quando o legislador constituinte reformador desrespeita, por completo, a regulamentação da matéria realizada previamente pelo próprio Poder Constituinte Derivado, retirando os direitos a estabilidade e previsibilidade mínimas que são asseguradas pelo ordenamento a nível constitucional, violando, desse modo, simultaneamente, a Proteção da Confiança, o Estado Democrático de Direito e a Segurança Jurídica” (LA BRADBURY, 2021, p. 982).

simples comparação de textos normativos, porque deve considerar a questão sobre a autoridade de quem deve decidi-lo, para equilibrar harmoniosamente a separação de poderes, evitando riscos à própria democracia, observado que a Constituição brasileira não estabeleceu expressamente a possibilidade do Poder Judiciário exercer essa fiscalização e, ao contrário do controle de leis, em que sempre há a possibilidade de reversão da decisão proferida pelo parlamento, atingidos outros critérios formais, não se revela admissível tal reversão por ato do Poder Legislativo na hipótese de expurgo de emenda constitucional do ordenamento em sede de controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal, limitando “definitivamente o alcance das decisões dos representantes do povo”.

A respeito desse último ponto de crítica, citam os autores relevante pensamento de CONRADO HUBNER MENDES (2005, p. 461): no caso do controle de emendas, decisões judiciais invalidam a última rota institucional pela qual a vontade da maioria pode se impor. Admitir o controle judicial de emendas constitucionais traz consigo uma séria consequência institucional: a Suprema Corte se torna a última ligação no circuito de decisões do Estado⁶⁵. HUBNER MENDES (2005, p. 461), inclusive, prossegue no seu raciocínio e afirma que o Poder Judiciário, ao fiscalizar emendas constitucionais, não atua sobre uma decisão nula e nem o sistema representativo revela-se defeituoso. O que ocorre é um conflito sobre diferentes interpretações possíveis de cláusulas abertas da Constituição brasileira⁶⁶.

De toda sorte, posicionou-se a Suprema Corte brasileira pela possibilidade do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais.

Cumprir observar que, nas ADIs nºs 829, 830 e 833, houve discussão quanto à constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 2, de 25 de agosto de 1992, que trouxe alterações na realização do plebiscito sobre a forma e sistema de governo previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Apesar do Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, como dito, ter deliberado, no julgamento das referidas ações de controle concentrado, quanto à possibilidade de fiscalização judicial de

⁶⁵ No original: *In the case of amendments, as I have mentioned earlier, judicial decisions invalidate the last institutional route the will of the majority has to make itself heard. Admitting the judicial control of constitutional amendments brings a serious institutional consequence: the Supreme Court becomes the last link in the State decision circuit*”.

⁶⁶ No original: *When it controls constitutional amendments, the Judiciary is not acting on a decision void, nor is the representative system being defective. What happens is that there is a conflict on different, possible interpretations of open clauses of the Brazilian Constitution.*

constitucionalidade da revisão constitucional, referidas ações diretas foram julgadas improcedentes⁶⁷.

A Suprema Corte brasileira, porém, reconheceu posteriormente a inconstitucionalidade de disposições trazidas por emendas constitucionais em diversos julgados⁶⁸.

Não se pode olvidar, por outro lado, que o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade de emenda constitucional importa também na constatação do mesmo vício em relação a todos os atos normativos legislativos e administrativos editados com base nas disposições constitucionais alteradas ou acrescidas pela reforma e que lhes serviam de suporte.

⁶⁷ As mencionadas ações diretas receberam a seguinte ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANTECIPAÇÃO DO PLEBISCITO A QUE ALUDE O ART. 2º DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. - NÃO HÁ DÚVIDA DE QUE, EM FACE DO NOVO SISTEMA CONSTITUCIONAL, É O S.T.F. COMPETENTE PARA, EM CONTROLE DIFUSO OU CONCENTRADO, EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE, OU NÃO, DE EMENDA CONSTITUCIONAL - NO CASO, A Nº 2, DE 25 DE AGOSTO DE 1992 - IMPUGNADA POR VIOLADORA DE CLÁUSULAS PETREAS EXPLÍCITAS OU IMPLÍCITAS. - CONTENDO AS NORMAS CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS EXCEÇÕES A PARTE PERMANENTE DA CONSTITUIÇÃO, NÃO TEM SENTIDO PRETENDER-SE QUE O ATO QUE AS CONTÉM SEJA INDEPENDENTE DESTA, ATÉ PORQUE E DA NATUREZA MESMA DAS COISAS QUE, PARA HAVER EXCEÇÃO, É NECESSÁRIO QUE HAJA REGRA, DE CUJA EXISTÊNCIA AQUELA, COMO EXCEÇÃO, DEPENDE. A ENUMERAÇÃO AUTÔNOMA, OBVIAMENTE, NÃO TEM O CONDÃO DE DAR INDEPENDÊNCIA AQUILO QUE, POR SUA NATUREZA MESMA, É DEPENDENTE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA IMPROCEDENTE” (STF, ADI 829, ADI 830 e ADI 833, relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgados em 14/04/1993).

⁶⁸ Por exemplo: a) na ADI nº 939, julgada em 15 de dezembro de 1993: declarou-se a inconstitucionalidade da expressão: “o art. 150, III, “b” e VI, nem” prevista no art. 2º, § 2º, da EC nº 3, de 17 de março de 1993; b) na ADI nº 1.946, julgada em 3 de abril de 2003, deu-se ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal; c) na ADI nº 2.031, julgada em 03 de outubro de 2002, reconheceu-se a inconstitucionalidade do § 3º do art. 75 do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional nº 21, de 18 de março de 1999; d) nas ADIs nºs 3.105 e 3.128, julgadas em 18 de agosto de 2004, decidiu-se pela inconstitucionalidade das expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41, de 19 de dezembro de 2003, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada pela mesma emenda; e) na ADI nº 3.685, julgada em 22 de março de 2006, deu-se interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52, de 8 de março de 2006 (aplicação imediata da nova regra sobre coligações partidárias eleitorais) somente fosse aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência; f) na ADI nº 4.307, julgada em 11/04/2013, afirmou-se a inconstitucionalidade do inciso I do art. 3º da Emenda Constitucional nº 58, de 23 de setembro de 2009, que estabeleceu que as alterações implementadas no art. 29, IV, da Constituição da República produziram efeitos “a partir do processo eleitoral de 2008”; e, g) Nas ADIs nºs 4.357 e 4.425, julgadas em 14 de março de 2013, pronunciou-se a inconstitucionalidade da expressão “na data de expedição do precatório”, contida no § 2º; os §§ 9º e 10; e das expressões “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” e “independentemente de sua natureza”, constantes do § 12, todos dispositivos do art. 100 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009.

Cumpre, no entanto, lembrar que, assim como no Direito Constitucional português⁶⁹, o Supremo Tribunal Federal, na declaração de inconstitucionalidade de normas, está condicionado ao “princípio do pedido ou da congruência”, ou seja, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, há necessidade do autor impugnar todas as normas que integram o conjunto normativo apontado como inconstitucional, não podendo a Corte, de ofício, em princípio, reconhecer a inconstitucionalidade de normas não questionadas ou alterar a causa de pedir apresentada (como, por exemplo, declarar a inconstitucionalidade material de um ato normativo se impugnada somente sua inconstitucionalidade formal)⁷⁰.

Contudo, paralelamente, a Suprema Corte brasileira tem admitido a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento ou consequente⁷¹, ou seja, como explicado pelo Ministro Carlos Velloso no julgamento da ADI nº 2.895, julgada pelo Pleno do STF em 2 de fevereiro de 2005,

quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma afeta um sistema normativo dela dependente, ou, em virtude da declaração de inconstitucionalidade, normas subsequentes são afetadas pela declaração, a declaração de inconstitucionalidade pode ser estendida a estas.

A respeito também explicam GILMAR MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, pp. 2191 e 2192):

O Supremo Tribunal também profere a declaração de inconstitucionalidade total de uma lei se identifica relação de dependência ou de interdependência entre suas partes constitucionais e inconstitucionais. Se a disposição principal da lei há de ser considerada inconstitucional, pronuncia o Supremo Tribunal

⁶⁹ A norma inserta no art. 51.5 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Lusitano (Lei nº 28, de 15 de novembro de 1982) reza que “o Tribunal só pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas pode fazê-lo com fundamentação na violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada”.

⁷⁰ Nesse sentido: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.932/99. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ARTIGO 192, II). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INICIAL DEFICIENTE QUANTO À ANÁLISE DOS TEXTOS IMPUGNADOS. NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO. PRECEDENTES. 1. Impugnação isolada apenas de partes de um sistema legal, interligadas ao seu conjunto, torna inviável o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, dado que, reconhecida a inconstitucionalidade parcial de alguns preceitos, os outros perdem o seu sentido. 2. Não se conhece da ação direta de inconstitucionalidade, se a inicial deixa de proceder ao cotejo analítico de todas as suas disposições, tendo em vista os dispositivos constitucionais apontados como violados. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece” (STF, ADI nº 2.174, relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgada em 14/04/2000). Confira-se também: a) STF, ADI nº 1.187, relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgada em 27/03/1996; e, b) STF, ADI nº 2.133, relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgada em 09/03/2000.

⁷¹ Também denominada inconstitucionalidade por atração, consequente de preceitos não impugnados, por derivação ou por reverberação normativa.

Federal a inconstitucionalidade de toda a lei, salvo se algum dispositivo puder subsistir sem a parte considerada inconstitucional. Trata-se aqui de uma declaração de inconstitucionalidade em virtude de dependência unilateral.

A indivisibilidade da lei pode resultar, igualmente, de uma forte integração entre as suas diferentes partes. Nesse caso, tem-se a declaração de inconstitucionalidade em virtude da chamada dependência recíproca.

A dependência ou interdependência normativa entre os dispositivos de uma lei pode justificar a extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos constitucionais mesmo nos casos em que estes não estejam incluídos no pedido inicial da ação. É o que a doutrina denomina de declaração de inconstitucionalidade consequente ou por arrastamento.

Assim, mesmo diante do assentado entendimento de que o autor deve impugnar não apenas as partes inconstitucionais da lei, mas todo o sistema normativo no qual elas estejam inseridas, sob pena de a ação não ser conhecida, o Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado o princípio do pedido para declarar a inconstitucionalidade por arrastamento de outros dispositivos em virtude de sua dependência normativa em relação aos dispositivos inconstitucionais expressamente impugnados.

A inconstitucionalidade por arrastamento ou consequente, pois, dá-se quando uma norma não consegue mais ter vida própria⁷² em razão da declaração de inconstitucionalidade de outra.

Como doutrina CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 182), “a inconstitucionalidade consequente opera em cascata, através da propagação da relação de desvalor de uma norma principal, para as normas dela dependentes”.

É o que ocorre com os atos administrativos normativos de execução, editados para dar fiel cumprimento a uma lei, como um decreto regulamentar. Eles existem somente em razão do ato normativo primário. Portanto, se declarada a inconstitucionalidade desse ato normativo superior (a lei), o decreto regulamentar também será afastado do ordenamento, ainda que não haja pedido expresso nesse sentido, em razão do fenômeno da inconstitucionalidade por arrastamento ou consequente.

No caso de atos legislativos (leis) editados com base em dispositivo constitucional alterado ou acrescido posteriormente reconhecido inconstitucional, contudo, pensa-se não ser admissível a inconstitucionalidade por arrastamento, pois, podendo inovar na ordem jurídica, as normas surgidas dessa forma, apesar de terem perdido seu fundamento constitucional de validade, ainda têm “vida própria” no ordenamento jurídico e portanto, sua declaração de inconstitucionalidade em ação direta depende de expresso pedido nesse sentido.

⁷² Como afirmou figurativamente o Ministro Maurício Correa no julgamento da ADI nº 1.187, “seria como se tirasse um motor de um veículo e deixasse a carcaça. Evidentemente que essa não poderia funcionar sem aquele”.

Em outras palavras, como o ato legislativo (lei), ainda que inconstitucional (considerando como parâmetro de verificação a redação original do texto da Carta Política) poderia ter sido editado e geraria efeitos até ter sua inconstitucionalidade reconhecida mesmo se não tivesse sido elaborada a emenda constitucional que tentou lhe dar suporte constitucional de validade (mas que também foi reconhecida inconstitucional), pois tem o caráter de inovar na ordem jurídica, não se revela admissível, no exercício do controle judicial direto da reforma constitucional promovida pela referida emenda, declarar referido ato legislativo inconstitucional por derivação, caso não tenha sido impugnado expressamente pelo autor da ação de controle concentrado⁷³.

Quanto ao ato normativo administrativo a questão é mais complexa, pois a declaração de sua inconstitucionalidade por arrastamento em razão do reconhecimento desse vício da emenda constitucional que lhe dava suporte de validade depende da sua natureza (se o ato administrativo normativo é autônomo, independente ou de execução). Remete-se à leitura do item 4.2.1.

Importante ainda destacar que, reconhecida a inconstitucionalidade de disposição de emenda constitucional e de atos normativos infraconstitucionais nela calcados (legislativos ou administrativos), poderá o Supremo Tribunal Federal, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, limitar os efeitos retroativos da declaração ou estabelecer-lhe apenas aplicação futura. A respeito, remete-se à leitura do item 5.1.

Em suma: a) a Lei Maior brasileira admite a modificação de seu próprio texto ou a adição de normas de envergadura constitucional por meio de emendas, observadas as “cláusulas de entrincheiramento” constantes das normas insertas no art. 60 da Carta Política, mediante processo de aprovação política mais custoso; b) reconhece-se, de outra banda, a possibilidade de controle judicial da constitucionalidade desses atos normativos de reforma constitucional; c) na hipótese de reconhecimento judicial da

⁷³ No julgamento das ADIs nºs 4357 e 4425, constou expressamente o reconhecimento da inconstitucionalidade por arrastamento da norma inserta no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, por ter reproduzido regras da EC nº 62/2009 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios e incorrer nos mesmos vícios de juridicidade que inquinaram o art. 100, § 12, da Constituição Federal, introduzido por referida emenda constitucional. Contudo, tecnicamente, não houve, pelo Supremo Tribunal Federal, a extensão dos efeitos da inconstitucionalidade observada na EC nº 62/2009 ao referido dispositivo legal, por falta de pedido expreso nesse sentido, o que caracteriza a inconstitucionalidade por arrastamento, mas a declaração também da inconstitucionalidade da mencionada regra legal, uma vez que houve também manifesto pedido nesse sentido formulado pelo autor da ADI nº 4357, o Conselho Federal da OAB, ainda que em petição apresentada posteriormente ao ajuizamento da demanda.

inconstitucionalidade de emenda constitucional, poderá ser declarado também o mesmo vício em relação aos atos legislativos (leis) editados com suporte nas normas constitucionais alteradas ou acrescidas pela reforma e que lhes serviam de suporte, pois tidas por inconstitucionais, desde que haja pedido expresso nesse sentido, ante o princípio da congruência e a impossibilidade de empregar a técnica da inconstitucionalidade por arrastamento, pois esses atos legislativos são independentes em relação às normas constitucionais expurgadas.

2.3.2.2. Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com quórum qualificado e controle de sua constitucionalidade

Conforme já mencionado, segundo disposição expressa da Constituição Federal, incluída por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Como ensina ALEXANDRE DE MORAES (2022, p. 792),

[há] três fases para a incorporação de um ato ou tratado internacional em nosso ordenamento jurídico interno:

- 1ª fase: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CF, art. 84, VIII);
- 2ª fase: é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I). A deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado;
- 3ª fase: edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. É nesse momento que adquire exequibilidade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo, inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade⁷⁴.

⁷⁴ É importante mencionar que FLAVIA PIOVESAN (2013, pp. 145 a 147), após esclarecer as diferenças entre as visões dualista e monista dos internacionalistas, citando REBECCA M. M. WALLACE (1992, p. 35) e ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA E FAUSTO DE QUADROS (1993, pp. 82 a 84) (em relação à posição dualista, ver lição infra de AMILCAR DE CASTRO; quanto à monista, explica WALLACE que “os monistas concebem o Direito como uma unidade e, conseqüentemente, as normas internacionais e internas, como parte integrante do mesmo ordenamento. Na hipótese de conflito entre a norma internacional e a norma nacional, a maior parte dos monistas entende que o Direito Internacional deve, inquestionavelmente, prevalecer”) doutrina que, no Brasil, adotou-se um sistema misto, “no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos — por força do art. 5º, § 1º [da Constituição Federal] —, aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna”. Assim, na sua ótica,

Trata-se de expressão da corrente dualista que entende que o tratado assinado no plano internacional não opera na ordem interna até ser ratificado e publicado. Como ressalta AMILCAR DE CASTRO (1977, p. 126),

O tratado explana relações entre governantes (horizontais, sendo as pessoas coordenadas), enquanto a lei e o decreto explicam relações do governo com seus súditos (verticais, entre subordinante e subordinados). Por conseguinte, as regras de direito internacional privado contidas em tratado normativo, para se converterem em direito nacional e serem, então, obedecidas pelo povo e pelos tribunais, devem ser postas em vigor por uma ordem de execução. E, assim, sendo fonte forma de direito internacional privado, é sempre essa ordem de execução, ato praticado com base no direito das gentes. O tratado normativo é fonte de direito internacional, só obriga o governo no meio internacional (para fora), mas não é fonte de direito nacional, nem obriga os particulares individualmente considerados (para dentro).

No mesmo sentido, afirma GIUSEPPE VALERI (1936, pp. 44 e 45) que os tratados internacionais não podem ser fontes de direito interno: eles apenas impõem aos Estados contratantes uma atividade legislativa e uma atividade administrativa ou uma atividade judicial e, portanto, apenas indiretamente podem influenciar, positiva ou negativamente, a formação de normas jurídicas estatais, formação que virá a determinar, em um ou outro sentido, apenas na execução do tratado único. Tratado e lei, pois, são distintos entre si, não apenas formalmente, mas também substantivamente: de um lado, a personalidade do Estado se manifesta, por meio do tratado, em comparação com os demais Estados, na ordem jurídica internacional, operando o Estado a si mesmo como sujeito de direito internacional, manifesta-se, ao contrário, por meio do direito, em relação aos seus próprios sujeitos (pessoas físicas e jurídicas), no ordenamento jurídico interno, operando o Estado como sujeito de direito estatal; por outro lado, o tratado contém disposições relativas às relações entre os Estados, quanto à promessa de exercer ou não determinada atividade, a lei contém normas que regem as relações entre particulares ou entre particulares e o Estado, quanto ao comando para se envolver em um determinado comportamento⁷⁵.

“diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando a edição de decreto de execução. Já no caso dos tratados tradicionais, há a exigência do aludido decreto, tendo em vista o silêncio constitucional acerca da matéria”.

⁷⁵ No original: *i trattati interzionale non possono essere fonti di diritto interno: esse non fanno che imporre pibir e vistare agli Stati contraenti un'attività legislativa e un'attività amministrativa ou un'attività giurisdizionale, e quindi solo indirettamente possono influire, in modo positivo o negativo, sulla formazione di norme giuridiche statuali, formazione che verrà a determinarei, in uno o in altro senso, soltanto in sede di esecuzione del singolo trattato. Trattato e legge sono distinti, l'uno dall'altro, no solo formalmente ma anche sostansialmente: da una parte, la personalità dello Stato si manifesta, mediante il*

Nota-se, pois, que o nível de exigência de aprovação política de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos para que ingressem no ordenamento jurídico brasileiro como normas de ordem constitucional, equivalente a emendas constitucionais (passem a integrar o bloco de constitucionalidade), é superior ao reclamado, inclusive, para essas últimas, pois demanda também a atuação do Presidente da República em dois momentos, uma vez que ele deve, além de celebrar o pacto internacional (o que, paralelamente, equivaleria à legitimidade de iniciativa de proposta de emenda constitucional, na forma da regra inserta no art. 60, II, da Lei Maior), após a aprovação do tratado/convenção, promulgá-lo por decreto (presidencial)⁷⁶.

Importante também observar que, ainda que não sejam hierarquicamente superiores às disposições insertas em emendas constitucionais, as normas constantes em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporadas ao bloco de constitucionalidade na forma procedimental mencionada passam, por força da regra inserta no art. 5º, § 2º, da Carta Política (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”) a ser cláusulas pétreas e, assim, além de passarem a servir de parâmetro para todas as demais (legislativas e administrativas), não podem ser, posteriormente, suprimidas por emendas à Constituição (CF, art, 60, § 4º, IV)⁷⁷.

Admissível, contudo, tal qual as emendas constitucionais, ainda que possa parecer inicialmente inconcebível, uma vez que visam robustecer o rol de direitos e garantias

trattato, in confronto agli altri Stati, nell'ordinamento giuridico internazionale, operando lo Stato stesso come subbietto di diritto internazionale, si manifesta invece, mediante la legge, in confronto ai proprii sudditi (individui ed organi), nell'ordinamento giuridico interno, operando lo Stato come subbietto di diritto statale; dall'altra parte, nel trattato sono contenute disposizioni relative ai rapporti fra gli Stati, in ordine alla promessa di svolgere o no una determinata attività, nella legge sono contenute norme reglatrice dei rapporti fra gli individui o fra individui e Stato, in ordine al comando di tenere una determinata condotta.

⁷⁶ Na linha do seu posicionamento, FLÁVIA PIOVESAN (2013, p. 147) entende que “O § 3º do art. 5º [da Constituição Federal] tão somente veio a fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos. Isto é, não parece razoável, a título ilustrativo, que, após todo o processo solene e especial de aprovação do tratado de direitos humanos (com a observância do quórum exigido pelo art. 60, § 2º), fique a sua incorporação no âmbito interno condicionada a um decreto do Presidente da República”. A própria autora, contudo, esclarece que a expedição do decreto presidencial tem sido exigida pelo Supremo Tribunal Federal para sua executoriedade no âmbito interno, citando, nesse sentido, o julgado em 4 de setembro de 1997 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480, da relatoria do Ministro Celso de Mello.

⁷⁷ Nesse sentido, inclusive em relação a todos os tratados que versam questões afetas aos direitos humanos, posiciona-se FLÁVIA PIOVESAN (2013, pp. 138 e 139).

individuais, o controle jurisdicional de constitucionalidade das disposições incorporadas ao direito interno de tratados e convenções internacionais de direitos humanos da mesma forma e com as mesmas consequências da verificação de compatibilidade constitucional dos textos das emendas⁷⁸.

O controle de constitucionalidade dessas normas constantes de pactos internacionais, entretanto, é feito em relação aos atos normativos legislativo e administrativo que as incluam no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, os decretos legislativo e presidencial que, respectivamente, aprovaram e promulgaram o tratado ou convenção internacional.

Ressalte-se que desde a alteração promovida pela EC nº 45/2004, foram aprovados e promulgados os seguintes tratados e convenção com *status* de emendas constitucionais: a) a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007 (textos aprovados pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e promulgados pelo Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009); b) o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013 (texto aprovado pelo Decreto Legislativo nº 261, de 25 de novembro de 2015, e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 9.522, de 8 de outubro de 2018); e, c) a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e

⁷⁸ Nesse sentido, restou decidido na ADI nº 1.480: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. [...] SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. [...] (STF, Medida Cautelar na ADI nº 1.480, relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997).

Formas Correlatas de Intolerância, firmada na Guatemala, em 5 de junho de 2013 (texto aprovado pelo Decreto Legislativo nº 1, de 18 de novembro de 2021, e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022).

Em resumo: a) os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, objeto de aprovação por decreto legislativo e posterior promulgação por decreto presidencial, incorporam-se ao ordenamento jurídico brasileiro com a mesma envergadura das emendas constitucionais, passando a integrar o bloco de constitucionalidade; b) suas disposições não poderão ser suprimidas, posteriormente, por emendas constitucionais, por se tornarem cláusulas pétreas; e, c) porém, admite-se o controle de constitucionalidade das disposições dos tratados, dirigido aos atos normativos internos legislativo e administrativo que as incluam no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3.3. Quadro resumo

Diante de todo o exposto nos itens anteriores, pode-se apresentar o seguinte quadro resumo a respeito do nível de exigência de aprovação política, da possibilidade de alteração e da viabilidade de controle de constitucionalidade das normas que compõe o denominado bloco de constitucionalidade no direito brasileiro:

TIPO DE NORMAS	APROVAÇÃO	ALTERABILIDADE	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
Originárias da Constituição	Poder Constituinte Originário	Possível, exceto cláusulas pétreas	Impossível
Emendas constitucionais	3/5 das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos	Possível, exceto se veicularem novas cláusulas pétreas	Possível
Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos	3/5 do Congresso Nacional, em dois turnos (decreto legislativo) + decreto presidencial	Impossível (por sempre introduzirem cláusulas pétreas)	Possível

CAPÍTULO 3 – OBJETO DO CONTROLE: ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Estabelecido o parâmetro do controle concentrado de constitucionalidade, o que são as normas constitucionais positivadas e qual a compreensão de “bloco de constitucionalidade”, cabe neste capítulo tecer considerações sobre o indicado objeto de controle de constitucionalidade desta investigação: os atos da Administração Pública e suas modalidades.

3.1. Ato da Administração Pública X ato administrativo

Há distinção conceitual entre “ato da Administração Pública” e “ato administrativo”?

Como já se teve oportunidade de escrever em dissertação de Mestrado (BOSSLER, 2015, pp. 147 a 162), o ato administrativo é uma espécie de ato da Administração Pública, cujo conceito é mais amplo e envolve, nas palavras de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2017, p. 197), “todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração”, inclusive aqueles na condição de particular e os atos políticos ou de governo. Os atos administrativos restringem-se àqueles praticados pela Administração Pública “enquanto Poder Público, isto é, em que há manifestação da vontade autoritária estatal” (OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO, 2010, p. 475).

DI PIETRO (2017, pp. 197 e 198) elenca as espécies de atos da Administração Pública: a) atos de direito privado (doação, permuta, compra e venda, locação); b) atos materiais de execução (demolição de uma casa, apreensão de mercadoria, realização de serviço); c) atos políticos (ou de governo), sujeitos a regime jurídico-constitucional; d) contratos; e) atos normativos (decretos, portarias, resoluções, regimentos); f) atos administrativos propriamente ditos.

A autora (2017, pp. 203 e 204) também lembra que há atos da Administração Pública que não produzem efeitos jurídicos e, assim, não integram a espécie dos atos administrativos propriamente ditos: a) atos materiais de simples execução (reforma de um prédio, trabalho de datilografia, limpeza de ruas); b) despachos de encaminhamento de papéis e processos; c) atos enunciativos ou de conhecimento (apenas atestam ou declaram a existência de um direito ou situação, como os atestados,

certidões, declarações, informações); e, d) atos de opinião (pareceres e laudos).

O foco deste trabalho como será exposto, são os atos administrativos normativos. Mas é admissível o controle concentrado de constitucionalidade de outros atos da Administração Pública, especialmente via arguição de descumprimento de preceito fundamental⁷⁹, como contratos e atos políticos⁸⁰.

Incabível, contudo, falar-se em controle de constitucionalidade dos atos da Administração Pública que não produzem efeitos jurídicos, como os atos de simples execução de serviços ou opinativos.

Cumprir lembrar, contudo, que o parecer vinculante e o parecer normativo são passíveis de controle judicial, podendo se cogitar, inclusive em verificação de compatibilidade deles com a Constituição em sede de controle abstrato, observadas as demais exigências para tanto⁸¹.

Deve-se dizer que este trabalho, apesar das diferenças apresentadas, tratará as expressões atos da Administração Pública e atos administrativos como equivalentes, uma vez que normalmente a referência será a atos normativos expedidos pela Administração Pública, sujeitos a controle concentrado de constitucionalidade.

⁷⁹ Como defendido no Capítulo 1, admissível o controle concentrado de constitucionalidade de atos da Administração Pública nas outras ações originárias de competência do STF.

⁸⁰ Na ADPF nº 388, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgada pelo Plenário do STF em 9 de março de 2016, foi apreciada resolução do Conselho Nacional do Ministério Público que disciplinava o exercício de cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional. A ação foi julgada procedente em parte, para estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério, com declaração da inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011, do CNMP. Outrossim, foi determinada a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, em especial de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, nomeado, por meio de decreto presidencial datado de 2 de março de 2016, ao cargo de Ministro da Justiça.

⁸¹ Como também tratado em dissertação de Mestrado (BOSSLER, 2015, p. 159), “parecer facultativo é o opcionalmente solicitado por autoridade administrativa antes da realização de um ato. Não há norma que determine sua feitura prévia ao ato a ser realizado e sua emissão não vincula a prática desse ato subsequente às suas conclusões. Parecer obrigatório é o solicitado por autoridade administrativa antes da realização de um ato por determinação legal, como pressuposto para a sua prática. Como na hipótese anterior, a prática do ato ulterior não está adstrita aos termos do parecer. Parecer vinculante, também denominado parecer conforme, é aquele que deve ser solicitado e suas conclusões devem, necessariamente, ser seguidas pela autoridade solicitante. O Supremo Tribunal Federal, em 9 de agosto de 2007, ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.631, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, decidiu, quanto a pareceres técnico-jurídicos, que: a) o parecer facultativo não vincula a decisão a ser proferida pela autoridade administrativa que o solicita; b) no parecer obrigatório, a autoridade administrativa se obriga a emitir o ato tal como apresentado à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticá-lo com conteúdo e forma diversos da submetida ao parecerista, deverá requerer a feitura de novo parecer; e, c) o parecer vinculante impõe que a decisão exarada siga suas conclusões”. Hely Lopes Meirelles (1999, p. 176) ainda trata do parecer normativo: é “aquele que, ao ser aprovado pela autoridade competente, é convertido em norma de procedimento interno, tornando-se impositivo e vinculante para todos os órgãos hierarquizados à autoridade que o aprovou. Tal parecer, para o caso que o propiciou, é ato individual e concreto; para os casos futuros, é ato geral e normativo”.

Ocasionalmente, serão feitas distinções pontuais, se necessário, devidamente indicadas.

3.2. Ato administrativo normativo X ato administrativo não normativo

Como se pode diferenciar um ato normativo da Administração Pública de outro não normativo?

Quanto à referida indagação, cumpre dizer que a doutrina administrativista brasileira, em geral, não costuma diferenciar os atos administrativos precisamente em normativos e não normativos⁸².

Com efeito, sobre o tema, SEABRA FAGUNDES (1950, p. 49), classifica os atos administrativos, segundo o seu objetivo, em gerais ou especiais. Os primeiros, para o doutrinador, são aqueles que tratam de situações abstratas de forma geral. Os últimos são aqueles com objeto determinado.

HELY LOPES MEIRELLES (1999, pp. 146 e 147) primeiro classifica os atos administrativos, quanto aos destinatários, em gerais ou individuais. Segundo o saudoso administrativista, “atos administrativos gerais ou regulamentares são aqueles expedidos sem destinatários determinados, com finalidade normativa, alcançando todos os sujeitos que se encontrem na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos”. Quanto aos atos administrativos individuais, leciona, “são todos que se dirigem a destinatários certos, criando-lhes situação jurídica particular. O mesmo ato pode abranger um ou vários sujeitos, desde que individualizados”.

Interessante mencionar outros aspectos citados pelo renomado professor:

Quanto aos atos administrativos gerais, afirma serem “de comando abstrato e impessoal, semelhantes aos da lei, e, por isso, revogáveis a qualquer tempo pela Administração, mas inatacáveis por via judicial, a não ser pelo questionamento da constitucionalidade”. E ainda nessa linha de raciocínio, prossegue: “somente quando os preceitos abstratos dos atos gerais são convertidos pela Administração em providências

⁸² HELY LOPES MEIRELLES (1999, p. 145) lembra que “a classificação dos atos administrativos não é uniforme entre os publicistas, dada a diversidade de critérios que podem ser adotados para seu enquadramento em espécies ou categorias afins”.

concretas e específicas de execução é que se tornam impugnáveis por quem se sentir lesado pela atuação administrativa”⁸³ (1999, pp. 148 e 149).

Sobre os atos administrativos individuais, MEIRELLES também pontifica que eles “normalmente geram direitos subjetivos para seus destinatários, como também criam-lhes encargos administrativos pessoais”. E, segundo ainda preconiza o referido doutrinador, essas espécies de atos, “por proverem situações específicas e concretas, admitem anulação pela própria Administração, ou pelas vias judiciais comuns (ações ordinárias) ou especiais (mandado de segurança e ação popular), se praticados ilegalmente ou com lesão ao patrimônio público” (1999, p. 153).

Adiante, HELY LOPES MEIRELLES (1999, p.161), ainda agrupa os atos administrativos em cinco espécies: atos administrativos normativos, ordinatórios, negociais, enunciativos e punitivos. Quanto aos primeiros, esclarece:

Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos, bem como as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral. Tais atos, conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal, por isso estão necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na lei formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei. Esses atos, por serem gerais e abstratos, têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, mas quando, sob a aparência de norma, individualizam situações e impõem encargos específicos a administrados, são considerados de efeitos concretos e podem ser atacados e invalidados direta e imediatamente por via judicial comum, ou por mandado de segurança, se lesivos de direito individual líquido e certo.

Nessa mesma trilha, MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (1980, pp. 22 e 23) categoriza os atos administrativos, quanto à aplicabilidade, em gerais ou particulares. Gerais, recordando o autor a lição de HELY LOPES MEIRELLES, são aqueles expedidos sem destinatário determinado, com finalidade normativa. “Só depois

⁸³ Cumpre dizer que, em edição mais recente da obra de HELY LOPES MEIRELLES, atualizada por DÉLCIO BALESTERO ALEIXO e JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO, é apresentada a nomenclatura “atos normativos” como equivalente a “atos administrativos gerais” e ainda esclarecido que não apenas “quando os preceitos abstratos dos atos gerais são convertidos pela Administração em providências concretas e específicas de execução” é que se tornam impugnáveis pelo lesado, ma também “quando essa conversão for iminente” (2015, p. 188). A equiparação feita na atualização da obra, contudo, data vênua, no nosso sentir é inadequada, pois o autor, originalmente, distinguiu os “atos administrativos gerais” como tipo de uma classificação dual oposto ao “ato administrativo individual” da espécie de ato administrativo que denominou de “ato normativo”, incluindo-o em um rol de outras quatro espécies.

de aplicados pela Administração deixam de ser abstratos e impessoais”. Particulares, segundo o autor, são os atos administrativos “baixados para efetivar decisões que num dado momento urgem ser exercitadas”. E, a respeito do assunto, ainda complementa, fixando uma hierarquia entre essas modalidades de atos administrativos, ao afirmar que “daí porque uma decisão individualizada não se legitima contrariando um decreto geral, carecendo assim de força na produção dos efeitos”.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2009, pp. 417 e 418) aprofunda a classificação, tratando-a sobre dois enfoques: quanto à estrutura do ato e quanto os destinatários do ato.

Segundo o autor, quanto à estrutura, os atos administrativos podem ser concretos ou abstratos. Aqueles que “dispõe para um único e específico caso, esgotando-se numa aplicação” são atos administrativos concretos. Já os que “preveem reiteradas e infundas aplicações, as quais se repetem cada vez que ocorra a reprodução da hipótese neles prevista, alcançando um número indeterminado e indeterminável de destinatários” são atos administrativos abstratos.

Por outro lado, quanto aos destinatários, o professor esclarece que os atos administrativos podem ser classificados em individuais e gerais. Os primeiros são aqueles que “têm por destinatário sujeito ou sujeitos especificamente determinados”, podendo ser subdivididos em singulares (único sujeito especificado) ou plúrimos (múltiplos sujeitos especificados). Por seu turno, os atos administrativos gerais são aqueles que “têm por destinatário uma categoria de sujeitos inespecificados, porque colhidos em razão de se incluírem em uma situação determinada ou em classe de pessoas”.

E ainda acrescenta o doutrinador, em cotejo com sua categorização anterior, que os atos administrativos gerais podem ser concretos, caso se esgotem em única aplicação (como, exemplifica, um edital de concurso público ou uma ordem para dissolução de passeata) ou abstratos, se expedido para vigorar continuamente (como, cita, um regulamento de promoção de funcionários).

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2017, p. 266), quanto aos destinatários, também classifica os atos administrativos em gerais ou individuais, entendendo os gerais como aqueles que “atingem todas as pessoas que se encontram na mesma situação” e equiparando-os aos atos normativos praticados pela Administração, “como regulamentos, portarias, resoluções, circulares, instruções, deliberações, regimentos”. Quanto aos atos individuais, para a professora, “são os que produzem efeitos

jurídicos no caso concreto. Exemplo: nomeação, demissão, tombamento, servidão administrativa, licença, autorização”.

Ainda destaca DI PIETRO (2017, pp. 266 e 267):

Além disso, os atos normativos da Administração apresentam vários traços distintivos em relação aos atos individuais, justificando a inclusão em outra categoria:

- a) o ato normativo não pode ser impugnado, na via judicial, diretamente pela pessoa lesada; apenas pela via de arguição de inconstitucionalidade, cujos sujeitos ativos estão indicados no artigo 103 da Constituição, é possível pleitear a invalidação direta do ato normativo;
- b) o ato normativo tem precedência hierárquica sobre o ato individual;
- c) o ato normativo é sempre revogável; [observado que] a revogação do ato individual sofre uma série de limitações [como, por exemplo] não [poderem] ser revogados os atos que geram direitos subjetivos a favor do administrado, o que ocorre com praticamente todos os atos vinculados;
- d) o ato normativo não pode ser impugnado, administrativamente, por meio de recursos administrativos, ao contrário do que ocorre com os atos individuais.

Do seu lado, MARÇAL JUSTEN FILHO (2016, p. 42) utiliza as expressões que também se usa neste trabalho para classificar os atos administrativos, quanto ao conteúdo, em atos administrativos normativos e não normativos. Os atos normativos, segundo o referido doutrinador, “são aqueles orientados a complementar um mandamento normativo estabelecido por lei, desenvolvendo as normas que estabelecem faculdades, proibições ou obrigatoriedades quanto à conduta futura de um ou mais sujeitos”. Quanto aos atos administrativos não normativos, são, de acordo com o professor, “aqueles que não geram efeitos normativos. São atos de execução material de atividades administrativas”.

JUSTEN FILHO prossegue seu raciocínio e classifica, quanto aos destinatários, os atos administrativos em gerais ou individuais. Os primeiros (atos gerais) “são aqueles aplicáveis a um número indeterminado de sujeitos. É o caso dos regulamentos”. Os últimos (atos individuais) “são aqueles cuja aplicação é restrita a sujeitos específicos e determinados. É o caso, por exemplo, dos contratos e das licenças”.

Com inspiração nas lições apresentadas, para os efeitos deste trabalho, tendo em vista o precípuo objetivo de estudar as inconstitucionalidades dos atos administrativos utilizando com parâmetro, a tipologia consagrada na doutrina relativa ao controle de constitucionalidade das leis, e uma vez que, no sistema jurídico brasileiro, consoante será adiante apresentado⁸⁴, a distinção ora apresentada é de suma importância no que tange ao manejo dos meios judiciais disponíveis no ordenamento para verificação concentrada/abstrata da constitucionalidade dos referidos atos públicos, procurou-se

⁸⁴ Vide Capítulo 5.

distinguir os atos administrativos em normativos e não normativos. As expressões utilizadas, contudo, tem um alcance maior do que as apresentadas na primeira classificação mencionada de JUSTEN FILHO.

Para este estudo, atos administrativos normativos são os atos expedidos pelo Poder Público no exercício de sua função administrativa para vigorarem continuamente e que atingem uma categoria de sujeitos indeterminados que se encontrem em uma mesma situação abstrata, sem criar-lhes situação jurídica particular.

Adotamos esse conceito pelos seguintes motivos:

- a) Não restringe os atos administrativos normativos àqueles expedidos somente pelo Poder Executivo, observado que os Poderes Legislativo e Judiciário também exercem, de forma atípica, a função administrativa, como será exposto no próximo tópico.
- b) Permite englobar, na mesma definição, não somente os atos administrativos de execução de lei, mas também, os autônomos e independentes, presentes na atual ordem constitucional brasileira;
- c) Atrela, na mesma classificação os atos administrativos que, quanto ao destinatário, são gerais, ou seja, aplicáveis a um número indeterminado de sujeitos, e, ao mesmo tempo, quanto à estrutura, são abstratos, ou seja, não aplicáveis a situações particulares; e,
- d) Afasta, conseqüentemente, de sua incidência, os atos gerais, mas que geram efeitos únicos e concretos e aqueles que são apenas formalmente denominados de normativos, mas que, na verdade, regulam situações concretas e específicas.

Quanto aos atos administrativos não normativos, sua classificação se dá por exclusão, observada a necessidade, contudo, de serem expedidos pelo Poder Público no exercício da função administrativa (caso contrário, serão atos legislativos ou jurisdicionais, se emanados do Poder Público, ou de Direito Privado, se realizados por terceiros).

Ou seja, qualquer outro ato expedido pelo Poder Público no exercício de sua função administrativa que não vigore continuamente ou não atinja uma categoria de sujeitos indeterminados ou crie para eles situação jurídica particular será considerado, neste trabalho, um ato administrativo não normativo.

3.3. Funções estatais: função normativa, função administrativa e poder de expedir atos administrativos normativos

Os Poderes Legislativo e Judiciário também realizam atos típicos da Administração Pública e podem editar atos administrativos normativos.

Como já se teve a oportunidade de tratar em dissertação de Mestrado (BOSSLER, 2015, pp. 42 a 46), o Estado é detentor de poder. A concentração do poder estatal, uno e indivisível⁸⁵, porém torna o Estado ilimitado.

Há muito tempo, portanto, doutrina-se que esse poder estatal não deve ficar centralizado em um ou poucos indivíduos⁸⁶. Seja para evitar o abuso que sua concentração desmedida proporciona (a distribuição das funções do poder em diversos órgãos importa que eles, entre si, contenham cada um a atividade do outro⁸⁷), seja porque a amplitude do poder inviabiliza seu exercício reunido.

Antes mesmo de ARISTÓTELES, considerado o primeiro a tratar da divisão de poderes do Estado, PLATÃO (2004, p. 65) em “A República”, já afirmava a necessidade de cisão das funções Estatais, pois sua centralização, dizia, faria o homem perder sua virtude.

ARISTÓTELES, aluno de PLATÃO, por seu turno, esmiuçou a ideia lançada por seu mestre. Disse, em “A Política” (2011, p. 146), que o governo do Estado deveria ser dividido em três funções: a) deliberativa, destinada a dispor sobre os negócios estatais (fazer leis, pronunciar-se a respeito de alianças, paz e guerra, impor sanções de morte, confisco etc); b) executiva: reservada a aplicar as deliberações do Estado; e c) judicial: relativa aos cargos de jurisdição.

Muito posteriormente, na obra “O Segundo Tratado do Governo Civil” (2003, p. 47), JOHN LOCKE também analisou a divisão dos poderes do Estado, sugerindo-a em: a) legislativa, proeminente às outras, competindo-lhe estabelecer, inclusive o uso da força para a defesa da comunidade; b) executiva, entregue ao príncipe de modo permanente, para execução das leis; e, c) federativa, incumbida das relações estrangeiras e encarregação de formar alianças, declarar a guerra e celebrar a a paz.

⁸⁵ Conforme leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA (2011, p. 355), o Estado é detentor de um poder político uno, indivisível e indelegável, manifestação de sua soberania.

⁸⁶ Na “Política”, ARISTÓTELES (2009, pp. 113 a 117), ao observar que o poder político poderia ficar desguarnecido à natureza, à índole do ser humano, já criticava sua centralização.

⁸⁷ Como afirma MICHEL TEMER (2002, p. 119), “cada órgão [desempenha] função distinta e, ao mesmo tempo, [...] a atividade de cada qual [caracteriza] forma de contenção da atividade de outro órgão do poder”.

De acordo com a clássica teoria da separação das funções estatais de MONTESQUIEU (2010, pp. 168 a 186), para garantia dos cidadãos e limitação do poder, o Estado deve ter três espécies de poder – Legislativo, Executivo e Judiciário - sendo que cada um deles deve exercer funções diferentes dele. Ao Legislativo cabe elaborar novas leis e corrigir ou revogar as antigas. Ao Executivo compete “executar as resoluções públicas”, bem como representar o Estado externamente, inclusive quanto aos atos de representação diplomática, declaração de guerra e celebração da paz. Por fim, ao Judiciário cabe julgar as demandas e punir os criminosos⁸⁸.

MONTESQUIEU, contudo, não preconizou uma separação total das funções do Estado entre os três poderes, mas a distinção entre elas para harmônica e equilibrada coexistência, admitindo interpenetrações para mútua contenção, como assinalado pelos “pais fundadores” dos Estados Unidos da América (*Founding Fathers of the United States*) ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY (2003, pp. 299 a 305).

Assim, de acordo com MICHEL TEMER (1996, p. 120 e 121), deve “cada órgão do Poder exerce, preponderantemente, uma função, e secundariamente, as duas outras. Da preponderância advém a tipicidade da função; da secundariedade, a atipicidade”. Ou

⁸⁸ A respeito, como já se teve oportunidade de citar em dissertação de Mestrado (BOSSLER, 2015, pp. 43 e 44), pondera JOSÉ AFONSO DA SILVA (2011, p. 356 e 357): “Temos, por aí, a compreensão de que o poder político, o poder estatal, desenvolve três funções fundamentais: a legislativa, a executiva e a jurisdicional, que podem ser exercidas por um órgão só – e temos, então, a concentração de poderes – ou por mais de um órgão – e podemos, aí, chegar até a chamada divisão ou separação de poderes. O que não devemos confundir é a distinção de funções com a divisão de poderes. Se aquelas funções distintas (a de criar normas gerais, impessoais etc., chamada legislativa, a de executar e administrar e de solucionar conflitos de interesse) estiverem concentradas num único órgão, ou sob o domínio de um único órgão, elas podem até, estar, digamos, formal e abstratamente separadas, entregues a mais de um órgão, mas sob o domínio de um deles, que poderá até extinguir os outros à vontade; em verdade, não ocorre, aí, uma divisão de poderes. Para que se verifique a separação de poderes, no sentido posto por Montesquieu, são necessários dois elementos: especialização funcional e independência orgânica. Pela primeira as funções especializadas (legislativa, executiva e jurisdicional) são entregues a órgãos separados, enquanto a segunda garante autonomia a esses órgãos separados (daí falar-se em separação de poderes). Não se trata, logo se vê, de uma divisão de poderes abstrata, de uma divisão do poder do Estado em si mesmo considerada (que seria impossível), mas de uma divisão concreta, organizadora do Direito, ou como forma de organização jurídica das manifestações do poder. [...] O governo é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a que incumbe o exercício das funções do poder político. Este se manifesta mediante suas funções, que são exercidas e cumpridas pelos órgãos de governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o Direito aos casos concretos, a fim de dirimir conflitos de interesse”.

seja, cada Poder também exerce, além das suas funções predominantes (conforme a lição montesquiana), também outras, confiadas preponderantemente aos demais poderes, temperando as atribuições de cada um deles.

Em nossas terras, de acordo com o preconizado na Constituição Federal, o Poder Legislativo é responsável pelo processo de elaboração de diversas espécies normativas legislativas previstas no art. 59 da Constituição Federal (função típica), mas também exerce sua autoadministração e julga, como ocorre no processo de *impeachment* (funções atípicas). O Poder Executivo promove a gestão pública (função típica), contudo também edita atos normativos administrativos (decretos regulamentares, portarias etc) além de realizar julgamentos administrativos (funções atípicas). Por fim, o Poder Judiciário exerce a jurisdição por meio de seus diversos juízos e tribunais (função típica), não obstante exerça seu autogoverno e elabore normas regimentais (funções atípicas)⁸⁹.

No que importa para o objeto deste trabalho, cumpre observar que, na nossa realidade constitucional, todos os Poderes da República exercem, em maior ou menor grau, as funções administrativa e normativa. Ou seja, atos da Administração Pública são realizados no seio dos três Poderes e normas jurídicas podem emanar tanto do Legislativo, quanto do Executivo e do Judiciário.

Quanto à produção normativa, o grau de exigência de aprovação política para criação de uma norma e a parametricidade para criação de direito que ela estabelece

⁸⁹ A respeito cumpre lembrar a lição de ALEXANDRE DE MORAES (2022, pp. 487, 550, 588 e 589): “A Constituição Federal consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo caracterizá-la com a exclusividade absoluta. Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas. As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar [...]. As funções atípicas constituem-se em administrar e julgar. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade. [...] O Executivo [...], além de administrar a coisa pública (função típica), de onde deriva o nome república (*res publica*), também legisla (art. 62 – Medidas Provisórias) e julga (contencioso administrativo), no exercício de suas funções atípicas. Aponte-se que Montesquieu concebeu o Poder Executivo como definidor e realizador constante da política de ordem interna e das relações exteriores. [...] A função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. O Judiciário, porém, como os demais Poderes do Estado, possui outras funções, denominadas atípicas, de natureza administrativa e legislativa. São de natureza administrativa, por exemplo, concessão de férias aos seus membros e serventuários; prover, na forma prevista nessa Constituição, os cargos de juiz de carreira na respectiva jurisdição. São de natureza legislativa a edição de normas regimentais, pois compete ao Poder Judiciário elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

ditam, em linhas gerais, qual o seu nível hierárquico no ordenamento e qual ou quais Poderes podem produzi-la.

Com base nesses critérios, pode-se estabelecer, no atual contexto político constitucional democrático do Estado Brasileiro, três ordens normativas⁹⁰ e definir uma certa relação hierárquica⁹¹ entre elas: a ordem normativa constitucional, a ordem normativa legal e a ordem normativa administrativa.

Possível, também, desde logo, dizer que, enquanto do Legislativo, de maior representação democrática, podem brotar todos os três níveis de ordens normativas (constitucionais, legais e administrativas), do Executivo originam-se, de acordo com a nosso sistema jurídico, apenas duas dessas ordens (legais e administrativas) e, do Judiciário somente uma (administrativas).

Com efeito, o Poder Legislativo pode elaborar emendas constitucionais (ordem constitucional), leis ordinárias e complementares, decretos legislativos e resoluções (ordem legal) e, por exemplo, ordens de serviço internas (ordem administrativa).

O Poder Executivo pode editar medidas provisórias e leis delegadas (ordem legal) e decretos regulamentares para fiel cumprimento das leis (ordem administrativa). Não lhe compete, contudo, alterar a ordem constitucional, deliberando a respeito de projetos de emenda, ainda que tenha poder de iniciativa para eles.

O Poder Judiciário, por seu turno, somente pode expedir aos normativos administrativos, como elaborar os regimentos internos dos tribunais e baixar atos normativos inferiores, como portarias e ordens de serviço (ordem administrativa). Não

⁹⁰ No período político brasileiro anterior à Constituição de 1988, não democrático, regido pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional de 1969, mas iniciado em 9 de abril de 1964, inviável seria estabelecer a classificação que ora se propõe em razão da existência dos chamados “atos institucionais”, impostos sem qualquer legitimidade democrática, e que, nas palavras de MIGUEL REALE (1977, p. 41), eram “atos de natureza constitucional, com duração temporária, a fim de atender à situação excepcional emergente do processo revolucionário” e que representavam “o trânsito da ordem jurídica antiga para uma ordem jurídica futura imposto pelo sentido ou espírito da revolução vitoriosa”. A respeito, como também ressalta TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR (1984, p. 89), “sabendo-se [...] que normas jurídicas não são apenas um texto estatuído, mas uma relação de comando (conteúdo ou relato e relação ou cometimento), pode-se afirmar que os Atos Institucionais [...] são nitidamente atos revolucionários, emergenciais, de cunho autoritário (cometimento), constituindo um sistema normativo extraordinário, destinado, como eles próprios proclamavam, ao combate à subversão e à corrupção, tendo o efeito de suspender a Constituição no que com ela colidiam mas apenas no que fosse dirigido àquelas finalidades (relato)”.

⁹¹ Falamos em “certa” relação hierárquica porque nem sempre, como será exposto, uma norma da ordem administrativa encontra seu fundamento de validade em uma norma da ordem legislativa, podendo ter suporte direto em norma da ordem constitucional, como acontece, por exemplo, com os regimentos internos dos tribunais. Vide item 4.2.1.1.

tem sequer iniciativa para propor emenda constitucional e tampouco delibera sobre elas ou sobre projetos de lei.

Como visto, pois, de todos os Poderes podem emanar atos administrativos normativos. A faculdade de editá-los, em relação ao Executivo e ao Judiciário, caracteriza o exercício de suas funções atípicas.

No âmbito do Legislativo a situação é mais curiosa, pois a função normativa lhe é típica no que se refere à edição de atos normativos legislativos previstos na Constituição Federal (ordem legal) ou no exercício do Poder Derivado que lhe foi conferido pelo Poder Constituinte Originário (ordem constitucional). No entanto, ao também operar, de forma atípica, função administrativa, do Legislativo podem surgir atos administrativos normativos (desempenho de função normativa atípica de outros poderes, mas típica do Legislativo quanto à produção legislativa), para regimentos internos inferiores de suas Casas (ordem administrativa). No exercício de função atípica (administrativa), o Poder Legislativo realiza função típica (normativa), de forma atípica (pois não se trata de norma criada de acordo com o processo legislativo, mas norma gerada em razão do poder normativo da Administração Pública).

Essa distinção é importante, porque o controle de constitucionalidade é admitido, com será analisado⁹², em relação às normas que descumprem diretamente a Constituição (inconstitucionalidade direta), como as espécies legislativas, mas não quanto àquelas que violem indiretamente a Lei Maior, por desrespeitarem, primeiro, alguma norma da ordem legal. Logo, nem todo ato normativo expedido pelo Poder Legislativo poderá sofrer controle de constitucionalidade. Uma ordem de serviço interna de uma das Casas Legislativas não desafia controle de constitucionalidade, por exemplo.

É interessante observar também que o Poder Legislativo por vezes se utiliza de espécies legislativas para regram assuntos administrativos que, nos outros Poderes, são regulados por meio de atos administrativos normativos. Os regimentos internos das Casas Congressuais são aprovados por resoluções, espécie legislativa (CF, art. 59, VII). Os regimentos internos dos tribunais por resolução administrativa (CF, art. 96, I, “a”). E a organização da Administração Pública no Poder Executivo é feita mediante decreto, ato administrativo normativo (CF, art. 84, VI, “a”).

⁹² Vide item 4.2.1.

Seriam as resoluções das Casas Legislativas, nesse aspecto, (quase) atos administrativos normativos? Não, por disposição constitucional (são espécies legislativas). Sim, pela semelhança apontada.

Por outro lado, seriam os regimentos internos dos tribunais e os decretos presidenciais de organização da Administração Pública no Poder Executivo (quase) leis? Não, pois não são elaborados de acordo com o processo legislativo. Sim, pela semelhança aponta e por encontrarem fundamento de validade direto na Constituição. O assunto será tratado adiante.

Em síntese, atos da Administração Pública são realizados no âmbito dos três Poderes. De todos eles podem emanar atos administrativos normativos, que não se confundem com as espécies normativas legislativas.

3.4. Ato político (e possibilidade do seu controle judicial)⁹³

Conforme esclarecem JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (1988, p. 8) e ODETE MEDAUAR (1993, pp. 69 e 70), a teoria do ato político ou de governo tem origem na França no século XIX, em decisões do Conselho de Estado que rejeitavam apreciar certos atos do Poder Executivo, fundadas no art. 26, da lei de 24 de maio de 1872, com a seguinte fórmula: “atos cuja interpretação e execução não podiam lhe ser atribuídas pela via contenciosa”.

Cumprе observar que não há consenso doutrinário quanto à melhor denominação do instituto em exame, sendo comum a utilização das expressões “ato político” ou “ato de governo”. Em estudo intitulado “Ato de Governo” (1993, pp. 67 a 85), ODETE MEDAUAR (1993, pp. 67 a 85) esclarece que JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (1988, p. 8) e MANOEL DE OLIVEIRA SOBRINHO (1980, p. 99) utilizam as expressões “ato de governo” e “ato político” como sinônimas, enquanto SEABRA FAGUNDES (1950, p. 73) e ADA PELLEGRINI GRINOVER (1973, p. 144) adotam o termo “ato político”. Já a doutrina francesa prefere a denominação “ato de governo” (*acte de gouvernement*), enquanto no direito norte-americano utiliza-se a locução “questões políticas” (*political questions*) e no direito inglês “ato de estado” (*act of state*). Ainda pontua a doutrinadora (1993, p. 68) que

⁹³ O raciocínio a seguir desenvolvido sobre o ato político foi extraído de trabalho anterior de Mestrado, com acréscimos (BOSSLER, 2015, pp. 163 a 175).

a considerar o sentido de atuação do poder estatal, seria político todo o ato que a expresse, tal como deflui das afirmações de CANDIDO DINAMARCO, ao caracterizar a sentença como ato político por expressar o exercício da jurisdição como poder [...]. Assim políticos seriam também os atos parlamentares e todos os atos administrativos porque expressam atuação de poderes estatais.

Entende a professora, porém, que é melhor a utilização da expressão “ato de governo”, por tratar do ato originário do Poder Executivo, embora reconheça, citando MIGUEL MARIENHOFF (1966, p. 699), que o conceito de governo engloba as atividades do Executivo, Legislativo e do Judiciário.

Preferiu-se, neste trabalho, adotar a terminologia “ato político”, pois realizado no exercício de função política. Entende-se, ademais, que, apesar de ser característico do Poder Executivo, o ato político também pode se originar no seio do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, como, por exemplo, ocorre na iniciativa de projeto de lei⁹⁴. A respeito, leciona ALEXANDRE DE MORAES (2022, p. 743):

Iniciativa de lei é a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Legislativo, podendo ser parlamentar ou extraparlamentar e concorrente ou exclusiva.

Diz-se iniciativa parlamentar a prerrogativa que a Constituição confere a todos os membros do Congresso Nacional (Deputados Federais/Senadores da República) de apresentação de projetos de lei.

Diz-se, por outro lado, iniciativa de lei extraparlamentar aquela conferida ao Chefe do Poder Executivo, aos Tribunais Superiores, ao Ministério Público e aos cidadãos (iniciativa popular de lei).

Por sua vez, a iniciativa concorrente é aquela pertencente a vários legitimados de uma só vez (por exemplo: parlamentares e Presidente da República), enquanto iniciativa exclusiva é aquela reservada a determinado cargo ou órgão (por exemplo: CF, art. 61, § 1º).

A iniciativa de lei, como visto, deflagra o processo legislativo. Trata-se, pois, de ato político, praticado com ampla discricionariedade, pelos legitimados constitucionalmente, no âmbito das relações institucionais, que não atinge ou ameaça direitos individuais ou coletivos.

Como observa MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (2012, p. 95):

A elaboração da lei, no Direito Constitucional clássico, obedece a um processo complexo, até certo ponto espelho da própria natureza da lei.

De fato, essa elaboração se desdobra em três fases distintas. A primeira é meramente introdutória: é a fase da iniciativa. A segunda é a fundamental, é a fase constitutiva da lei. A última é complementar, integra a eficácia da lei.

⁹⁴ Em trabalho de Mestrado, defendeu-se que, “por não ter o Conselho Nacional de Justiça competência para exercer o controle de atos políticos, no que tange ao seu revestimento estritamente político, não pode determinar que os Tribunais de Justiça encaminhem, em prazos especificados, projetos de lei para adequação de legislações locais aos termos de suas resoluções” (BOSSLER, 2015, p. 175).

Chama-se iniciativa o poder de propor a adoção de uma lei como também a apresentação do projeto junto ao órgão competente.

Embora se use dizer que ela é uma fase do processo legislativo, juridicamente não o é, embora politicamente o seja. Não o é no plano estrito do Direito, porque se resume num ato, o depósito do projeto.

Assim, mais correto seria afirmar que a iniciativa é o ato que desencadeia o processo de elaboração ou de adoção da lei.

No plano político, todavia, a preparação do projeto é de alta importância. Ante de um projeto ser depositado, um trabalho muitas vezes longo e penoso se desenvolve. E trabalho que demanda pesquisa, apreciação de conveniência e redação precisa, o que não é fácil de levar a cabo. Por outro lado, essa fase de gestação do projeto, onde se admite que o legislador faça a lei e não simplesmente reproduza o direito não escrito, é a cheia de perigo e tentações, já que é nela sobretudo que a pressão de interesses particulares se faz sentir preponderantemente.

Portanto, apesar de existir uma preponderância do Executivo no exercício da função política (DI PIETRO, 2017, p. 54)⁹⁵, como não há uma separação rígida das funções estatais entre os Poderes, atos políticos também são realizados pelo Legislativo e pelo Judiciário. Assim, doutrina HELY LOPES MEIRELLES (1999, p. 635):

Todos os Poderes do Estado são autorizados constitucionalmente a praticar determinados atos, e determinadas circunstâncias, com fundamento político. Nesse sentido, pratica ato político o Executivo quando veta projeto de lei, quando nomeia Ministro de Estado, quando concede indulto; pratica-o o Legislativo quando rejeita veto, quando aprova contas, quando cassa mandato; pratica o Judiciário quando propõe a criação de tribunais inferiores, quando escolhe advogado e membro do Ministério Público para compor o quinto constitucional. Em todos esses exemplos são as conveniências do Estado que comandam o ato e infundem-lhe caráter político que o torna insuscetível de controle judicial quanto à valoração de seus motivos.

Esses atos políticos, nas palavras de CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 512), são aqueles atos que exprimem “a sua eficácia e a imperatividade dos respectivos comandos no circuito interno das relações institucionais entre órgãos de poder político, não projectando directamente as suas consequências jurídicas na esfera dos cidadãos”.

Como esclarece CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2009, p. 379), são atos praticados “com margem de discricção e directamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política”.

MIGUEL MARIENHOFF (1966, p. 702), não atribui autonomia ao “ato de governo” ou “ato político”, equiparando-o, legalmente, ao “ato administrativo”, por falta

⁹⁵ 270 Costuma-se citar como exemplos de atos políticos (ou atos de governo, dependendo da terminologia adotada): a apresentação e retirada de projeto de lei; sanção ou veto a projetos de lei, convocação de sessão extraordinária do Congresso Nacional; decretação e execução de intervenção federal; concessão de indulto; celebração de tratados e convenções internacionais. Nesse sentido, confirma-se CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2009, pp. 379/380) e ODETE MEDAUAR (2012, p. 215).

de previsão constitucional em sentido contrário (no caso, a Constituição Argentina, mas aplicável à realidade constitucional brasileira). Conceitualmente, distingue o “ato político” do “ato administrativo” pela sua finalidade, pelo alcance dos seus efeitos. Afirma tratar-se de uma questão de “grau”, cuja determinação constitui, por sua vez, uma questão de “facto”, de sensibilidade jurídica em suma. Qualquer ato do Poder Executivo, pertinente ao funcionamento ordinário da “Administração” é, em princípio, segundo o professor, um “ato administrativo”. Por outro lado, os atos que não reúnam essas características, que tenham finalidades superiores ou transcendentais para o funcionamento do Estado como seu objeto, em princípio devem ser conceituados como “atos de governo” ou “atos políticos”. O regime jurídico de ambas as categorias de atos - administrativos e governamentais ou políticos – contudo, sustenta MARIENHOFF obedece a princípios semelhantes, pois a diferença “conceitual” entre eles não é suficiente para separá-los juridicamente⁹⁶.

Sob outro prisma, HELY LOPES MEIRELLES (1999, p. 636) pensa que a função política é uma atividade de direção, de gestão superior dos negócios públicos em busca da realização do bem comum. Logo, os atos políticos, observa “se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos”⁹⁷.

⁹⁶ No original: *Considero que el llamado "acto de gobierno" o "acto político" no constituye una figura jurídica específica, sino simplemente una noción conceptual de cierta actividad del órgano Ejecutivo del Estado. Jurídicamente, el acto de "gobierno" y el acto "administrativo" quedan asimilados. La Constitución Nacional, sea en el artículo 86, o en algún otro lugar de la misma, no habla de "actos de gobierno" o de "actos políticos" como opuestos a actos administrativos: en el orden de ideas de que aquí se trata, todos ellos expresan una actividad ejercida por el Poder Ejecutivo. Conceptualmente dichos actos se distinguen por su finalidad, por el alcance de los pretendidos efectos del acto: trátase de una cuestión de "grado", cuya determinación constituye, a su vez, una cuestión de "hecho", de sensibilidad jurídica en suma. Todo acto del Poder Ejecutivo, atinente a la marcha o funcionamiento común u ordinario de la "Administración", por principio es un acto "administrativo"; los actos que no reúnan dichos caracteres, sino que tengan por objeto finalidades superiores o transcendentales para el funcionamiento del Estado, en principio deben conceptuarse actos de gobierno o políticos. Pero el régimen jurídico de ambas categorías de actos -el administrativo y el de gobierno o político- obedece a principios similares, pues la diferencia "conceptual" existente entre ellos no alcanza a separarlos jurídicamente, al extremo de que deban regirse por distintos criterios jurídicos.*

⁹⁷ É importante registrar, contudo, que HELY LOPES MEIRELLES nega a existência de ato político como entidade autônoma distinta do ato administrativo, pois, para ele, o fundamento político pode apenas informar o ato administrativo, legislativo ou judiciário (1999, p. 39). JOSÉ CRETILLA JÚNIOR também considera o ato político “‘espécie’ em que se desdobra o ‘gênero’ ato administrativo” (1988, p. 10). ODETE MEDAUAR (2011, p. 32) ainda informa que “incluem os atos de governo ou atos políticos entre os atos administrativos, por exemplo: Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Odete Medauar; não incluem, dentre outros: Virga, Maurer, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Almiro do Couto e Silva”.

Tem-se entendido que, mesmo em sede de controle jurisdicional, somente há revisão pelo Poder Judiciário do ato político se acarretar lesão ou ameaça a direito, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV)⁹⁸.

Como já pontuava JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ao tratar do tema ainda sob a égide da Constituição de 1967/1969 (1988, p. 13), mas em lição plenamente aplicável à Ordem Constitucional vigente,

Dentro de nosso sistema constitucional de freios e contrapesos, a afirmação de que “os atos exclusivamente políticos são imunes à apreciação jurisdicional” precisa ser entendida em seu sentido exato, que é: “os atos exclusivamente políticos são imunes a apreciação jurisdicional apenas no que encerram *de político*”, porque, integrando a ordem jurídica, a qual se submetem e adaptam, como atos jurídicos que são, devem concretizar-se de harmonia com o princípio da legalidade e conforme competência constitucional.

E CRETELLA JÚNIOR (1988, p. 10) prossegue:

a discricionariedade do ato político é maior do que a discricionariedade do ato administrativo. Ambas, porém, tem barreiras ou limitações, tais como as prerrogativas individuais, as liberdades públicas, os direitos subjetivos públicos.

[...] O ato de governo, assim, nem direta, nem reflexamente atingirá os direitos adquiridos, as liberdades públicas, as prerrogativas individuais, expressas em lei, e caso, por inadvertência, por abuso, excesso ou desvio de poder, a providência do Governo interfira na esfera circunscrita a tais prerrogativas, estará inquinada de vício patente que a desnatura, tornando-a vulnerável aos *remedia juris* correspondentes para o reexame do esdrúxulo pronunciamento governamental pelo Poder Judiciário.

RUY BARBOSA (1983, pp. 114 e 120), citado por ODETE MEDAUAR (2012, p. 215), já ensinava no início do século XX:

Quais as questões meramente, unicamente, exclusivamente políticas?
Óbvio é que as relativas ao exercício de poderes, mera, única e exclusivamente políticos.

Quais são, porém, os poderes exclusiva e meramente políticos?

Evidentemente os que não são limitados por direitos correlativos nas pessoas, individuais ou coletivas, sobre que tais poderes se exercem [...].

Eis o terreno meramente político, defeso como tal à ingerência dos tribunais.

Contraposto a este se estende, como divisas claras e sensíveis, o terreno da justiça, assinalado exatamente pela característica oposta de que questões de sua alçada, em vez de obedecerem à apreciação de conveniências, mais ou menos

⁹⁸ Nesse sentido: ODETE MEDAUAR (2012, pp. 215 e 216), SEABRA FAGUNDES (1979, p. 164) e ADA PELLEGRINI GRINOVER (1973, pp. 145 e 146). ODETE MEDAUAR destaca que “as constituições de 1934 e 1937, nos arts. 68 e 97, respectivamente, previam, de modo explícito, a exclusão dos atos de governo da apreciação do Judiciário; ‘É vedado ao Poder Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas’. A partir de 1946 passou a vigorar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão de direito. Em decorrência, se o ato de governo acarretar lesão a direito, poderá ser impugnado perante o Judiciário” (2012, p. 215).

gerais, entendem com a aplicação de direito legal aos casos particulares, de ordem individual ou coletiva. Onde quer que surja um problema jurídico desta natureza, embora não seja estreme de elementos políticos, desde que exclusivamente político não é, tem de receber a solução legal do poder constituído para dar efeito às garantias constitucionais e com elas valer a toda individualidade, natural ou moral, lesada no seu direito.

Cumprir observar que, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, realizado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 3 de fevereiro de 2000, restou decidido que o veto apostado a dispositivo de projeto de lei, bem como a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, não poderiam ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental, porque “compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos”.

No entanto, apesar de ter sido negado provimento ao Agravo Regimental na ADPF nº 330, da relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado pelo Plenário do Supremo em 19 de agosto de 2015, por estar prejudicado o pedido deduzido de suspensão do processo legislativo em razão da promulgação da lei, houve defesa, no voto condutor, da possibilidade de questionamento de vetos governamentais em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

E, a ADPF nº 714, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e a ADPF nº 893, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia e redator para o acórdão o Ministro Roberto Barroso, respectivamente julgadas em 17 de fevereiro de 2022 e 21 de junho de 2022, foram conhecidas pela Suprema Corte, restando nelas decidido que não poderia haver veto extemporâneo ou arrependimento ao veto por parte do Chefe do Poder Executivo. Em ambos os casos, o Presidente da República republicou lei com novos vetos, após a primeira publicação, o que não foi admitido pelo STF⁹⁹.

⁹⁹ Dada a relevância e atualidade do tema, relacionado à pandemia do Covid-19, transcreve-se a ementa do acórdão da ADPF nº 714: “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2. Veto presidencial em projeto de lei que determinava a utilização de máscaras em locais fechados. 3. Novo veto, após sanção parcial, contra dispositivo anteriormente sancionado, que determinava a utilização de máscaras em presídios. 4. Admissibilidade de ADPF contra veto por inconstitucionalidade. 5. Impossibilidade de arrependimento ao veto. 6. Precedentes. 7. Medida cautelar deferida em parte para suspender os novos vetos trazidos na “republicação” veiculada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 2020, a fim de que seja restabelecida a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei 13.979/2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020. 8. Medida cautelar referendada pelo Plenário. 9. Apreciação, pelo Congresso Nacional, da Mensagem de Veto 25, com superação do veto ao art. 3º-A da Lei 13.979/2020. Perda superveniente de objeto. 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada procedente para restabelecer a plena vigência normativa do § 5º do art. 3º-B e do art. 3º-F da Lei 13.979/2020, na redação conferida pela Lei 14.019, de 2 de julho de 2020” (STF, ADPF nº 714, relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2021).

Diante de todo o exposto, entende-se, neste trabalho, que é possível o controle judicial do ato político no que toca ao seu revestimento jurídico-administrativo-constitucional, ante a possibilidade de violação de direitos individuais e coletivos. Incabível, contudo, o controle do aspecto puramente político desse ato, porque realizado com ampla discricionariedade no âmbito de atividade de gestão superior outorgada pela Constituição Federal aos Poderes da República.

Neste trabalho o ato político será tratado, em regra, como inserto no conceito de ato administrativo ou de ato da Administração Pública e, se for necessário em alguma passagem específica, será destacada alguma peculiar situação a seu respeito.

CAPÍTULO 4 – INCONSTITUCIONALIDADES DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1. Existência de controle concentrado de constitucionalidade de atos administrativos normativos e não normativos no Brasil

Ao tratar das disposições constantes no art. 3º/2 e 3 da Carta da República Portuguesa de 1976 (CRP)¹⁰⁰, relativas à defesa da Constituição e (ao que o autor denomina de) ao “princípio da constitucionalidade da ação do Estado”, J. J. GOMES CANOTILHO (2003, p. 887 e 888) enfatiza:

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição.

[...]

A constituição é a norma das normas, a lei fundamental do Estado, o estalão normativo superior de um ordenamento jurídico. Daí resulta uma pretensão de validade e de observância como norma superior directamente vinculante em relação a todos os poderes públicos.

E prossegue o jurista português, agora na companhia de seu compatriota VITAL MOREIRA (2007, p. 217):

O princípio da conformidade dos actos do Estado com a Constituição é mais amplo de que o tradicional princípio da constitucionalidade das leis. Na doutrina tradicional, ao relevo que se conferia ao controle da constitucionalidade dos actos normativos, contrapunha-se o entendimento da irrelevância constitucional – e conseqüentemente da insindicabilidade em sede de controle de constitucionalidade – da desconformidade com a Constituição de outros actos do Estado, máxime os actos políticos e os actos estaduais não normativos (os chamados “actos de governo”). A CRP determina a invalidade não só das leis, mas também de outros actos do Estado (incluindo os órgãos de soberania: PR¹⁰¹, AR¹⁰² e Governo), das regiões autónomas e das autarquias locais, no caso de serem desconformes com a Constituição, no mesmo pé que os actos legislativos.

¹⁰⁰ Artigo 3.º [...]

2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática.

3. A validade das leis e dos demais atos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.

¹⁰¹ Presidente da República.

¹⁰² Assembleia da República.

CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 122), sobre as mesmas normas da atual Carta Lusitana, ensina que a Constituição de um Estado Democrático de Direito deve estruturar, fundamentalmente, por um lado, as definições do “estatuto, [...] modo de designação de titulares, [...] competências e [...] formas de controlo das autoridades”, e, por outro lado, “as funções públicas ao abrigo das quais as mesmas autoridades produzem actos jurídicos”, denominando de princípio da constitucionalidade “o critério normativo que impõe a observância da supremacia constitucional [...] sobre os demais actos jurídicos-públicos”.

Quando, segundo o renomado doutrinador, a Constituição Portuguesa estabelece, na norma inserta no seu art. 3º/2, que “o Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática”, “exprime um enunciado geral do princípio da constitucionalidade, o qual implica a subordinação à legalidade constitucional tanto dos órgãos de poder, como dos actos que estes produzem” (MORAIS, 2006, p. 122). Mas o princípio da constitucionalidade pode também ser lido de forma restrita, como a conformidade dos actos jurídicos-públicos, definidos por MORAIS (2006, p. 123) “como toda a decisão imputada aos órgãos de um ente colectivo que, na prossecução dos fins públicos a que se encontra adstringida, se mostra apta à produção de consequências jurídicas”¹⁰³, com a Constituição, prevendo a Lei Maior do referido país ibérico, na disposição constante no art. 3º/3, que “A validade das leis e dos demais atos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”.

Embora não haja disposição semelhante na Constituição Brasileira de 1988, não resta dúvida de que, no nosso ordenamento, que também se consubstancia, conforme expressamente reza o artigo inaugural da Carta de 1988¹⁰⁴, em um Estado Democrático

¹⁰³ BLANCO DE MORAIS (2006, p. 123) explica que “na qualidade de *decisão*, o acto supõe a concretização de uma manifestação de vontade, cujo diâmetro dispositivo depende, na generalidade, do tipo de função estadual ao abrigo da qual a mesma se exprime: – é *maior* numa função dominante como a *política*, que se decompõe nas suas variantes *política em sentido estrito* e *legislativa*, podendo nesta última sede falar-se em liberdade conformadora do conteúdo dessa vontade, a qual varia na sua intensidade em razão dos limites paramétricos a que se encontra submetida, não só pela Constituição, mas também por parte de leis interpostas; – é *menor* em funções subordinadas ao império da legalidade, como a *administrativa* (onde imperam graus variáveis de discricionariedade e vinculação, na actuação dos centros de poder executivo) e a *jurisdicional* (onde as sentenças são mais ou menos activistas ou até aditivas, em razão do tipo de jurisdição que as profere e da margem de indeterminação que a norma aplicada deixa ao intérprete jurisdicional (quanto mais abertas, ambíguas, incertas e indeterminadas são as normas objecto de aplicação jurisdicional, maior a margem do intérprete para determinar o seu real ou presumido sentido))”.

¹⁰⁴ “Art. 1º (CF). A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”.

de Direito¹⁰⁵, em decorrência da rigidez constitucional¹⁰⁶ e como corolário do princípio da supremacia da Constituição, não somente os atos normativos, mas todo e qualquer ato do poder público deve observância aos preceitos da Lei Maior.

Nesse sentido, lecionam INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO (2018, p. 237):

O princípio da supremacia da constituição se traduz no fato de que as normas constitucionais, dada a sua origem e em virtude da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, ocupam posição hierárquica superior em relação a toda e qualquer norma ou ato oriundo dos assim chamados poderes constituídos, portanto, em relação às demais normas do sistema jurídico. Em outros termos, o princípio da supremacia da constituição significa que a constituição, e, em especial, os direitos fundamentais nela consagrados situam-se no topo da hierarquia do sistema normativo, de tal sorte que todos os demais atos normativos, assim como os atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário

¹⁰⁵ Como pontifica ALEXANDRE DE MORAES (2022, pp. 5 e 6), “O Estado Constitucional configura-se [...] como uma das grandes conquistas da humanidade, que, para ser um verdadeiro Estado de qualidades no constitucionalismo moderno deve ser um Estado democrático de direito. Dessa forma, são duas as “grandes qualidades” do Estado Constitucional: Estado de direito e Estado democrático. O Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo. Assim, existirá o Estado de Direito onde houver a supremacia da legalidade, ou para o direito inglês a *The Rule of Law*, para o direito francês o *État Legal*, para o direito alemão o *Rechtsstaat*, ou ainda, a *always under law* do direito norte-americano. [...] Por outro lado, e de maneira complementar, a defesa de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder. [...] O Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais é proclamado, por exemplo, no *caput* do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, para mais adiante, em seu art. 14, proclamar que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”. Assim, o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular. O Estado Constitucional, portanto, é mais do que o Estado de Direito, é também o Estado Democrático, introduzido no constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder”.

¹⁰⁶ ELIVAL DA SILVA SANTOS (1994, p. 48) lembra que “se, de um lado, há uma visível relação entre a efetivação do sistema político democrático e o aparecimento de Constituições escritas e rígidas, não se trata, de outro lado, de uma relação necessária. Em outras palavras, é possível haver Democracia sem rigidez constitucional, como bem comprova a secular democracia inglesa, na qual o forte apego às tradições e aos costumes e a intensa politização do eleitorado parecem suficientes para evitar os riscos de uma desnaturação do regime por parte do Parlamento e suas maiorias transitórias. Por seu turno, é bastante evidente para os constitucionalistas do século XX [e do século XIX] que pode haver Constituição rígida em Estados não-democráticos, que, por sinal, muitas vezes se valem dos Estatutos Constitucionais para disfarçarem regimes em que impera a concentração de poder e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem (são as Constituições “semânticas” de que fala Loewenstein [(1986, pp. 218 e 219)]”.

(mas também e de certo modo todo e qualquer ato jurídico), devem ter como critério de medida a constituição e os direitos fundamentais.

Por isso, doutrina ANDRÉ RAMOS TAVARES (2020, p. 294):

A inconstitucionalidade das leis é expressão, em seu sentido mais lato, designativa da incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição. Assim, serve tanto para caracterizar o fato juridicamente relevante da conduta omissiva do legislador, que pode dar ensejo, no Direito Brasileiro, ao mandado de segurança e à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como também serve para indicar a incompatibilidade entre o ato jurídico (*lato sensu*), seja o privado, seja o público, e a Constituição. E isso sob seus vários aspectos: agente, forma, conteúdo ou fim. Não se esqueça, ainda, neste rol, da questão da inconstitucionalidade de normas de nível constitucional.

O ato jurídico, portanto, pode ser um ato administrativo, contrário à Constituição. Pode ser, v. g., o caso de um decreto presidencial que contraria diretamente a Constituição.

[...]

A inconstitucionalidade legislativa constitui, portanto, apenas parcela do conceito mais amplo de inconstitucionalidade.

A respeito também já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, conforme consta na ementa¹⁰⁷ do acórdão que apreciou a medida liminar postulada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293, da relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, em julgamento realizado em 6 de junho de 1990, ainda, portanto, no alvorecer da Carta de Outubro de 1988¹⁰⁸:

O poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional.

Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações. Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica - dos Tribunais, especialmente - porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. - A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império

¹⁰⁷ Como já se teve a oportunidade de ressaltar (BOSSLER, 2015, p. 50), JOSÉ AUGUSTO CHAVES GUIMARÃES (2004, p. 62) esclarece que “a ementa, embora fisicamente gerada junto com o acórdão (sendo originalmente publicada no alto daquele) não é parte, mas sim documento contíguo àquele”. E ATIENZA (1981, p. 31, *apud* GUIMARÃES, 2004, p. 61) ensina que “a ementa deve facilitar o trabalho de pesquisa quando da procura ou busca da informação, possibilitando, também, o conhecimento do assunto que está sendo objeto de pronunciamento judicial, dando uma ideia geral do que o documento contém”.

¹⁰⁸ Cumpre observar que o julgamento, contudo, apesar da lição apresentada, não se refere especificamente à inconstitucionalidade de um ato administrativo, mas à reedição, pelo Presidente da República, de medida provisória com conteúdo substancialmente semelhante a de outra rejeitada pelo Congresso Nacional, ato denominado pelo relator de “quase-legislativo”, conforme consta também na ementa do acórdão: “A rejeição parlamentar de medida provisória - ou de seu projeto de conversão -, além de desconstituir-lhe *ex tunc* a eficácia jurídica, opera uma outra relevante consequência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase-legislativo, de natureza cautelar”.

dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste - enquanto for respeitada - constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar para que essa realidade não seja desfigurada.

Não resta dúvida, portanto, de que, no ordenamento jurídico brasileiro, a validade de qualquer ato do Poder Público depende de sua conformidade com a Constituição, podendo-se, assim, falar-se não somente em inconstitucionalidade de leis, mas também em inconstitucionalidade de atos da Administração Pública em sentido amplo (ou seja, sem restrição a apenas os atos normativos por ela editados), além de inconstitucionalidade de atos jurisdicionais.

Por isso, BLANCO DE MORAIS (2006, p. 132), singelamente, define “inconstitucionalidade de acto jurídico-público como a desconformidade do mesmo acto com o parâmetro constitucional a que se encontra submetido”.

Mas, apesar da validade de qualquer ato do Poder Público depender de sua conformidade com a Lei Maior, conforme pontua CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 133), “os ordenamentos jurídicos valoram de forma diversiforme os actos públicos, para efeito da sua submissão a um sistema próprio de fiscalização que implique o conhecimento e a declaração da sua inconstitucionalidade”, normalmente reservando processos especiais de controle direto de constitucionalidade a ser realizado por uma jurisdição específica (tribunal específico, integrante ou não da Estrutura do Poder Judiciário) e somente para o confronto entre normas jurídicas (atos normativos hierarquicamente inferiores X normas constitucionais).

As restrições para o manejo desses processos especiais de fiscalização de constitucionalidade ocorrem porque, explica MORAIS (2006, p. 133),

Jurisdições não podem ser constringidas a consumir a sua atividade na fiscalização de actos de aplicação (cuja inconstitucionalidade é, maioritariamente, uma consequência daquela que atinge a norma onde se fundam) devendo, sim, dirigir-se às normas ao abrigo das quais os referidos actos são praticados.

Alguns sistemas de fiscalização, como o estadunidense, o italiano e o francês, lembra também BLANCO DE MORAIS (2006, p. 134), restringem ainda mais o controle de fiscalização de inconstitucionalidades para atingir somente normas “emitidas ao abrigo de uma função jurídico-pública primária” (lei X normas constitucionais).

No Estados Unidos da América, explica o professor (2006, p. 134), a Suprema Corte realiza controle de constitucionalidade somente em relação a leis federais e

federadas contrárias à Constituição, ou “sobre leis federadas contrárias a leis federais e a tratados, derivando este controlo de uma interpretação feita em 1903 pelo Supremo Tribunal Federal a partir da *Supremacy Clause* (Artigo VI, Secção II)¹⁰⁹”.

Cumprir observar que, a partir da metade do século XX, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem canalizado sua jurisprudência sobre a *Supremacy Clause* para a doutrina da *federal preemption*, que consiste na invalidação de uma lei estadual que conflita com uma lei federal americana. A lei federal sempre prevalecerá. Essa ideia também se aplica à lei local em relação à lei estadual. A primeira não pode sobrepujar a segunda. A *federal preemption* pode ser expressa, quando o Congresso americano declara expressamente que uma lei federal se destina a antecipar o modelo da legislação estadual¹¹⁰. A *federal preemption* também pode ser implícita e ocorre, nessa hipótese: a) quando uma lei estadual conflita com a federal porque é impossível cumprir ambas ao mesmo tempo ou porque a lei estadual interfere nos propósitos de uma lei federal (*conflict preemption*)¹¹¹; ou, b) quando o governo ocupou totalmente a área que escolheu regulamentar, sem deixar espaço regulatório para a legislação estadual em nível suplementar (*field preemption*)¹¹² (TROY e WOOD, 2007, pp. 257 a 284).

Na Itália segundo dispõe a norma inserta no art. 134 da *Costituzione della Repubblica Italiana*, o Tribunal Constitucional julga: a) as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei, do Estado e das Regiões; b) os conflitos de atribuição entre os poderes do Estado e sobre aqueles entre o Estado e as Regiões, e entre as Regiões; c) as acusações fomentadas contra o Presidente da Republica; em conformidade com a Constituição¹¹³.

¹⁰⁹ Article VI

2. This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

(Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados).

¹¹⁰ English v. General Elec. Co., 496 U.S. 72 (1990).

¹¹¹ Massachusetts Ass'n of HMOs v. Ruthardt, 194 F.3d 176, 179 (1st Cir. 1999).

¹¹² Gade v. National Solid Wastes Mgmt. Ass'n, 505 U.S. 88, 98 (1992).

¹¹³ art. 134. La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.

Na França há um controle abstrato preventivo de constitucionalidade que “incide sobre actos primários como leis orgânicas, tratados, regimentos parlamentares e leis (arts. 54º e 61º, da Constituição)” (BLANCO DE MORAIS (2006, p. 134) e, desde 2010, também há um controle repressivo difuso, incidente sobre disposições legislativas (já em vigor) que violem direitos e liberdades garantidos na Constituição Francesa, por meio da “*question prioritaire de constitutionnalité*” (QPC), a pedido do *Conseil d'État* ou da *Cour de Cassation*, com início em solicitação de um litigante em uma demanda apresentada perante um desses tribunais, após a introdução do art. 61-1 na Constituição Francesa¹¹⁴., observado que a *Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009* regulamentou a aplicação do referido preceito constitucional.

Há sistemas, também, como o alemão, espanhol e austríaco que “restringem a fiscalização abstracta e concreta de constitucionalidade normativos primários, mas alargam o objeto do recurso directo de constitucionalidade a normas e actos jurídico-públicos não legislativos” (BLANCO DE MORAIS, 2006, p. 134) (leis + outros atos do Poder Público X normas constitucionais).

Segundo estabelece a regra prevista no art. 100/1 e 2, da Lei Fundamental da República Federal Alemã, (1) quando um tribunal considerar uma lei, de cuja validade dependa a decisão, como inconstitucional, ele terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da Constituição de um Estado, ou à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação da Lei Fundamental. Isso também é aplicável, quando se tratar da violação da Lei Fundamental pela legislação estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal; (2) quando surgirem dúvidas em um litígio, se uma norma do direito internacional público é parte integrante do direito

¹¹⁴ Art. 61-1. *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article* (“Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou do Supremo Tribunal, que se pronuncia em um prazo determinado. Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo”).

federal, gerando diretamente direitos e deveres para o indivíduo (artigo 25), o tribunal terá de solicitar a decisão do Tribunal Constitucional Federal¹¹⁵.

Na Alemanha, porém, como lembra BLANCO DE MORAIS (2006, p. 135), admite-se “uma queixa constitucional [...] contra qualquer conduta de uma autoridade pública que viole direitos fundamentais ou assimiláveis, sendo o objeto do controlo extensível, não apenas a leis, mas também regulamentos, actos administrativos e pronunciamentos jurisdicionais” (semelhante à ADPF brasileira), como prevê a regra constante do art. 93/1, § 4º, da Lei Fundamental: o Tribunal Constitucional Federal decide: [...] 4. em outras controvérsias de direito público entre a Federação e os Estados, entre diversos Estados e dentro de um Estado, sempre que não exista outra via judicial¹¹⁶.

Na Espanha, como preceitua a disposição inserta no art. 161/1, “a”, da Constituição daquele país, o Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanho e é competente para conhecer do recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei¹¹⁷.

Destaca BLANCO DE MORAIS (2006, p. 135), contudo, que, na Espanha,

“prevê-se no nº 2 do art. 162º da Constituição, conjugado com os arts. 41º e 43º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, a interposição de um recurso directo de constitucionalidade contra actos sem força de lei, o que abrange normas e actos singulares da Administração, assim como sentenças judiciais”.

Na Áustria, nos termos do art. 140 da Lei Constitucional Federal, o Tribunal Constitucional decide sobre a inconstitucionalidade: 1. de leis a) a pedido de um tribunal; b) “*ex officio*”, na medida em que deva aplicar tal lei em processo que lhe esteja pendente;

¹¹⁵ Art. 100 (1) *Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetze handelt. (2) Ist in einem Rechtsstreite zweifelhaft, ob eine Regel des Völkerrechtes Bestandteil des Bundesrechtes ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt (Artikel 25), so hat das Gericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen.*

¹¹⁶ Art. 93 (1) *Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: [...] 4. in anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bunde und den Ländern, zwischen verschiedenen Ländern oder innerhalb eines Landes, soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist.*

¹¹⁷ Art. 161 1. *El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.*

c) a requerimento de quem alega terem sido violados os seus direitos diretamente em consequência da sua inconstitucionalidade, se a lei tiver entrado em vigor sem que tenha sido proferida uma decisão judicial ou tenha sido proferida sentença para essa pessoa; d) a pedido de uma pessoa que, como parte num processo decidido por um tribunal ordinário em primeira instância, alega que os seus direitos foram violados em virtude da aplicação de uma lei inconstitucional, por ocasião da interposição de recurso contra essa decisão; 2. de leis federais também a pedido de um governo estadual, um terço dos membros do Conselho Nacional ou um terço dos membros do Conselho Federal; 3. das leis estaduais também a pedido do governo federal ou, se assim for previsto pela constituição estadual, a pedido de um terço dos membros do parlamento estadual¹¹⁸.

Outras disposições da Constituição Austríaca, no entanto, estabelecem a possibilidade do Tribunal Constitucional pronunciar-se sobre; a) algumas reclamações pecuniárias contra entes públicos (art. 137); b) conflitos de competência entre órgãos jurisdicionais e administrativos (art. 138); c) validade de acordos (tratados) entre a União e os Estados (art. 138a); d) atos de comissões do Conselho Nacional (espécie de Câmara dos Deputados – art. 25) e decisões dos Presidentes do Conselho Nacional e do Conselho Federal (espécie de Senado Federal, porém com representação proporcional ao número de nacionais – art. 34) relativas à classificação das informações de que dispõe os respectivos conselhos (art. 138b); e) legalidade de decretos regulamentares (art. 139); f) ilegalidade da proclamação da republicação de uma lei (acordo/tratado estadual); g) validade de tratados (art. 140a); h) matéria eleitoral (art. 141); i) responsabilidade constitucional das mais altas autoridades federais e estaduais pelas violações culposas da lei ocorridas no âmbito da sua atividade oficial (espécie de processo de “impeachment – art. 142); j) ações penais contra as mesmas autoridades (art. 143); k) decisões de tribunais administrativos (art. 144); e, l) violação de tratados internacionais (art. 145).

BLANCO DE MORAIS (2006, pp. 134 e 135) ainda cita Portugal, país onde alargam “o sistema de fiscalização da constitucionalidade a todas as normas jurídicas-

¹¹⁸ Art. 140. *Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Verfassungswidrigkeit 1. von Gesetzen a) auf Antrag eines Gerichtes; b) von Amts wegen, wenn er das Gesetz in einer bei ihm anhängigen Rechtssache anzuwenden hätte; c) auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, wenn das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist; d) auf Antrag einer Person, die als Partei einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, aus Anlass eines gegen diese Entscheidung erhobenen Rechtsmittels; 2. von Bundesgesetzen auch auf Antrag einer Landesregierung, eines Drittels der Mitglieder des Nationalrates oder eines Drittels der Mitglieder des Bundesrates; 3. von Landesgesetzen auch auf Antrag der Bundesregierung oder, wenn dies landesverfassungsgesetzlich vorgesehen ist, auf Antrag eines Drittels der Mitglieder des Landtages.*

públicas”, ainda que “o universo das normas que são objeto do controlo varie de processo para processo”.

Com efeito, em Portugal, a Constituição primeiro reza, na regra prevista no seu art. 277º/1, que “são inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. Em seguida, A Lei Maior Portuguesa trata de hipóteses de fiscalização, pelo Tribunal Constitucional: a) preventiva de constitucionalidade (art. 278º); b) concreta da constitucionalidade (art. 280º); c) abstrata da constitucionalidade (art. 281º); d) da inconstitucionalidade por omissão (art. 283º). Enquanto nos processos de fiscalização concreta e abstrata de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional Português tem ampla competência para decidir sobre a conformidade de qualquer norma com a Constituição Portuguesa¹¹⁹, a fiscalização preventiva circunscreve-se a leis, decretos-leis, decretos legislativos regionais, convenções internacionais e referendos¹²⁰. Por outro lado, a fiscalização da omissão constitucional limita-se a lacunas legislativas¹²¹.

No Brasil, a Constituição de 1988 ampliou demasiadamente o sistema de controle de constitucionalidade de atos do Poder Público (legislativos, administrativos normativos ou não normativos e até jurisdicionais).

¹¹⁹ art. 280º

1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

art. 281º/1. 1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral: a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas.

¹²⁰ art. 278º

1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

2. Os Representantes da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura.

art. 115º

[...]

8. O Presidente da República submete a fiscalização preventiva obrigatória da constitucionalidade e da legalidade as propostas de referendo que lhe tenham sido remetidas pela Assembleia da República ou pelo Governo.

¹²¹ art. 283º

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

Primeiro porque consagra o princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário ao expressamente dispor a norma constante no art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sem condicionar o encaminhamento de questões relacionadas a atos administrativos para análise e julgamento judicial a qualquer prévia instância administrativa¹²².

Segundo porque a adoção, no Brasil, de um sistema difuso que combina técnicas de controle incidental e controle principal (direto) de constitucionalidade¹²³, torna “todo magistrado [...] um juiz constitucional” (TAVARES, 2013, P. 587), não apenas da compatibilidade das leis com a Constituição, mas também de qualquer ato jurídico com a Carta Maior. Assim, em qualquer processo pode ser reconhecida a inconstitucionalidade de ato da Administração Pública, normativo ou não normativo.

Terceiro porque, no que tange à técnica de fiscalização concentrada de parametricidade, mesmo por meio das ações constitucionais diretas adotadas no ordenamento jurídico brasileiro, manejadas para controle principal de constitucionalidade, é possível a aferição da compatibilidade de atos administrativos com os comandos constitucionais. A ação direta de inconstitucionalidade genérica e a ação declaratória de constitucionalidade, ambas previstas na norma inserta no art. 102, I, “a”, da Constituição admitem ter por objeto a verificação, imediata pelo Supremo Tribunal Federal, da sintonia de atos normativos administrativos com a Constituição (a primeira quanto a atos normativos federais e estaduais, incluídos os atos normativos do Distrito Federal no exercício de competência estadual; a segunda somente em relação a atos normativos federais). A arguição de descumprimento de preceito fundamental, consoante previsto na regra posta no art. 102, § 1º, da Constituição, permite o exame conformidade de atos administrativos, normativos ou não normativos, com a Lei Fundamental.

¹²² Como pontua ANDRÉ RAMOS TAVARES (2018, p. 584), “o princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário remonta, na História constitucional pátria, à Constituição de 1946, que foi a primeira a expressamente determinar que ‘A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual’” (art. 141, § 4º). Referida norma foi reproduzida, com a mesma redação, na Constituição de 1967 (art. 150, § 4º) e na Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 4º). Quanto a esta última, porém, a Emenda Constitucional nº 7/1977 introduziu uma segunda parte na disposição constitucional para estabelecer que “o ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”, criando, assim, na época, uma prévia instância administrativa forçada para acesso ao Poder Judiciário. A Carta de 1988, além de afastar este óbice para ingresso em juízo, retirou também do texto da norma o adjetivo “individual” e acrescentou o substantivo “ameaça”, explicitando que qualquer ato violador ou potencialmente violador a direito individual, coletivo e difuso não pode ser subtraído do conhecimento do Poder Judiciário.

¹²³ Como explicita ELIVAL DA SILVA RAMOS (2010, pp. 69 e 70), já mencionado (Vide Capítulo 1).

Por outro lado, como defendido¹²⁴, existe, no ordenamento brasileiro, controle concentrado incidental de constitucionalidade de leis e atos administrativos normativos. Em diversas ações diretamente ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, pronuncia a Corte Suprema, como única instância, a constitucionalidade dessas espécies de atos do Poder Público como questão prejudicial para julgamento de uma causa.

Em suma, no ordenamento jurídico brasileiro, a validade de qualquer ato do Poder Público depende de sua conformidade com a Constituição, podendo-se, assim, falar-se não somente em inconstitucionalidade de leis, mas também em inconstitucionalidade de atos da Administração Pública em sentido amplo. Por outro lado, apesar dos ordenamentos jurídicos, em geral, reservarem processos especiais de controle direto de constitucionalidade a um órgão específico e somente para o confronto entre normas jurídicas, no Brasil, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade admitem o cotejo com o conteúdo da Lei Maior de leis e atos administrativos normativos, mas a arguição de descumprimento de preceito fundamental aceita a também a verificação da constitucionalidade de outros atos administrativos. Todas essas ações de controle principal de constitucionalidade são dirigidas ao Supremo Tribunal Federal, que também controla, de forma concentrada e incidental, a constitucionalidade de leis e atos administrativos normativos nas ações de sua competência originária.

4.2. Inconstitucionalidade direta ou indireta (ilegalidade) do ato da Administração Pública

Tema de valiosa importância quando se trata de controle concentrado de constitucionalidade de atos administrativos normativos no Brasil é a distinção entre inconstitucionalidade direta e indireta. Diversas ações de controle direto de constitucionalidade que impugnam atos administrativos normativos sequer são conhecidas por considerar-se a ofensa à Constituição apenas indireta ou reflexa.

Ao tratar da inconstitucionalidade ou da ilegalidade das leis, ELIVAL DA SILVA RAMOS (1994, p. 64) doutrina que

a relação de inconstitucionalidade pode instaurar-se mediante a interposição de outro ato legislativo entre a Constituição-parâmetro e a lei-objeto, de modo

¹²⁴ Vide Capítulo 1.

que a desconformidade existirá diretamente entre a lei e o ato interposto e indiretamente com referência às normas constitucionais que lhe dão suporte.

Da mesma forma, um ato administrativo normativo pode violar diretamente preceitos constitucionais ou pode contrariá-los de forma indireta, em razão da infringência de outro ato normativo hierarquicamente situado entre o ato administrativo inquinado e a Constituição.

Em outras palavras, na inconstitucionalidade direta, o vício do ato administrativo normativo decorre da verificação de sua incompatibilidade em cotejo imediato com disposições da Constituição. Na indireta, também chamada de reflexa ou oblíqua, o ato administrativo normativo, antes, já viola prescrições normativas superiores sintonizadas com a Constituição. Daí, neste último caso, falar-se em “ilegalidade”, reservando-se o termo “inconstitucionalidade” para a situação de inconstitucionalidade direta.

Como aponta JORGE MIRANDA (1988, p. 276),

Inconstitucionalidade e ilegalidade são ambas violações de normas jurídicas por actos de poder. Verificam-se sempre que o poder infringe a Constituição, a lei ou qualquer outro preceito que ele próprio edite [seja esse preceito normativo, seja não normativo (como o sentido de qualquer acto administrativo de conteúdo geral)]; de resto a Administração não pode modificar ou revogar arbitrariamente os actos que pratique] e a que necessariamente fica adstrito. Não divergem de natureza, divergem pela qualidade dos preceitos ofendidos, ali formalmente constitucionais, aqui contidos em lei ordinária ou nesta fundados.

A distinção radica na norma que disciplina o acto de que se trate, fixando-lhe requisitos de qualificação, validade e eficácia. Se for a Constituição, o acto será inconstitucional no caso de desconformidade ou incompatibilidade; se tais requisitos não se encontrarem senão na lei, já a sua falta torná-lo-á meramente ilegal.

Ressalte-se que, como os atos normativos administrativos normalmente são baixados para regulamentar disposições legais ou dar-lhes exequibilidade, a segunda situação (ilegalidade/inconstitucionalidade indireta) costuma ocorrer com mais frequência.

ANDRÉ RAMOS TAVARES (2013, p. 303), ao abordar o assunto sob a ótica da inconstitucionalidade das leis, mas em lição aplicável também aos atos administrativos, pontifica restar evidente que

[...] todas as violações normativas seriam reduzíveis a uma questão de inconstitucionalidade (entendida [...] em sentido amplíssimo), tendo em vista que a Constituição é sempre o fundamento último de validade de todas as demais normas do sistema, estejam estas situadas no nível de uma portaria, de mera instrução ou mesmo no nível da lei. Em outras palavras, a ilegalidade, por infração de uma norma infraconstitucional, ou a invalidade, por infração de uma norma infralegal, sempre podem ser conduzidas em termos de violação

indireta da norma hierarquicamente superior àquela violada diretamente, até se alcançar a Constituição.

Mas, como também salienta TAVARES (2013, p. 303), “a inconstitucionalidade, contudo, não suporta tamanha elasticidade conceitual, sob pena de tornar-se imprestável o conceito, perdendo uma utilidade mínima que justifique sua abordagem específica”.

De fato, se todo ato do Poder Público fosse considerado inconstitucional por ser ilegal (inconstitucionalidade indireta) não haveria sentido na distinção. E, para efeitos deste trabalho, qualquer ato da Administração Pública, em tese, seria passível de controle direto de constitucionalidade, independentemente da verificação de sua conformidade com outros atos normativos infraconstitucionais hierarquicamente superiores a ele¹²⁵.

Cumprir observar que a inconstitucionalidade indireta (ilegalidade) não ocorre somente quando o ato administrativo contraria frontalmente o conteúdo do ato normativo primário. Descompasso há também quando o ato secundário transborda as margens da norma infraconstitucional primária da qual deriva ou mesmo quando não lhe dá exequibilidade integral¹²⁶.

Assim, a inconstitucionalidade de atos administrativos normativos ocorrerá somente se houver uma relação de desconformidade deles direta com a Constituição (inconstitucionalidade direta). Caso contrário, se o ato administrativo normativo ofender

¹²⁵ Ademais, como ensina JORGE MIRANDA (1988, p. 277), “o sistema jurídico não está organizado de forma circular, com a Constituição no centro e todos os actos amarrados a ela, a igual distância: em primeiro lugar, porque a Constituição material historicamente surgiu tendo como escopo limitar o poder político e sua função essencial não é estabelecer a disciplina doutras entidades públicas infra estaduais e dos particulares, ainda que se lhes refira; em segundo lugar, porque a complexidade das situações da vida e das intervenções do Estado na sociedade impõem a multiplicação e a descentralização de fontes e órgãos de produção jurídica. Domina, antes, como bem se sabe, uma estrutura hierarquizada, em que cada acto jurídico-público tem de assentar formal e materialmente num preceito determinado, que, por seu turno, se funda noutra de grau superior. Quer se aceitem quer se rejeitem as concepções normativas e gradualistas, sem dúvida ao observador deparam-se sucessivos estratos de normas com funções próprias e não absorvidas na Constituição. Também isso, aliás, constitui exigência do Estado de Direito – aquele em que o Direito serve de medida de todas as coisas – porquanto só a referência específica a uma norma certa e determinada permite o exercício da fiscalização jurídica das decisões do poder”.

¹²⁶ Nesse sentido é o trecho da ementa do acórdão proferido no julgamento, realizado no Supremo Tribunal Federal em 11 de março de 1994, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 996, da relatoria do Ministro Celso de Mello: “[...] Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *citra legem*, quer, ainda, porque tenha investido *contra legem*, a questão caracterizara, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. - O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou obliqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada”.

a Lei Maior, mas também violar outro ato normativo infraconstitucional hierarquicamente superior (inconstitucionalidade indireta), haverá apenas ilegalidade.

Ressalte-se que um ato administrativo normativo, no Brasil, pode ofender apenas indiretamente a Constituição porque, antes, viola outro ato administrativo normativo superior, ou seja, não infringe uma das espécies normativas legislativas citadas no art. 59 da Carta Política. Nesse caso, pois, na literalidade, seria incorreto falar em “ilegalidade” do ato administrativo normativo inferior que contrariou o superior, em contraponto à expressão “inconstitucionalidade”, uma vez que o ato administrativo normativo inquinado não está a infringir “lei”. A carência de um termo mais adequado e o sentido amplo que a palavra “lei” pode ser utilizada, como pontifica EROS ROBERTO GRAU (2005, pp. 240 a 247), para quem o princípio da legalidade constante no art. 5º, II, da Constituição deve ser tomado tanto para contemplar a ideia de “reserva de lei” quanto a de “reserva da norma”, que pode ser legal, regulamentar ou regimental, leva à utilização do referido vocábulo (“ilegalidade”). O Direito Alemão neste ponto, usa um termo mais preciso – *Rechtswidrigkeit* – que significa “contrário ao Direito” (malgrado exista no idioma a palavra *Illegalität*).

A partir dessa singela, porém relevante distinção, surgem alguns problemáticos desdobramentos jurídicos relacionados, no Direito brasileiro, à interrelação das normas constitucionais e das leis com os atos administrativos normativos de execução (regulamentos de execução), os atos administrativos normativos autônomos (regulamentos autônomos), os atos administrativos normativos independentes (regulamentos independentes) que merecem investigação mais aprofundada.

4.2.1 Inconstitucionalidade direta e indireta e atos administrativos normativos de execução, autônomos e independentes

Os atos normativos, na profícua lição de MIGUEL REALE (1968, pp. 26 a 28), podem ser originários ou complementares (derivados). Os primeiros emanam de competência diretamente outorgada pela Constituição e inovam na ordem jurídica. Os atos normativos complementares, por seu turno, visam a explicitar ou especificar o conteúdo dos atos normativos originários, sem derivar, portanto, diretamente da Constituição e sem inovar no ordenamento¹²⁷.

¹²⁷ Nas palavras do autor, que assim escreveu em 1968, “os atos normativos [são] originários e complementares. Originários se dizem os emanados por um órgão estatal em virtude de competência

A lei é exemplo típico de ato normativo originário. No Brasil, contudo, o termo “lei” é utilizado para designar, genericamente, as várias espécies normativas mencionadas no art. 59 da Constituição: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; e, VII - resoluções.

Expressões da democracia representativa, todas essas espécies normativas decorrem de processos legislativos específicos, que sempre contam com a participação de ao menos uma das Casas Parlamentares, sendo aprovadas por meio de votos de seus membros, representantes eleitos pelo povo¹²⁸, justamente porque inovam na ordem jurídica¹²⁹.

própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para emanção de regras instituidoras de direito novo. [...] Atos normativos complementares são os que se formam em virtude de autorização de outro Poder, ou quando a competência originária se restringe à explicitação ou especificação de um conteúdo normativo pôsto por outrem: as leis delegadas e os regulamentos são exemplos de uma e de outra hipótese, ou seja, de competência derivada quanto à emanção do ato, e de normatividade complementar quanto ao conteúdo primordial das regras. [...] Assim sendo, as leis não diferem dos regulamentos ou de certas sentenças por sua natureza normativa, mas sim pela originariedade com que instauram situações jurídicas novas, pondo o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia, ao passo que os demais atos normativos explicitam ou completam as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade”. Apesar de não ser objeto deste trabalho, é importante observar que MIGUEL REALE expôs, sob as luzes da Constituição de 1967, mas em lição que também pode ser aplicada à atual Carta Política, que a lei delegada também é espécie de ato normativo complementar. Contudo, parece-nos melhor a lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que considera a lei delegada espécie normativa originária. A respeito, pronuncia-se (2012, pp. 253 e 254): “Problema sério levantado pela lei delegada é o de sua natureza. É ela ato normativo primário ou secundário? Numa certa medida ela parece ato secundário. De fato [...] no estudo do processo de sua edição, a lei delegada pressupõe, como condição de validade, um ato primário individual do Congresso, que é o ato que opera a delegação e lhe marca os limites. Destarte, de certo modo, a lei delegada desdobra um ato primário individual, de maneira a sugerir seu enquadramento entre os atos secundários, como os regulamentos. Essa análise, porém, não parece a melhor. Se, em sua formalização, a lei delegada poderia ser situada entre os atos secundários, quanto ao seu conteúdo e eficácia, ela é um típico ato primário. De fato, as normas que estabelece estão no primeiro nível de eficácia, logo abaixo das constitucionais. Desse modo, a lei delegada é um ato primário, derivado de pronto da Constituição, embora condicionado”.

¹²⁸ Como lembra J. J. GOMES CANOTILHO (2003, p. 714), partindo da fórmula de Ulpiano (“*Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*”), “a Rousseau competirá o mérito de considerar a lei como instrumento da actuação da igualdade política e daí a consideração da lei como um produto da vontade geral. A lei era geral num duplo sentido: geral, porque é a vontade comum do povo inteiro, e geral porque estatui não apenas para um caso ou homem, mas para o corpo de cidadãos. A lei é, pois, geral quanto à sua origem e quanto ao seu objecto: é o produto da vontade geral que estatui abstractamente para assuntos da comunidade”.

¹²⁹ Conforme ensinam LENIO LUIZ STRECK e MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA (2013, pp 1119 a 1121), “o processo legislativo é o núcleo central do regime constitucional no Estado Democrático de Direito”. E prosseguem: “[...] é inegável a função que [o Direito moderno] exerce nos processos de integração da sociedade. Pois, consoante a forma jurídica moderna, faz-se do Direito um referencial normativo, operacional para a sociedade, que tem por função realizar a coordenação dos diversos planos de ação dos vários atores na sociedade, através da estabilização de expectativas de comportamento temporal e social, formal e materialmente generalizadas. Todavia, a complexidade da sociedade moderna é de tal ordem que pressupõe um Direito que, para realizar sua função no processo de integração da sociedade, deve ultrapassar a perspectiva funcional-sistêmica e possibilitar simultaneamente não somente a

Costuma-se, por outro lado, citar o regulamento como modelo de ato normativo complementar (derivado) expedido pela Administração Pública.

De fato, o regulamento, em sua concepção mais tradicional, é o “ato por que o executivo edita normas, [e] tem apenas um terreno e um destino - o de aplainar as dificuldades para a rigorosa execução da lei” (FERREIRA FILHO, 1966, pp. 26 e 27).

A respeito, afirma HELY LOPES MEIRELLES (2016, p. 205):

Os regulamentos são atos administrativos, postos em vigência por decreto, para especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não disciplinadas por lei. Desta conceituação ressaltam os caracteres marcantes do regulamento: ato administrativo (e não legislativo); ato explicativo ou supletivo da lei; ato hierarquicamente inferior à lei; ato de eficácia externa. Leis existem que dependem de regulamento para sua execução; outras há que são autoexecutáveis (*self executing*). Qualquer delas, entretanto, pode ser regulamentada, com a só diferença de que nas primeiras o regulamento é condição de sua aplicação, e nas segundas é ato facultativo do Executivo.

O regulamento em regra, passa a vigorar por meio de decreto e por isso, muitas vezes os vocábulos são usados como sinônimos. Utiliza-se, também, a expressão decreto regulamentar. No entanto, segundo também MEIRELLES (2016, p. 204),

decretos, em sentido próprio e restrito, são atos administrativos da competência exclusiva dos Chefes do Executivo, destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas de modo expresso, explícito ou implícito, pela legislação. Comumente, o decreto é normativo e geral, podendo ser específico ou individual.

Nessa mesma linha, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2017, pp. 275 e 276) preleciona:

Decreto é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito). Ele pode conter, da mesma forma que a lei, regras gerais e abstratas que se dirigem a todas as pessoas que se encontram na mesma situação (decreto geral) ou pode dirigir-se a pessoa ou grupo de pessoas determinadas. Nesse caso, ele constitui decreto de efeito concreto (decreto individual); é o caso de um decreto de desapropriação, de nomeação, de demissão.

densificação de princípios morais universais na pluralidade das eticidades substantivas das organizações políticas concretas; mas fazê-lo de tal modo que “os destinatários de suas normas possam reconhecer-se como coautores das mesmas” (HABERMAS, 1998). Tal possibilidade de reconhecimento deve ser garantida, como veremos, pelo processo legislativo, estruturado constitucionalmente. As sociedades modernas buscam, portanto, organizar-se através de um Direito que, guardando uma relação de complementaridade com uma “moralidade pós-convencional” e se autonomizando de uma “eticidade substancial”, pretende justificar-se através de um processo legislativo constitucionalmente estabelecido, em que forma jurídica moderna e princípio democrático interagem. [...] O processo legislativo em sentido estrito é uma cadeia ou sequência de atos próprios do Poder Legislativo que estão normativa e especificamente interligados, tendo por objetivo realizar a tarefa primordial de um regime democrático: a promulgação de leis, que representa o retrato da produção democrática do direito”.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2017, p. 117) defende que os regulamentos, “a despeito de serem exteriorizados através de forma própria, constituem apêndices de outros atos, mais comumente de decretos (embora nem sempre). Esses atos é que os colocam em vigência”. Ressalta ainda o referido doutrinador (2017, p. 138) que, não obstante a lição de HELY LOPES MEIRELLES (2016, p. 205), outros atos, além do decreto, podem dar vigência ao regulamento, como resoluções, portarias etc.

Boa parte da doutrina brasileira menciona a existência de apenas duas categorias de regulamentos: I) de execução, destinados a cumprir sua clássica função de especificar e dar exequibilidade às leis; e, II) independentes ou autônomos, que visam dispor sobre cenários não regrados por lei.

Como pontifica MARÇAL JUSTEN FILHO (2016, p. 244),

a classificação tradicional reconhece a existência de duas espécies de regulamentos. Há os regulamentos de execução e os regulamentos autônomos. Os regulamentos de execução destinam-se a explicitar e desenvolver as normas de uma lei. O fundamento imediato de validade das normas dos regulamentos de execução encontra-se nas normas da lei. Os regulamentos autônomos são aqueles desvinculados de uma lei, que encontram fundamento de validade diretamente na Constituição. Por meio de um regulamento autônomo, são criados direitos e obrigações sem a previa existência de lei. A adoção de um regulamento autônomo significa que o Poder Executivo inova a ordem jurídica.

De forma semelhante, afirma DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (2014, p. 237): “Regulamentos – são atos normativos que têm função de explicitar a lei e dar-lhe exequibilidade e, ainda, admitindo-se a modalidade autônoma, de prover sobre situações ainda não legisladas”.

Na mesma linha, porém referindo-se ao decreto (ato administrativo, como dito, que, em regra, coloca em vigência o regulamento), DI PIETRO (2017, p. 276) leciona: “Quando produz efeitos gerais, [o decreto] pode ser: 1. regulamentar ou de execução, quando expedido com base no artigo 84, IV, da Constituição, para fiel execução da lei; 2. independente ou autônomo, quando disciplina matéria não regulada em lei”.

Também a respeito ensina HELY LOPES MEIRELLES (2016, pp. 204 e 205):

O nosso ordenamento administrativo admite duas modalidades de decreto geral (normativo): o independente ou autônomo e o regulamentar ou de execução. [...]

Decreto independente ou autônomo: é o que dispõe sobre matéria ainda não regulada especificamente em lei. A doutrina aceita esses provimentos administrativos *praeter legem* para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as reservas da lei, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas. [...]

Advirta-se, todavia, que os decretos autônomos ou independentes não substituem definitivamente a lei: suprem, apenas, a sua ausência, naquilo que

pode ser provido por ato do Executivo, até que a lei disponha a respeito. Promulgada a lei, fica superado o decreto. [...]

Decreto regulamentar ou de execução: é o que visa a explicar a lei e facilitar sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação. Tal decreto comumente aprova, em texto à parte, o regulamento a que se refere. Questiona-se se esse decreto continua em vigor quando a lei regulamentada é revogada e substituída por outra. Entendemos que sim, desde que a nova lei contenha a mesma matéria regulamentada.

Para essa corrente de pensamento, regulamentos independentes e autônomos são expressões sinônimas, relativas ao mesmo fenômeno jurídico: ato administrativo normativo sem fundamento em lei e inovador na ordem jurídica.

Parte da doutrina brasileira também afirma que, com o advento da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico pátrio não passou mais a admitir a existência de regulamento autônomo no Brasil¹³⁰, situação que perdurou até a Emenda Constitucional nº 32/2001, que alterou a redação do art. 84, VI, da Lei Maior, para dispor que compete privativamente ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Nesse sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2019, pp. 257 e 258):

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional nº 32/01. [...]

Com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea ‘a’ [do art. 84, VI, da Constituição – “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”].

A norma estabelece certo paralelismo com atribuições semelhantes da Câmara dos Deputados (art. 51, IV), do Senado (art. 52, XIII) e dos Tribunais (art. 96, I, ‘b’); Portanto, no direito brasileiro, excluída a hipótese do artigo 84, VI, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, só existe o regulamento

¹³⁰ Árduo defensor da impossibilidade do regulamento “aportar à ordem jurídica direito ou obrigação que já não estejam, na lei, previamente caracterizados e de modo suficiente, isto é, nela delineados, ao menos pela indicação dos critérios e balizamentos indispensáveis para o reconhecimento de suas composturas básicas”, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO (2009, pp. 259 e 269), afirma, quanto ao perfil do poder regulamentar no direito brasileiro, que “os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportados pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (1) limitar a discricionariedade administrativa, seja para (a) dispor sobre o *modus operandi* da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos, cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações, técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (2) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém e estabelecimento dos comportamentos administrativos que sejam consequências lógicas necessárias do cumprimento da lei regulamentada”.

de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.¹³¹

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO (2004, pp. 110 a 111), com apoio em JOSÉ MARIA BAÑO LEÓN (1991, p. 163) e SÉRGIO FERRAZ (1977, p. 119), contudo, traz uma abordagem mais detalhada do tema, e faz uma distinção entre regulamentos autônomos e independentes:

Regulamentos autônomos são aqueles que têm fundamento direto no texto constitucional, que delimita uma esfera de conteúdos reservados ao regulamento. Trata-se de um campo material exclusivo no qual o legislador não pode interferir. Já os regulamentos independentes, ou regulamentos *praeter legem*, são os que existem no espaço deixado pelo legislador em matérias que não contrariem a reserva de lei e o próprio texto legal, num campo de poderes residuais. A relação entre a lei e o regulamento autônomo é de competência, enquanto que a relação entre a lei e o regulamento independente é de hierarquia.

[...]

Os regulamentos independentes estão sujeitos à preeminência de lei, o que significa que, havendo lei posterior sobre o assunto, esta substitui tal regulamento.

[...]

Os regulamentos autônomos são editados com base em uma competência normativa, diretamente fundada na Constituição, que exclui a competência do Legislativo. São baseados, assim, num domínio próprio a que se pode denominar, com inspiração na doutrina francesa, domínio do regulamento. Trata-se de “campo regulamentar rigorosamente protegido contra o legislador”.

¹³¹ Em sentido contrário, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2017, p.74), sustenta que, mesmo após a modificação constitucional promovida pela EC nº 32/2001, não há espaço para regulamentos autônomos do direito brasileiro. Diz o autor: “Não conseguimos encontrar no vigente quadro constitucional respaldo para admitir-se a edição de regulamentos autônomos. Está à mostra em nosso sistema político que ao Executivo foi apenas conferido o poder regulamentar derivado, ou seja, aquele que pressupõe a edição de lei anteriormente promulgada, que necessite do seu exercício para viabilizar a efetiva aplicação de suas normas. [...] Mesmo diante da alteração processada na Constituição, permanecemos fiel ao pensamento que expressamos acima. Alias, a questão dos decretos e regulamentos autônomos deve ser colocada em termos mais precisos. Para que sejam caracterizados como tais, é necessário que os atos possam criar e extinguir primariamente direitos e obrigações, vale dizer, sem prévia lei disciplinadora da matéria ou, se se preferir, colmatando lacunas legislativas. Atos dessa natureza não podem existir em nosso ordenamento porque a tanto se opõe o art. 5º, II, da CF, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações. Para que fossem admitidos, seria impositivo que a Constituição deixasse clara, nítida, indubitável, a viabilidade jurídica de sua edição por agentes da Administração, como o fez, por exemplo, ao atribuir ao Presidente da República o poder constitucional de legislar através de medidas provisórias (art. 62, CF). Aqui, sim, o poder legiferante é direto e primário, mas os atos são efetivamente legislativos, e não regulamentares. Ao contrário, decretos e regulamentos autônomos estampariam poder legiferante indireto e simulado, e este não encontra suporte na Constituição. Os atos de organização e funcionamento da Administração Federal, ainda que tenham conteúdo normativo, são meros atos ordinatórios, ou seja, atos que se preordenam basicamente ao setor interno da Administração para dispor sobre seus serviços e órgãos, de modo que só reflexamente afetam a esfera jurídica de terceiros, e assim mesmo mediante imposições derivadas ou subsidiárias, mas nunca originárias. Esse aspecto não é suficiente para converter os atos em decretos ou regulamentos autônomos. Na verdade, vários outros atos, além do decreto, dispõem sobre a organização administrativa, como é o caso de avisos ministeriais, resoluções, provimentos, portarias, instruções, ordens de serviço. A diferença é apenas de hierarquia do agente responsável pela prática do ato e da maior ou menor amplitude de seu objeto. O conteúdo organizacional, no entanto, é o mesmo”.

O que mais diferencia o regulamento autônomo do regulamento independente – e causa espanto – é o fato de que aqueles, ao contrário destes, pressupõem a existência de uma reserva de regulamento (espécie de reserva de administração) em contraposição à clássica reserva de lei. São duas esferas de competências distintas que se excluem reciprocamente.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO (2004, p. 111) ainda lembra que,

Não se deve confundir os regulamentos executivos decorrentes de leis de baixa densidade normativa (ou *lois-cadre*¹³²) com os regulamentos independentes. Aqueles carecem de uma delegação pelo legislador que estabelece parâmetros mínimos, enquanto esses existem sem qualquer tipo de outorga por parte da lei. Mesmo quando se tratar de habilitações legislativas em branco não haverá regulamento independente, que prescinde de manifestação legislativa, muito embora não a possa contrariar.

No mesmo sentido, JOSÉ CARLOS FRANCISCO (2009, pp. 388 e 389) ensina que,

Os regulamentos autônomos têm natureza de ato normativo da administração (tanto quanto os demais regulamentos), mas exercem função jurídica primária equivalente à legislativa, e não podem ser considerados como lei em sentido formal, pois são expedidos exclusivamente pelo Executivo com fundamento na ordem constitucional. Então, a diferença marcante dessa modalidade regulamentar (inclusive para diferenciá-la dos regulamentos independentes) é que nenhuma lei pode ser editada sobre o assunto exclusivamente confiado aos domínios do regulamento autônomo, o que basta para demonstrar as poucas hipóteses em que se configura na Constituição.

Quanto aos regulamentos independentes, JOSÉ CARLOS FRANCISCO (2009, pp. 405 e 406) lembra que,

O regulamento independente corresponde ao ato normativo do Executivo expedido diretamente em face da constituição, enquanto lei em sentido formal não tenha sido produzida para delimitar o tema. [...] Disso decorre que os regulamentos independentes são muito parecidos com os regulamentos de execução, com exceção da preexistência de lei.

Uma vez que os imperativos de gestão da coisa pública não podem sucumbir à inércia do Legislativo, havendo norma constitucional auto-executável (de eficácia plena ou contida), a autoridade competente tem o dever de aplicar o preceito da constituição, quando pode se tornar imprescindível organizar a execução da norma mediante pormenores e diretrizes para os servidores e para a sociedade, viabilizando a edição desses regulamentos diretamente em face do dispositivo constitucional para concretização da justiça social. Certamente são atos normativos da administração (não tem natureza de ato administrativo ou legislativo), possuindo função jurídica primária-temporária, pois a edição de lei os converte em ato secundário ou derivado, razão pela qual se subordinam ao bloco de constitucionalidade e ao bloco de legalidade (ainda que carecedor de lei específica sobre o tema tratado).

¹³² A lei-quadro (*lois-cadre*) possui um conteúdo geral, estabelecendo princípios gerais, metas e orientações políticas, formando um “quadro” aberto para a pintura detalhada feita pela regulamentação na via administrativa. A respeito, confira-se MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (1966, p. 30) e MAURICE DUVERGER, (1958, p. 446).

Do nível elevado de abstração contido nas normas constitucionais que impõem sua edição, pode decorrer certa elasticidade de normatização para esses regulamentos, quando poderão criar direitos e obrigações contemplados nesses preceitos constitucionais, mas não deverão cuidar de requisito que tenha sido confiado exclusivamente à lei. Portanto, tratando-se de matéria protegida pela reserva absoluta de lei e havendo omissão do Legislativo, a exigência de aplicação imediata do preceito constitucional será cumprida nos moldes das normas de eficácia contida, motivo pelo qual essas previsões confiadas à lei serão desprezadas até a efetiva edição do ato legislativo, de modo que o regulamento independente será expedido nos estritos termos que a norma constitucional tem aplicabilidade em momento algum desbordando dos limites constitucionais ou dispondo sobre aquilo que foi imposto à lei (sob pena de usurpação da função legislativa. No entanto, quando o preceito constitucional tiver eficácia plena por não reclamar a edição de lei para sua execução direta (embora o ato legislativo seja necessário em razão da elevada abstração do preceito constitucional), os eventuais conceitos jurídicos indeterminados contidos no artigo da Constituição deverão ser pormenorizados pelo regulamento, ainda que impliquem em discricionariedade (político-administrativa ou técnica), situação na qual a obrigação ou o direito surgirão nos atos regulamentares sem violação à legalidade (note-se que não há que se falar em reserva absoluta, pois o preceito não exige lei expressamente), para que assim se torne possível o cumprimento do “espírito da constituição”.

A partir dessa distinção entre regulamentos de execução, autônomos e independentes¹³³ e observado que não há motivo para limitar a aplicação do entendimento teórico apenas a uma das espécies administrativas normativas (os regulamentos)¹³⁴, sobretudo porque a Constituição, desde sua redação original, como será a seguir defendido, já contemplou a possibilidade de edição de outras que tem o condão de inovar na ordem jurídica, com base em uma competência normativa exclusiva, diretamente nela fundada, ou devido a “espaço deixado pelo legislador em matérias que não contrariem a reserva de lei e o próprio texto legal”, e este trabalho busca estudar o controle de constitucionalidade de todos os atos normativos da Administração Pública, pode-se concluir, provisoriamente, que os atos administrativos normativos podem ser subdivididos, de acordo com o grau de vinculação deles a um ato normativo superior (constitucional, legislativo ou administrativo) em autônomos, independentes e de execução.

¹³³ SÉRGIO FERRAZ (1977, pp. 119 e 120) também faz a mesma distinção, denominando, porém, de regulamentos autônomos regradados aqueles editados em “área não expressamente reservada à lei, e onde norma legal, *stricto sensu*, ainda não foi editada” (os regulamentos independentes, nas palavras CYRINO) e de regulamentos discricionários aqueles que disciplinam assuntos em áreas com “reserva de Administração” (os autônomos, pela lição de CYRINO).

¹³⁴ Conforme lembra JOSÉ CARLOS FRANCISCO (2009, p. 259), “a doutrina é uniforme em considerar os regulamentos como atos editados exclusivamente no âmbito do Poder Executivo, dotados de abstração, generalidade, impessoalidade e imperatividade”.

Por outro lado, em complemento às mencionadas lições doutrinárias, cumpre ainda fazer algumas observações.

Primeiro verifica-se que os atos administrativos normativos de execução podem ser subdivididos em originários e derivados.

Se o ato administrativo normativo de execução já nascer com essa característica, ou seja, surgir para explicitar lei previamente editada, dando-lhe exequibilidade, não se originando, portanto, de qualquer ramificação direta (e conseqüentemente inovadora no ordenamento) da Constituição, deve ser considerado originário.

Em outro caminho, se o ato administrativo normativo de execução emergir da sua conversão a partir de sua prévia condição de ato administrativo normativo independente (e, portanto, inicialmente criador de direito), em razão do assunto por ele tratado passar a ser disciplinado por lei, deve ser classificado como derivado.

Também os atos administrativos normativos independentes podem ser originários ou derivados.

Há a possibilidade de atos administrativos normativos independentes surgirem não somente em razão da prévia regulação de matérias constantes de normas constitucionais antes da sua disciplina por leis (ou seja, como atos administrativos normativos independentes originários), mas também devido à revogação ou declaração de inconstitucionalidade delas, com a elevação de atos administrativos normativos nascidos como de execução à condição de normas primárias.

Com efeito, essa hipótese se revela presente quando um ato normativo é editado para regulamentar determinada matéria disciplinada por lei, mas trata de tema que poderia, antes do advento dessa lei, também ter sido objeto de regulamentação independente por ato administrativo normativo, em razão de haver espaço constitucional para tanto.

Na hipótese da referida lei que amparou a criação do ato administrativo normativo secundário perder vigência, esse ato administrativo, nascido de execução, pode, entende-se, se continuar em vigor, alçar força normativa primária, pois admitida pela ordem constitucional, tornando-se, portanto, por derivação, independente (uma vez que não há mais lei a disciplinar a matéria).

Ou seja, da mesma forma que o advento da lei pode transmudar um ato administrativo normativo independente em de execução, como afirmou JOSÉ CARLOS FRANCISCO (2009, pp. 405 e 406), a revogação da lei, ou inclusive a declaração de sua inconstitucionalidade, também pode converter um ato administrativo normativo de

execução dela derivado em independente, se admitido constitucionalmente que discipline a matéria antes regradada pela lei revogada ou declarada inconstitucional (e, neste último caso, se o ato administrativo normativo nascido de execução também não contrariar a o conteúdo da Carta Política).

Vislumbra-se, como será exposto, inclusive, a possibilidade de um ato administrativo normativo nascer independente, converter-se em de execução ante o surgimento de lei que discipline a matéria por ele inicialmente tratada e, depois, readquirir a sua “independência”, em razão dessa mesma lei deixar de vigorar.

Ante o exposto, podemos chegar à seguinte classificação final dos atos administrativos normativos¹³⁵:

- a) Autônomos: derivam diretamente da Constituição e inovam no ordenamento jurídico, em campo de competência especificamente reservado a eles, sem possibilidade de ingerência legislativa;
- b) Independentes originários: também derivam diretamente da Constituição e inovam no ordenamento jurídico, pois visam dar aplicabilidade a normas constitucionais de eficácia plena ou contida, não podendo, contudo, invadir campo de competência reservado exclusivamente às leis que, contudo, se editadas passam a subordiná-los (convertendo-os em atos administrativos normativos de execução derivados);
- c) Independentes derivados: emergem da transmutação de atos normativos de execução originários que adquirem normatividade primária, originária, ou seja, diretamente ramificada da Constituição, em razão da sua permanência no ordenamento após a revogação do ato normativo superior que antes regulavam, por seu conteúdo também poder dar efetividade, suficientemente, aos preceitos constitucionais de eficácia plena ou contida e não contrariá-los;

¹³⁵ Na linha do afirmado no parágrafo anterior, não se poderia descartar a possibilidade do ato administrativo normativo nascido independente, convertido em de execução (devido ao advento de lei) e depois novamente transformado em independente (em razão da perda da vigência da lei) voltar a se tornar um ato administrativo normativo de execução caso volte a ser editada outra lei que trate da matéria por ele inicialmente abordada. E essa lógica também se aplica, *mutatis mutandis* ao ato administrativo de execução originário (que pode se tornar independente, depois voltar a ser de execução e assim sucessivamente, a depender da revogação e nova edição de leis e da vocação do ato administrativo para também poder criar direito amparado pela Ordem Constitucional). Não nos pareceu, contudo, conveniente, relevante ou mesmo possível, considerando a premissa principal deste trabalho – a análise do controle da constitucionalidade dos atos da Administração Pública – e dada a tendência ao infinito que o raciocínio lançado poderia levar, ampliar a classificação dos atos administrativos de execução e independentes para além das categorias de originários e derivados.

- d) De execução originários: não derivam diretamente da Constituição e não inovam no ordenamento jurídico. Surgem para explicitar e dar exequibilidade a outros atos normativos infraconstitucionais originários a que estão vinculados, e destinam-se a conferir a esses atos normativos superiores condições de aplicação; e,
- e) De execução derivados: despontam a partir da conversão de atos administrativos normativos independentes cuja matéria disciplinada passaram a ser regradas por leis, às quais os atos independentes passaram então a estar vinculados.

E, no que tange à verificação de compatibilidade das mencionadas espécies de atos administrativos normativos com os mandamentos constitucionais (se direta ou primeiro em relação a um ato normativo infraconstitucional), o que importa para estabelecer em quais situações poderá (observadas as demais exigências do ordenamento pátrio) cogitar-se em controle concentrado de constitucionalidade deles, uma vez que apenas as situações que caracterizam inconstitucionalidade ensejam essa espécie de controle judicial, podem ser estabelecidas, diante do exposto, as seguintes premissas:

- a) Como os atos administrativos normativos autônomos atuam em um campo de competência e encontram seu fundamento de validade diretamente no texto constitucional, eventual desconformidade deles com os ditames da Lei Maior importará sempre em inconstitucionalidade;
- b) Não há falar em “ilegalidade”, pois, no âmbito de atos administrativos autônomos, uma vez que entre seus regramentos e os preceitos constitucionais não há qualquer outro ato normativo infraconstitucional;
- c) Atos administrativos normativos independentes (originários ou derivados) serão inconstitucionais caso apresentem descompasso com a Constituição enquanto a matéria por eles tratada não for objeto de lei (no caso de atos administrativos normativos independentes originários, a primeira lei a abordar o assunto; na hipótese de ato administrativo normativo independente derivado, a nova lei a disciplinar o tema); e,
- d) Atos administrativos normativos de execução (originários ou derivados¹³⁶) serão ilegais caso apresentem descompasso com a Constituição e com a lei (ou

¹³⁶ Porque, como visto, o ato administrativo normativo de execução derivado, apesar de inicialmente caracterizado como independente e portanto, possivelmente, enquanto nessa condição, inconstitucional,

outro ato normativo infraconstitucional superior) que regulamentam. Caso essa norma superior seja revogada ou declarada inconstitucional e nenhuma outra a substituí-la, há possibilidade do ato administrativo de execução, se admitido o campo regulatório da matéria, verter-se em ato administrativo normativo independente (derivado), se conformar-se com os ditames da Lei Maior.

Interessante observar também que eventual questionamento quanto à constitucionalidade de ato administrativo normativo independente pode ser reavivada caso a lei que passou a tratar da matéria constitucional por ele inicialmente disciplinada venha a ser declarada inconstitucional ou caso seja revogada, sem que outra passe a tratar do seu assunto.

Isso porque, nessas situações, ocorrerá, ou um efeito repristinatório decorrente do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou uma espécie de repristinação da força primária do ato administrativo normativo independente em razão da revogação da lei posterior sem substituição da matéria que tratava por outra.

Na melhor doutrina de CLÈMERSON CLÈVE (2000, p. 250), o efeito repristinatório é “o fenômeno da reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. Já a repristinação, instituto distinto, substanciaria a reentrada em vigor da norma efetivamente revogada em função da revogação (mas não anulação) da norma revogadora”.

O efeito repristinatório da norma anterior em razão do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma posterior que revogou aquela ocorre porque, como salienta CLÈVE (2000, p. 249 e 250), “o ato inconstitucional, no Brasil¹³⁷, é nulo (e não

perde essa qualidade com o advento da lei que passou a abordar o assunto por ele originalmente disciplinado.

¹³⁷ O efeito repristinatório está expressamente previsto, constitucionalmente: a) na centenária Constituição da Áustria de 1920 [art. 140.6 *Wird durch ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes ein Gesetz als verfassungswidrig aufgehoben, so treten mit dem Tag des Inkrafttretens der Aufhebung, falls das Erkenntnis nicht anderes ausspricht, die gesetzlichen Bestimmungen wieder in Kraft, die durch das vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig erkannte Gesetz aufgehoben worden waren. In der Kundmachung über die Aufhebung des Gesetzes ist auch zu verlautbaren, ob und welche gesetzlichen Bestimmungen wieder in Kraft treten* (“Se uma lei for declarada inconstitucional por um acórdão do Tribunal Constitucional, as disposições legais revogadas pela lei que o Tribunal Constitucional pronunciou inconstitucional tornam-se eficazes novamente no dia da entrada em vigor da decisão, a menos que no julgamento se declare o contrário. A decisão sobre a inconstitucionalidade da lei também deve anunciar se e que disposições legais novamente entram em vigor”)]; e, b) na Constituição da República Portuguesa de 1976 [art. 282.1 “A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”].

simplesmente, anulável). [...] A decisão judicial que decreta a inconstitucionalidade atinge todos os possíveis efeitos que uma lei constitucional é capaz de gerar”, inclusive a cláusula de revogação da norma anterior (expressa ou implícita).

O Supremo Tribunal Federal tem admitido o efeito repristinatório da lei anterior quando a posterior é reconhecida inconstitucional¹³⁸, de todo previsto na norma inserta no art. 11, § 2º, da Lei nº 9.868/1999¹³⁹, observado que a Corte Suprema Brasileira, contudo, limita-o às normas editadas após a Constituição Federal de 1988, entendendo que, quanto às anteriores, deve-se verificar se foram ou não recepcionadas pela atual Lei Maior¹⁴⁰. Assim, o efeito repristinatório nas decisões no controle de constitucionalidade não atingem normas anteriores à vigência da Constituição de 1988 se com ela incompatíveis.

E, tal qual ocorre com a lei, na hipótese de reconhecimento da inconstitucionalidade de norma que passou a disciplinar matéria originalmente tratada por ato administrativo normativo nascido independente (e que, com o advento da referida norma, perdeu essa qualidade, convertendo em ato administrativo normativo de execução), este ato administrativo normativo revigora sua condição de independente e, portanto, primário na ordem jurídica.

¹³⁸ Nesse sentido, ADI nº 2.028 e ADI nº 2.036, ambas da relatoria do Ministro Moreira Alves.

¹³⁹ A previsão legal refere-se apenas ao deferimento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, mas aplica-se o efeito repristinatório também à decisão final na referida demanda, bem como na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que “a norma anterior não chegou juridicamente a cessar a sua vigência. Por isso, e como sempre, ela mantém-se em vigor e continua a ser aplicável após a decisão de inconstitucionalidade” (RUI MEDEIROS, 1999. p. 652).

¹⁴⁰ Assim restou decidido no julgamento da ADI nº 3.660 (relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 8/5/2008): “Como se sabe, este Tribunal, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, tem exigido que o requerente, no pedido inicial, delimite de forma precisa o objeto da ação, impugnando todo o complexo normativo supostamente inconstitucional, inclusive as normas revogadas que teriam sua vigência e eficácia revigoradas em virtude da declaração de inconstitucionalidade das normas revogadoras (ADI 2.574/AP, Rel. Carlos Velloso, DJ 29.8.2003, ADI 2.224/DF, Rel. Nelson Jobim, DJ 13.6.2003). (...) Assim, na delimitação inicial do sistema normativo, o requerente deve verificar a existência de normas revogadas que poderão ser eventualmente repristinadas pela declaração de inconstitucionalidade das normas revogadoras. Isso implica, inclusive, a impugnação de toda a cadeia normativa de normas revogadoras e normas revogadas, sucessivamente. Por outro lado, é preciso levar em conta que o processo do controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais (ADI 2, Rel. Paulo Brossard, DJ 2.2.1992). Dessa forma, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deve ser simplesmente resolvida segundo princípios de direito intertemporal (lex posterior derogat priori). Assim, conjugando ambos os entendimentos professados pela jurisprudência do Tribunal, a conclusão não pode ser outra senão a de que a impugnação deve abranger apenas a cadeia de normas revogadoras e revogadas até o advento da Constituição de 1988”.

Por isso, defende-se, neste caso, não ser possível reconhecer a inconstitucionalidade por arrastamento do primitivo ato administrativo normativo (nascido independente e convertido em de execução com o advento da lei cuja constitucionalidade foi questionada).

Como dito¹⁴¹, o STF, na declaração de inconstitucionalidade de normas, está condicionado ao “princípio do pedido ou da congruência”. Assim, a Corte não pode reconhecer a inconstitucionalidade de normas não questionadas.

É certo que, paralelamente, a Suprema Corte Brasileira admite a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento ou consequente.

É o que ocorre com os atos administrativos normativos de execução, editados para dar fiel cumprimento a uma lei ou outro ato normativo primário, como um decreto regulamentar. Ele foi criado em razão do ato normativo primário. Portanto, se declarada a inconstitucionalidade desse ato normativo superior, o decreto regulamentar também será afastado do ordenamento, ainda que não haja pedido expresso nesse sentido, em razão do fenômeno da inconstitucionalidade por arrastamento ou consequente, caso também esteja em descompasso com a Lei Maior.

A inconstitucionalidade por arrastamento, contudo, pensamos, não pode atingir o ato administrativo normativo independente, porque nasce diretamente da Constituição, podendo, pois, mesmo após o advento de lei que passou a regular a matéria por ele inicialmente tratada (e o converteu, durante sua vigência, em ato administrativo normativo de execução) voltar a discipliná-la, pois retoma sua vida própria.

Logo, sustenta-se, na hipótese de pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei cuja matéria constitucional por ela regulada foi, antes do seu advento, disciplinada por ato normativo independente, que há necessidade de impugnação expressa da constitucionalidade também deste ato normativo, sob pena de permitir que ele permaneça com sua vigência e eficácia (ainda que veicule o mesmo conteúdo considerado inconstitucional) em razão do efeito repristinatório decorrente do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei.

Neste caso, o ato administrativo normativo independente nasce aparentemente constitucional, torna-se legal, por conformar-se com a lei posterior que tratou do seu tema, e, mesmo após o reconhecimento da inconstitucionalidade dessa lei, permanece vigente

¹⁴¹ Vide item 2.3.2.1.

e eficaz¹⁴², ao menos até também ser declarada sua inconstitucionalidade (uma vez que não impugnada no pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei).

Curiosamente, por outro lado, um ato administrativo normativo germinado como independente e cujas disposições, posteriormente, passaram a conflitar com a lei que veio a disciplinar o assunto constitucional por ele inicialmente regulado (convertendo-o, em princípio, em ato administrativo normativo de execução), pode ser considerado ilegal durante a vigência da referida lei (por contrariar e, logo, exorbitar das suas disposições), mas voltar a ter eficácia, caso referida lei seja considerada inconstitucional (o que não ocorrerá com o ato administrativo normativo, justamente por conflitar com a lei, mas conformar-se com a Constituição).

Essa mesma situação ocorre na hipótese de revogação da lei que passou a tratar da matéria constitucional inicialmente regulada pelo ato administrativo normativo independente. Há, no caso, uma espécie de “represtinação heterodoxa” do ato administrativo normativo independente.

Como dito, tradicionalmente, a represtinação consiste no restabelecimento da norma anteriormente revogada por outra devido à subsequente revogação da norma revogadora.

De forma exemplificada: lei “X”, revogada pela lei “Y”, volta a produzir efeitos, em razão da revogação da lei “Y” pela lei “Z”.

A norma inserta no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - LINDB), prescreve que “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

Portanto, no Direito brasileiro, a represtinação de leis é exceção, pois depende de expressa disposição legal. A lei revogada somente recupera vigência se houver expressa determinação da lei represtinatora¹⁴³.

¹⁴² Preferimos utilizar o verbo “permanecer” em vez de “recuperar” porque o ato administrativo normativo, neste caso, nunca deixou de ser vigente e eficaz, uma vez que passou a ter essas qualidades ao nascer independente (pois não teve sua constitucionalidade questionada na ocasião), manteve-as com o advento da lei (pois não exorbitava suas disposições) e também as conservou mesmo após o reconhecimento da inconstitucionalidade dessa lei (pois não pedida expressamente a declaração de sua inconstitucionalidade). Sua eficácia, pois, só cessará quando também impugnada categoricamente sua constitucionalidade).

¹⁴³ Como observa IVAN MAYNART SANTOS RODRIGUES (2013, pp. 11 e 12), “o fenômeno da represtinação tradicional previsto na LINDB tem como característica a finalidade expressa e definitiva da lei represtinatora em recolocar a antiga norma, lei represtinada, em seu estado *a quo*, ou seja, em vigência, produzindo efeito *ex nunc*, a considerar, para as relações jurídicas futuras, não retroagindo a aplicação da norma jurídica represtinada para disciplinar as relações jurídicas já constituídas em conformidade com as

Contudo, defende-se, a revogação de lei posterior a um ato administrativo normativo nascido independente por outra lei pode importar no retorno da eficácia normativa do referido ato administrativo (independente), ainda que a segunda lei (que revogou a primeira) não declare expressamente o referido efeito repristinatório.

Como a lei e o ato administrativo normativo tem origens e processos de formação distintos, a revogação da primeira não importa, necessariamente, na perda da eficácia normativa do segundo.

A lei, aqui entendida em sentido amplo, ou seja, qualquer uma das espécies legislativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, tem origem, geralmente, no âmbito do Poder Legislativo¹⁴⁴ e é fruto do processo legislativo disciplinado, também ordinariamente, na própria Lei Maior¹⁴⁵.

Os atos administrativos normativos são editados pela Administração Pública. Normalmente tem origem no âmbito do Poder Executivo, podendo, contudo, também surgir no seio do Poder Judiciário e até do Poder Legislativo, quando esses poderes exercem suas funções atípicas.

São atos administrativos normativos, no Poder Judiciário, os Regimentos Internos dos Tribunais (CF, art. 96, I, “a”), as Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 103-B, § 4º, I), e todos os demais atos normativos expedidos por seus órgãos.

disposições legais da época. Assim, tem-se que LEI “A” repristinada pela LEI “C” não poderá retroagir para reger os fatos jurídicos estabelecidos na vigência da LEI “B”; seja nas relações de direito material e/ou de direito processual”.

¹⁴⁴ As exceções são: a) as medidas provisórias (CF, art 59, V), que, em um processo invertido ao da elaboração da lei ordinária, são primeiro editadas pelo Presidente da República (CF, art. 62, “caput”), mas dependem de apreciação pelo Congresso Nacional no prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável uma vez por igual período, com sua conversão em lei, sob pena de perda de eficácia (CF, art. 62, §§ 3º e 7º); e, b) as leis delegadas (CF, art. 59, IV), também elaboradas pelo Presidente da República, após solicitar a delegação ao Congresso Nacional (CF, art. 68, “caput”), que, por resolução, especifica seus conteúdos e os termos de seus exercícios, podendo determinar a sua apreciação dos projetos (CF, art. 68, §§ 2º e 3º).

¹⁴⁵ Não estão regulados na Constituição Federal os processos legislativos: a) dos decretos legislativos, “espécie normativa destinada a veicular as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, previstas, basicamente, no art. 49 da Constituição Federal. Além destas matérias, também é de competência do decreto legislativo a regulamentação exigida no art. 62, da citada Carta (EC nº 32/01)” (MORAES, 2022, p.944). O processo de tramitação de decreto legislativo é disciplinado pelo regimento interno do Congresso Nacional; e, b) das resoluções, “ato do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas, tomado por procedimento diferente do previsto para a elaboração das leis, destinado a regular matéria de competência do Congresso Nacional ou de competência privativa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, mas em regra com efeitos internos; excepcionalmente, porém, também prevê a constituição resolução com efeitos externos, como a que dispõe sobre a delegação legislativa. [...] A Constituição Federal não estabelece o processo legislativo para a elaboração da espécie normativa resolução, cabendo ao regimento interno de cada uma das Casas, bem como do Congresso Nacional, discipliná-lo” (MORAES, 2022, pp. 948 e 949).

No âmbito do Poder Legislativo, além de atos legislativos, também são editados, no exercício da função atípica executiva, atos administrativos normativos por seus órgãos, todos de execução, como portarias, regulamentos, ordens de serviço e instruções¹⁴⁶.

Quanto aos atos administrativos normativos de execução, de caráter secundário, editados para fiel cumprimento da lei ou de outros atos normativos primários, como estão estritamente subordinados a eles, podem ser explicitamente revogados por esses diplomas normativos superiores, ainda que tenham origens distintas.

Não há, contudo, perda de eficácia automática do ato administrativo normativo de execução em razão da revogação da lei ou do ato normativo superior que ele visou dar operatividade, porque o diploma normativo primário superveniente que passou a tratar da matéria disciplinada pelo revogado pode preservar, ainda que implicitamente, o ato administrativo normativo de execução que fora editado com a finalidade de regulamentação. Se o novo ato normativo primário reprisa todos os preceitos do revogado, sem inovações relevantes, continua a vigor o ato administrativo normativo de execução¹⁴⁷.

Nesse sentido, restou decidido, em 16 de abril de 2002, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14.219, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, pela Primeira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que “a revogação expressa de uma lei nova, nem sempre acarreta a derrogação do regulamento. Se os dispositivos do regulamento são compatíveis com os novos preceitos, o regulamento é recebido pelo diploma superveniente”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Rápida pesquisa em sistema de busca eletrônico revela que somente na Câmara dos Deputados Federais, desde 1907 e até 05/07/2022, foram editados 3.462 portarias, 14 regulamentos, 387 ordens de serviço e 108 instruções, todos atos administrativos normativos de execução.

¹⁴⁷ Nesse sentido, ensina HELY LOPES MEIRELLES (1999, p. 205): “Decreto regulamentar ou de execução: é o que visa a explicar a lei e facilitar sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação. Tal decreto comumente aprova, em texto à parte, o regulamento a que se refere. Questiona-se se esse decreto continua em vigor quando a lei regulamentada é revogada e substituída por outra. Entendemos que sim, desde que a nova lei contenha a mesma matéria regulamentada”.

¹⁴⁸ Cumpre observar, por outro lado, que o Colendo Supremo Tribunal Federal já decidiu que, assim como a lei, a revogação de ato administrativo normativo não importa na repristinação do anterior. Nesse sentido, segue a ementa do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 555421/AM, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 14/04/2015 pela Egrégia Segunda Turma do Pretório Excelso: “Agravo regimental no recurso extraordinário. Efeitos de revogação de decreto do Poder Executivo. Discussão, no âmbito da Administração Pública, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Necessidade. 1. A revogação de decreto editado pelo Poder Executivo não implica automática repristinação de anterior legislação editada sobre o tema. 2. É necessário rediscutir-se a matéria, em sede administrativa, com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, até mesmo em respeito à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da SS nº 3.030/AM, a evitar, assim, grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-constitucional. 3. Agravo regimental não provido”

Em relação aos atos administrativos normativos autônomos, como disciplinam matéria apartada da esfera da lei, somente podem ser revogados por outro ato administrativo normativo autônomo da mesma categoria do primeiro. A lei que, eventualmente, revogue-os será inconstitucional.

No que tange aos atos administrativos normativos independentes a situação é mais complexa.

Como o ato administrativo normativo independente nasce fundado diretamente na Constituição, podendo tornar-se legal ou ilegal de acordo com sua conformidade ou não com a lei que venha a disciplinar sua matéria, convertendo-se, na primeira hipótese, em um ato administrativo normativo de execução, e, na segunda, perdendo sua eficácia, a revogação da referida lei pode gerar diferentes efeitos nesse ato administrativo normativo independente, a depender também dos termos da lei revogadora.

No caso de ato normativo administrativo nascido independente e convertido posteriormente em de execução (por coadunar-se com os termos da lei que surgiu para tratar do assunto), a lei nova que disciplina de modo semelhante a matéria (lei revogadora daquele que converteu o ato administrativo normativo independente em de execução) manterá, implícita ou explicitamente, a eficácia normativa do ato referido administrativo, com a mesma força normativa após sua conversão (ou seja, como ato administrativo normativo de execução). Há recepção do ato administrativo normativo nascido independente e convertido pela lei anterior em de execução, nessa mesma qualidade (de execução), pela nova lei.

Na hipótese da lei nova disciplinar de modo diverso a matéria inicialmente abordada pelo ato administrativo normativo independente e depois convertido em de execução por coadunar-se com uma primeira lei que passou a tratar do tema (e foi, depois, revogada pela outra), haverá revogação, implícita ou explícita desse ato administrativo, por não se conformar os ditames da lei nova e, portanto, aos seus olhos, ser um ato administrativo normativo ilegal. Contudo, eventual reconhecimento da inconstitucionalidade dessa lei nova, reaquecerá a eficácia do referido ato administrativo normativo, seja na qualidade de ato de execução, caso opere-se o efeito ripristinatório da lei anteriormente revogada, seja na qualidade de ato independente, caso não pedida (e reconhecida) sua inconstitucionalidade (sendo, como visto, vedado, no nosso sentir, o arrastamento), mesmo que declarada também a inconstitucionalidade da primeira lei.

A lei nova que simplesmente revoga a anterior, mas não regula a matéria de forma diversa, contudo, não pode também revogar, mesmo que explicitamente, o ato administrativo normativo nascido independente e posteriormente convertido pela lei anterior (agora singelamente revogada) em ato administrativo normativo de execução, porque se o assunto não está mais disciplinado por lei e pode ser regulado (como o foi no passado), em certos aspectos, por ato administrativo normativo independente, por conformar-se com a Constituição, e que não pode, nesta qualidade, por outro lado, ser puramente revogado por ato de origem diversa. Haverá, nessa situação, uma repristinação heterodoxa (pois causada por ato legislativo em um ato administrativo) dos efeitos normativos primários (independentes) do ato administrativo normativo então apenas “de execução” da lei singelamente revogada.

Nesse caso, o ato administrativo normativo nasce independente, torna-se legal (de execução), por conformar-se com a lei posterior que tratou do seu tema, e, após o advento da lei revogadora que, contudo, não disciplina de outro modo a matéria, retoma sua original independência, podendo ainda, caso o assunto seja posteriormente abordado por outra lei com a qual esse ato administrativo normativo venha a se conformar, retornar à condição de ato de execução.

4.2.1.1. Exemplo de ato administrativo normativo autônomo: os regimentos internos dos tribunais (com estudo de casos)

Para ilustrar o que foi explanado a respeito dos atos administrativos normativos autônomos e independentes, apresenta-se, neste tópico e nos dois próximos, três exemplos que relevam diversidades no sistema e suas possíveis consequências jurídicas em relação ao controle de constitucionalidade.

Neste item será abordada a natureza dos regimentos internos dos tribunais. No próximo, a natureza das resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. No último, os atos administrativos normativos originários da Universidade de Brasília a respeito de reserva de vagas no ensino superior com base em critério étnico-racial.

Dito isso, no âmbito do Poder Executivo, como visto, os decretos regulamentares expedidos na forma do art. 84, VI, da Constituição Federal são geralmente citados como exemplo de ato administrativo normativo autônomo, que teria surgido no Brasil somente com o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001.

Contudo, os regimentos internos dos tribunais, desde a Constituição de 1934¹⁴⁹, caracterizam-se como típicos atos administrativos normativos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro. Somente pelo período de pouco mais de onze anos, de 13 abril de 1977 de abril de 1977, quando editada a Emenda nº 07, até o advento da Constituição de 1988, perderam essa característica, passando a ser qualificados como atos administrativos normativos independentes¹⁵⁰.

Como afirmado, atos administrativos normativos são aqueles expedidos pelo Poder Público no exercício de sua função administrativa, no âmbito de qualquer um dos Poderes da República.

Tratados atualmente na norma constante no art. 96, I, “a”, da Constituição de 1988, os regimentos internos dos tribunais, desde o início da República Brasileira¹⁵¹, sempre foram os instrumentos normativos utilizados para concreção do autogoverno da

¹⁴⁹ Art 67 (CF/1934). Compete aos Tribunais: a) elaborar os seus Regimentos Internos, organizar as suas secretarias, os seus cartórios e mais serviços auxiliares, e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos;

Art 93 (CF/1937). Compete aos Tribunais: a) elaborar os Regimentos Internos, organizar as Secretarias, os Cartórios e mais serviços auxiliares, e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos;

Art 97 (CF/1946). Compete aos Tribunais: [...] II - elaborar seus Regimentos Internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos;

Art 110 (CF/1967). Compete aos Tribunais: [...] II - elaborar seus Regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; propor (art. 59) ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos;

Art. 115 (EC 01/1969) (redação original). Compete aos Tribunais: [...] II - elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; propor ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos;

Art. 96 (CF/1988). Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

¹⁵⁰ Art. 115 (EC 01/1969) (redação dada pela Emenda Constitucional nº 07/1977). Compete aos Tribunais: [...] II - organizar seus serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos, na forma da lei, propor ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos; III - elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, respeitado o que preceituar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos com funções jurisdicionais ou administrativas;

¹⁵¹ Nenhuma das disposições da Constituição de 1891 expressamente estabelecia regra semelhante às encontradas nas suas sucessoras, mas a norma inserta em seu art. 58 dizia que "os Tribunais federais elegerão de seu seio os seus Presidentes e organizarão as respectivas Secretarias", extraíndo-se desse texto, e do princípio da Separação dos Poderes, já naquela época, a possibilidade de autorregulação no âmbito do Poder Judiciário.

Magistratura, constituindo, inclusive, na visão de JOSÉ FREDERICO MARQUES (1990, p. 34), fonte normativa do Direito Processual pátrio¹⁵².

A projeção desse autogoverno da Magistratura¹⁵³ e o princípio da separação e harmonia dos poderes¹⁵⁴ levou o constituinte a estabelecer um domínio normativo próprio ao Poder Judiciário, para cada Tribunal do país, para a regular, com exclusividade, a competência e o funcionamento dos seus respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, sem interferência, dos Legislativo ou do Executivo.

A redação atual da Constituição de 1988, após as Emendas Constitucionais nºs 19/1998 e 32/2001, em verdade, estabeleceu uma simetria entre os Poderes da República no que tange à auto normatização de suas organizações internas. Assim, compete tanto à própria Câmara dos Deputados quanto ao próprio Senado Federal “dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias” (CF, art. 51, IV, e art. 52, XIII). Da mesma forma, cabe privativamente ao Presidente da República “dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos” (CF, art. 84, VI) e, como tratado, os tribunais tem competência privativa para: “a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” (CF, art. 96, I, “a”).

¹⁵² “Os Regimentos Internos dos tribunais constituem fonte normativa do Direito Processual [...], uma vez que a Constituição da República assim o determina, no art. 96, I, ‘a’, para melhor assegurar o autogoverno da magistratura (MARQUES, 1990, p. 34).

¹⁵³ “Consiste o autogoverno da magistratura no exercício de funções normativas e administrativas tendentes a garantir plena independência ao Poder Judiciário entre os órgãos do Estado” (MARQUES, 1958, p. 168).

¹⁵⁴ Conforme preleciona JOSÉ AFONSO DA SILVA (2013, p. 110), “harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferência, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.

A diferença, contudo, reside nas espécies normativas que materializam esses regramentos: enquanto a organização interna da Câmara dos Deputados e do Senado Federal é disciplinada por resoluções, espécie legislativa (art. 59, VII), no âmbito do Poder Executivo e no seio do Poder Judiciário suas topografias são feitas, respectivamente, por decreto presidencial (CF, art. 84, VI) e pelos regimentos internos dos tribunais (CF, art. 96. I, “a”), espécies de atos administrativos normativos.

A lei, portanto, não pode veicular matéria de índole regimental, assim como, desde a Emenda Constitucional nº 32/2001, que deu nova redação ao art. 84, VI, da Lei Maior, não pode tratar dos mencionados assuntos reservados pelo referido dispositivo constitucional à competência privativa do Presidente de República, por serem temas designados ao campo de regulação de atos administrativos normativos autônomos (regimentos internos dos tribunais ou decretos presidenciais).

A respeito, preleciona JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (1986, p. 69) que a “regra constitucional delimita o campo de incidência da atividade legislativa, vedando ao Congresso Nacional a edição de normas que visem a disciplinar matéria que a Constituição reservou a competência normativa dos tribunais”.

Por outro lado, a força normativa dos regimentos internos (assim como dos decretos presidenciais emanados para tratar das matérias previstas no art. 84, VI), promana diretamente da Constituição.

Assim, lei não prevalece ou contraria regimento interno e vice-versa. Cada qual tem seu campo normativo específico.

Nesse sentido, afirma MÁRIO GUIMARÃES (1958, pp. 176 e 177):

Os tribunais, também, no gozo de sua autonomia, podem legislar sobre a organização de seu trabalho, pois que essa é matéria regimental. Por outro lado, se o Legislativo ou o Executivo quiserem organizar dentro do Tribunal, prescrevendo regras sobre o trabalho dos ministros ou desembargadores, os outros poderes é que estarão penetrando em círculo proibido. Não há dizer que a lei prevalece sobre o regimento. Lei e regimento têm órbitas distintas. Dentro de suas áreas respectivas, soberanos o são, igualmente, o Legislativo e o Judiciário.

Na mesma linha, diz JOSÉ FREDERICO MARQUES (1975, pp. 83 e 84):

É que, tirando da própria Lei Maior a sua força de regra imperativa, o regimento não está vinculado à lei formal naquilo que constitua objeto da vida interna do Tribunal. No campo do *ius scriptum*, tanto a lei como o cânon regimental ocupam a mesma posição hierárquica. A lei não se sobrepõe ao regimento naquilo que a este cumpre disciplinar: *ratione materiae* é que a Lei e o Regimento se distinguem, no plano das fontes formais do Direito Objetivo.

Tanto é que a Carta de 1988, ao contrário das anteriores, ressalta (de forma até desnecessária e propícia a criar confusão interpretativa¹⁵⁵, acredita-se), que as normas regimentais devem observar as processuais e as garantias processuais das partes, matérias do campo de incidência da lei¹⁵⁶.

Por serem atos normativos primários, que contêm comandos genéricos e abstratos inovadores, no seu restrito domínio de atuação, a doutrina, erroneamente, no nosso sentir, uma vez que não são elaborados de acordo com o processo legislativo, afirma que a elaboração dos regimentos internos pelos tribunais expressa o exercício de função legislativa pelo Poder Judiciário¹⁵⁷.

Neste trabalho defende-se, como visto, que a edição de regimentos internos nos tribunais revela o exercício de função administrativa normativa (autônoma), inclusive diante da própria matéria que visam regular.

¹⁵⁵ A regra prevista no art. 96, I, “a”, da Constituição Federal, ao estabelecer que compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, poder levar à equivocada interpretação de que esses diplomas, apesar de terem domínio normativo restrito (dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos dos próprios tribunais que os editam), não precisariam atentar-se às demais disposições legais, podendo, por exemplo, dispor de modo diverso sobre conceitos de direito privado, como domicílio.

¹⁵⁶ A redação do art. 96, I, “a”, da Carta de 1988 explica-se no fato de que, na ordem constitucional anterior (Emenda Constitucional nº 01/1969, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 07/1977), o regimento interno do Supremo Tribunal Federal podia tratar do “processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal” (EC nº 01/1969, art. 119, § 3º, “c”), matéria eminentemente processual, que é destinada, no atual sistema constitucional, somente à lei (CF, art. 22, I).

¹⁵⁷ Nesse sentido: a) ALCINO SALAZAR (1975, p. 48): “Função legislativa do Judiciário. – A constituição atribui ao Poder Judiciário o exercício da função legislativa, isto é, a expedição de atos normativos, em exceção à regra, e por isso mesmo expressamente declarados”; b) CLÁUDIO PACHECO (1965, p. 119): “Os regimentos dos tribunais são documentos materialmente legislativos, porque contêm normas de aplicação genérica e por isso mesmo abstratas”; c) JOSÉ FREDERICO MARQUES (1958, p. 169): “o regimento é lei no sentido material, embora não o seja em sentido formal”. [...] Todavia, ainda tem o regimento conteúdo próprio, *ratione materiae*, pelo que se equipara, na taxinomia das normas jurídicas, à própria lei, no tocante a esses assuntos de sua esfera privativa de regulamentação. Foi o que decidiu, de maneira memorável, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar inconstitucional a Lei nº 2.790, por ter invadido domínios normativos do regimento”; d) THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI: ao editarem seus regimentos internos, os tribunais “exercem uma função legislativa assegurada pela Constituição, restritiva da função exercida pelo Poder Legislativo” (1948, p. 312); e, e) UADI LAMMÊGO BULOS (2014, p. 1280): “[...] o Judiciário não julga apenas aplicando contenciosamente a lei a fatos particulares. Se esta é a sua função típica, imediata, primária ou própria, certamente ele exerce outras tarefas, chamadas atípicas, secundárias ou impróprias, como decorrência do princípio da separação de Poderes (CF, art. 2º). [...] Desempenha função legislativa quando edita normas regimentais, porque lhe cabe elaborar seus regimentos internos, com base nas normas processuais e nas garantias individuais e metaindividuais das partes, dispondo acerca da competência e do funcionamento de seus corpos internos”.

Complexidade há, contudo, em estabelecer quais as zonas de atuação normativa dos regimentos internos e quais aquelas que estão sujeitas ao império da lei, inclusive em razão de regramentos conflitantes por essas espécies normativas, de questões aparentemente processuais e de outras, administrativas, mas reservadas à disciplina pelo Estatuto da Magistratura, lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 93)¹⁵⁸.

Duas situações jurídicas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal bem ilustram o afirmado.

A primeira refere-se ao confronto entre a lei e os regimentos internos dos tribunais quanto à disciplina da ordem de julgamento nos tribunais ou, mais especificamente, à possibilidade de haver sustentação oral por advogado após a prolação do voto do relator.

A Colenda Suprema Corte brasileira teve, ao menos duas vezes, a oportunidade de se pronunciar a respeito da referida controvérsia, entendendo, em ambas as ocasiões, que a lei não poderia estabelecer esse regramento, por ser a questão eminentemente regimental.

O primeiro caso foi apreciado pela Suprema Corte em 30 de novembro de 1956, sob a relatora do Ministro Edgar Costa, quando reconheceu, vencidos os Ministros Luiz Gallotti e Hahnemann Guimarães, a inconstitucionalidade da Lei nº 2.970, de 24 de novembro de 1956 (denominada “Lei Castilho Cabral”), que deu nova redação ao art. 875 da Código de Processo Civil de 1939 dispondo que “Na sessão de julgamento, feito a exposição dos fatos e proferido o voto pelo relator, o Presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios, dará, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, a palavra pelo prazo improrrogável de quinze minutos a cada um, para a sustentação das respectivas conclusões, prosseguindo-se de acordo com o regimento interno do Tribunal depois de dada novamente a palavra ao relator para que, expressamente, confirme ou reconsidere o seu voto”. Referida lei teve, posteriormente, em 26 de outubro de 1959, por meio da Resolução nº 23/59, sua execução suspensa pelo Senado Federal.

¹⁵⁸ Como afirmado pelo Ministro Paulo Brossard, relator da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.105, no seu julgamento perante o Supremo Tribunal Federal em 03/08/2014, “A dificuldade surge no momento de fixar as divisas entre o que compete ao legislador disciplinar e o que incumbe ao tribunal dispor. O deslinde não se faz por uma linha reta, nítida e firme de alto e baixo; há zonas cinzentas e entrâncias e reentrâncias a revelar que, em matéria de competência, se verificam situações que lembram os pontos divisórios do mundo animal e vegetal. Nada mais fácil distinguir um elefante de uma flor, uma rosa, uma orquídea, ou um lírio. No entanto, há determinados seres que os cientistas vacilam em dizer se pertencem ao mundo vegetal ou ao mundo animal”.

O segundo caso trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1105, ajuizada pelo Procurador-Geral da República para questionar a constitucionalidade da regra inserta no art. 7º, IX, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), que dispõe ser direito do advogado “sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido”. A ação foi distribuída, em 02 de agosto de 1994 ao Ministro Paulo Brossard e no dia seguinte (03 de agosto de 1994), a norma mencionada foi suspensa cautelarmente por força de liminar concedida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence¹⁵⁹. Essa ação direta de inconstitucionalidade teve seu mérito julgado somente em 17 de maio de 2006, com a confirmação do entendimento inicial e a declaração da inconstitucionalidade do inciso IX do art. 7º, da Lei nº 8.906/1994.

Reconheceu o STF, pois, a inconstitucionalidade de leis que permitiam aos advogados das partes, durante o julgamento das causas que patrocinam nos tribunais, manifestarem-se oralmente após o relator proferir seu voto, entendendo, em ambas as ocasiões, que a matéria diz respeito à economia interna dos tribunais e, portanto, deve ser disciplinada por seus regimentos internos, uma vez que o “ato de julgamento”, por ser o

¹⁵⁹ O referido julgado recebeu a seguinte ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Inciso IX, do art. 7º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que pospõe a sustentação oral do advogado ao voto do relator. Liminar. Os antigos regimentos lusitanos se não confundem com os regimentos internos dos tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aqueles eram variantes legislativas da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do fato da elevação do Judiciário a Poder do Estado e encontram no Direito Constitucional seu fundamento e previsão expressa. O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes. A questão está em saber se o legislador se conteve nos limites que a Constituição lhe traçou ou se o Judiciário se manteve nas raias por ela traçadas, para resguardo de sua autonomia. Necessidade do exame em face do caso concreto. A lei que interferisse na ordem do julgamento violaria a independência do judiciário e sua consequente autonomia. Aos tribunais compete elaborar seus regimentos internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços. Esta atribuição constitucional decorre de sua independência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Esse poder, já exercido sob a Constituição de 1891, tornou-se expresso na Constituição de 34, e desde então vem sendo reafirmado, a despeito, dos sucessivos distúrbios institucionais. A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento. O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera. Constituição, art. 5º, LIV e LV, e 96, I, a. Relevância jurídica da questão: precedente do STF e resolução do Senado Federal. Razoabilidade da suspensão cautelar de norma que alterou a ordem dos julgamentos, que é deferida até o julgamento da ação direta”.

fim a que se destina todo o aparelho judiciário, não pode ficar sujeito a interferências externas (ainda que oriundas de lei), devendo ser modelado pelo próprio Poder Judiciário.

O segundo tema apreciado pela Suprema Corte brasileira, relacionado ao confronto entre lei e regimentos internos dos tribunais, refere-se às regras para eleição de cargos de direção nos tribunais.

A regra prevista no art. 102 da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN), dispõe sobre a capacidade eleitoral passiva no seio dos tribunais para eleição aos seus cargos de direção, fixando que somente podem concorrer seus juízes mais antigos, em número correspondente ao dos lugares em disputa¹⁶⁰.

Referida norma, apesar de tratar diretamente de questão afeta ao autogoverno das diversas cortes brasileiras, quando editada, estava em consonância com a redação do art. 115, I, II e III, da Emenda Constitucional nº 01/1969, com a modificação introduzida pela Emenda Constitucional nº 07/1977, que retirou a condição de atos administrativos normativos autônomos dos regimentos internos dos tribunais, e determinou que esses diplomas expressamente observassem as disposições da Lei Orgânica da Magistratura Nacional¹⁶¹.

Com o advento da Constituição de 1988, em razão de normativos administrativos expedidos pelos tribunais brasileiros tratando sobre as eleições de seus cargos de direção de forma diversa, passou-se a se questionar, na Suprema Corte, a validade dessas novéis regras em cotejo com a previsão contida no art. 102 da LOMAN, uma vez que essa Carta Política também expressamente dispõe que lei complementar, de iniciativa do Supremo

¹⁶⁰ Art. 102 (LC nº 35/1979). Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus Juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade. É obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da eleição.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica ao Juiz eleito, para completar período de mandato inferior a um ano.

¹⁶¹ Art. 115 (EC 01/1969) (redação dada pela Emenda Constitucional nº 07/1977). Compete aos Tribunais: I - eleger seus Presidentes e demais titulares de sua direção, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional; II - organizar seus serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos, na forma da lei, propor ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos; III - elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, respeitado o que preceituar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos com funções jurisdicionais ou administrativas;

Tribunal Federal deve tratar sobre o Estatuto da Magistratura (CF, art. 93, *caput*) e, como ainda não foi editada, as normas da Lei Complementar nº 35/1979 continuariam em vigor.

Em outras palavras, a Excelsa Corte passou a deliberar se atos administrativos normativos dos tribunais brasileiros, em especial seus regimentos internos, poderiam dispor sobre a universalidade dos elegíveis para os seus cargos de direção de forma diversa da minuciosamente contida na regra constante no art. 102 da LOMAN, que, portanto, neste aspecto, não teria sido recepcionada pela nova ordem constitucional surgida ao final dos anos 80.

Inicialmente o Supremo Tribunal Federal inclinou-se pela recepção integral da disposição contida no art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, reconhecendo, direta ou indiretamente, a inconstitucionalidade de normativos internos das cortes judiciárias que abordaram o tema de forma diversa. Entendeu-se que a matéria seria de cunho institucional, de trato homogêneo (dada a unidade nacional da Magistratura), típicas do objeto constitucional do Estatuto da Magistratura, que afastou a atividade política dos tribunais. Interpretava-se a norma constante do art. 35 da LC nº 35/79 de forma a restringir os elegíveis aos cargos de direção dos tribunais àqueles mais antigos e exatamente de acordo com o número de cargos vagos, criando um verdadeiro direito subjetivo aos membros mais provecos dos tribunais, com “mais tempo de casa”, a preencher algum dos cargos postos em disputa, que se limitaria a definir como seriam distribuídos entre eles¹⁶²¹⁶³.

Nesse sentido, podem ser citadas as decisões proferidas pelo Excelso Pretório nos seguintes feitos: a) Mandado de Segurança nº 20.911, relator Ministro Octavio Gallotti, julgado em 10 de maio de 1989; b) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 841 (Questão de Ordem), relator Ministro Carlos Velloso, julgada em 21 de setembro de 1994; c) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.152 (Medida Cautelar), relator Ministro Celso de Mello, julgada em 10 de novembro de 1994; d) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.385 (Medida Cautelar), relator Ministro Néri da Silveira, julgada em 07 de dezembro de 1995; e) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.370 (Medida Cautelar), relator

¹⁶² Nesse sentido, afirma ANTONIO PESSOA CARDOSO (2011, p. 844): “haverá necessidade de eleição, ou seja, escolha de candidatos pelos eleitores com duas restrições: não concorrem todos os membros do Tribunal, mas somente os juizes mais antigos, cujo número deve corresponder ao dos cargos de direção; e proibição de reeleição”.

¹⁶³ Como lembrou o Ministro Alexandre de Moraes durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3976, em 25/06/2020, às vezes, em uma interpretação mais extensiva, a eleição ocorria mediante a disputa de três candidatos dentre os membros mais antigos das cortes para cada cargo.

Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 13 de dezembro de 2000; f) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.503, relator Ministro Maurício Corrêa, julgada em 29 de março de 2001; g) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.108 (Medida Cautelar), relatora Ministra Ellen Gracie, julgada em 29 de março de 2009; e, h) Reclamação nº 9.723, relator Min. Luiz Fux, julgada em 27 de outubro de 2011¹⁶⁴.

Interessante observar, em especial nos julgamentos realizados em meados da década de 90, quando a composição do Supremo Tribunal Federal era semelhante, o inicial tratamento divergente que foi dado na análise do tema selecionado em cotejo com o anteriormente estudado, pois, enquanto na questão da lei que facultava a sustentação oral após o voto do relator nos julgamentos nos tribunais (Lei nº 8.906/1994, art. 7º, IX), a Corte Máxima brasileira entendeu, ao julgar a ADI nº 1105, pela sua inconstitucionalidade, por tratar de assunto reservado à regulamentação interna de cada tribunal¹⁶⁵, malgrado não se possa ignorar os efeitos externos (nos trâmites processuais) e não uniformes que os diversos regimentos internos editados pelas vários tribunais do Brasil podem causar ao disciplinarem a matéria¹⁶⁶, em assunto estritamente *interna*

¹⁶⁴ Segue a ementa do último julgado: “1) A RECLAMAÇÃO É INSTRUMENTO CABÍVEL NAS HIPÓTESES EM QUE UMA DECISÃO JUDICIAL OU ADMINISTRATIVA AFRONTA O CONTEÚDO NORMATIVO DO DECISUM LAVRADO EM SEDE DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2) O PROCEDIMENTO DE ESCOLHA DOS CARGOS DE DIREÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PREVISTO NO SEU REGIMENTO INTERNO OFENDE, EM ABSTRATO, A REGRA SOBRE O TEMA CONTIDA NO ARTIGO 102 DA LOMAN. 3) OFENSA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI nº 3.566 QUE VEDA QUE REGIMENTO INTERNO DE TRIBUNAL VIOLE A LEI COMPLEMENTAR Nº 35/79 QUANTO AO TEMA DA ESCOLHA DOS DIRIGENTES DO TRIBUNAL. 4) PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO PELOS RECLAMANTES. 5) IRREVERSIBILIDADE DA SITUAÇÃO FÁTICA CRIADA. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA IMPÕEM A IMPROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO”.

¹⁶⁵ Participaram do julgamento da medida cautelar na ADI nº 1105, em 03/08/1994, os Ministros Octavio Galotti (presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence (vencido), Celso de Melo, Carlos Velloso, Marco Aurélio (vencido), Ilmar Galvão e Francisco Rezek.

¹⁶⁶ Como expôs o Ministro Marco Aurélio no seu voto vencido no julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.105, jamais se questionou a constitucionalidade, por invasão de campo reservado à disciplina regimental, do art. 554 do Código de Processo Civil de 1973 (cuja norma foi reproduzida, com algumas adaptações, no art. 937 do Código de Processo Civil de 2015), que trata do momento e do prazo para sustentação oral nas sessões de julgamento. Por outro lado, relegar a disciplina da possibilidade (ou não) de sustentação oral após a prolação do voto do relator ou de qualquer outro participante do julgamento, bem como do prazo para tanto, aos regimentos internos dos tribunais retiraria a unitariedade do processo. Nesse sentido também se manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento da medida cautelar da ação direta de inconstitucionalidade mencionada: “aceitaríamos nós, por acaso, que cada um da centena de Tribunais do País resolvesse exercer o que aqui hoje se chamou campo ineliminável de sua autonomia e passasse, de acordo com as suas estatísticas e conveniências ou com menor ou maior intolerância dos seus juízes com as sustentações, a ditar em que recursos e por quanto tempo se permitiria, ou não, a sustentação oral? [...] Porque teríamos uma apelação com sustentação oral até o paralelo tal e sem sustentação oral após este paralelo, num País que, após ter experimentado a descentralização do processo, partiu para a unitariedade?”.

corporis, a capacidade eleitoral passiva nas eleições para cargos de direção nas cortes judiciárias, a Suprema Corte, ao revés, mesmo após a redemocratização trazida pela Constituição de 1988, optou inicialmente pela manutenção da vigência do art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional¹⁶⁷, em detrimento da regulamentação do tema nos regimentos internos dos tribunais, apesar da LOMAN ter sido editada em pleno regime autoritário e centralizador, durante a Ditadura Militar¹⁶⁸, diante das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 07/1977¹⁶⁹.

Após o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, contudo, a orientação do Supremo Tribunal Federal quanto ao universo dos elegíveis nos tribunais mudou paulatinamente. Isso porque referida emenda alterou a regra posta no art. 93, XI, da Constituição Federal e estabeleceu a eleição de metade das vagas dos membros dos órgãos especiais eventualmente constituídos pelos tribunais por eleição dos plenos das cortes, provendo-se a outra metade por antiguidade¹⁷⁰. Tal modificação constitucional

¹⁶⁷ Como restou decidido no julgamento da: a) ADI nº 841 (Questão de Ordem), em 21/09/1994, do qual participaram os Ministros Octavio Galotti (presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Celso de Melo, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek; b) ADI nº 1152 (Medida Cautelar), em 10/11/1994, do qual participaram os Ministros Octavio Galotti (presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Melo, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek; e c) ADI nº 1385 (Medida Cautelar), em 07/12/1995, do qual participaram os Ministros Sepúlveda Pertence (presidente), Moreira Alves, Octavio Galotti, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Celso de Melo, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa.

¹⁶⁸ Lembrou o Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da medida cautelar na ADI nº 3.976, em 14/11/2007, que “a LC nº 35/1979, à imagem e semelhança do macromodelo jurídico que lhe emprestava abrigo, arquitetou um Judiciário centralizador, rigidamente hierarquizado, no qual prevalecia, absoluto, o princípio da autoridade, baseado na mera antiguidade, engendrando uma estrutura que inviabilizava qualquer interlocução entre a base e a cúpula do sistema”.

¹⁶⁹ Como também teve-se a oportunidade de ressaltar nas notas de rodapé nºs 416 e 417 de dissertação de Mestrado (BOSSLER, 2015, p. 251), “a EC nº 7/1977 foi editada com base no Ato Institucional nº 5/1968 e integrou o denominado pela imprensa “Pacote de Abril”, apresentado pelo então Presidente Ernesto Beckmann Geisel ante a perspectiva de vitória da oposição nas eleições marcadas para 15 de novembro de 1977. Dentre outras medidas distantes de um regime democrático, o “Pacote de Abril” fechou temporariamente o Congresso Nacional, instituiu a figura dos “Senadores Biônicos” (indicados pelo Presidente da República), impôs a eleição indireta de governadores, estendeu o mandato presidencial (de cinco para seis anos) e alterou o quórum para aprovação de emendas constitucionais (de dois terços para maioria absoluta das Casas Legislativas)”. Por outro lado, “a iniciativa de edição da LOMAN sequer partiu do Supremo Tribunal Federal, como atualmente exige o art. 93, *caput*, da Constituição de 1988, apesar de sua concepção ter ocorrido naquela Corte. Seu anteprojeto foi redigido pelo Ministro Rodrigues de Alckimin (conforme mencionado no voto do Ministro Cezar Peluso na ADI nº 3976, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 14 de novembro de 2007)”.

¹⁷⁰ Dado o agigantamento das composições das cortes brasileiras, cujo número de magistrados que as integram não parou de crescer ao longo dos anos devido à evolução da sociedade e ao incremento dos litigiosos levados ao conhecimento do Poder Judiciário, surgiram dificuldades para o exercício das competências jurisdicionais e administrativas pelos plenos desses tribunais, ante os naturais problemas operacionais para convocação, oitiva e colheita de votos de todos os seus integrantes. Por esse motivo,

impossibilitou a aplicação da norma inserta art. 102 da LOMAN¹⁷¹, em cotejo com aquela constante do art. 99, *caput*, do mesmo Diploma Normativo¹⁷², pois da leitura de ambas os dispositivos extrai-se que os cargos de direção dos tribunais deveriam ser ocupados somente pelos magistrados mais antigos das cortes, que também integrariam seus órgãos especiais, se constituídos. Inviável, contudo, após a EC nº 45/2004, a eleição apenas dos integrantes mais antigos dos tribunais e dos seus respectivos órgãos especiais, se a promovida alteração constitucional passou a admitir que esses órgãos especiais também passassem a ser compostos por magistrados de menor antiguidade nas cortes, eleitos para metade de suas cadeiras.

Aliado a este argumento, resgatou-se ainda entendimentos de Ministros até então vencidos em outros julgamentos realizados na Suprema Corte¹⁷³, que se posicionaram contra a recepção plena do art. 102 da LOMAN pela Constituição de 1988 e sua prevalência integral sobre as disposições dos regimentos internos dos tribunais, seja diante dos ares democráticos trazidos pela atual Carta Política em cotejo com o contexto de aprovação da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, seja porque o regramento

concebeu-se, na Emenda Constitucional nº 07/1977, a criação, primeiro apenas no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados com número superior a vinte e cinco desembargadores, de órgãos especiais, para o exercício das referidas atribuições. A tendência centralizadora do regime político da época tornou, contudo, compulsória a instituição dos referidos órgãos, conforme a redação do artigo 144, V, da Emenda Constitucional nº 01/1969. A Carta Política de 1988 manteve a possibilidade de constituição de órgãos especiais pelas cortes judiciárias para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência dos tribunais plenos, tornando-a, porém, facultativa e estendendo-a todas os tribunais do país com número superior a vinte e cinco julgadores (o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por exemplo, apesar de ser composto por 66 desembargadores, não possui órgão especial na sua estrutura). A EC nº 45/2004 manteve essa normatização, definindo apenas que metade dos membros dos órgãos especiais criados deve ser eleita. De outra banda, a Resolução nº 16, de 30/05/2006, do Conselho Nacional de Justiça estabelece os critérios para a composição e eleição dos órgãos especiais dos tribunais, fixando, em seu art. 2º, que naqueles em que “o Órgão Especial contemplar número ímpar de membros, a apuração das metades será realizada arredondando-se para maior o número de vagas relativas à metade a ser provida por antiguidade”.

¹⁷¹ Art. 102 (Lei Complementar nº 35/1979). Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus Juizes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antiguidade. É obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da eleição.

¹⁷² Art. 99 (Lei Complementar nº 35/1979). Compõem o órgão especial a que se refere o parágrafo único do art. 16 o Presidente, o Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e o Corregedor da Justiça, que exercerão nele iguais funções, os Desembargadores de maior antiguidade no cargo, respeitada a representação de advogados e membros do Ministério Público, e inadmitida a recusa do encargo.

¹⁷³ Como, por exemplo, aquele emanado no voto proferido pelo Min. Joaquim Barbosa no julgamento da ADI nº 3.566.

constitucional anterior não assegurava ao Poder Judiciário a autonomia administrativa e financeira presente hoje no art. 99, *caput*, da Constituição Federal¹⁷⁴, centralizando as normas sobre organização, funcionamento, disciplina, vantagens, direitos e deveres da Magistratura na LOMAN¹⁷⁵, e, ainda, expressamente determinava, nas regras insertas no art. 115, I e III, da EC nº 01/1969 (com a redação trazida pela EC nº 07/1977) que as eleições dos cargos de cúpula dos tribunais e as disposições dos seus regimentos internos deveriam observar o contido na Lei Orgânica da Magistratura Nacional¹⁷⁶, ao passo que a norma inserta no art. 96, I, “a” da Carta de 1988¹⁷⁷, ao disciplinar referidas matérias, não faz similar alusão ao Estatuto da Magistratura, reservando-as à competência privativa das diversas cortes judiciárias brasileiras.

Nessa trilha, podem ser mencionadas as seguintes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal: a) Reclamação nº 13.115 (agravo regimental na medida cautelar), relator Ministro Luiz Fux, redator do acórdão Ministro Marco Aurélio, julgada em 12 de dezembro de 2012; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.976, relator Ministro Edson Fachin, julgada em 25 de junho de 2020; e, c) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.504, relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 08/09/2020¹⁷⁸.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, atualmente, reconhece que as regras insertas em regimentos internos dos tribunais, ao menos quanto à capacidade eleitoral

¹⁷⁴ Art. 99 (CF). Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

¹⁷⁵ Assim dispunha a norma inserta no art. 112, parágrafo único, da EC nº 01/1969, com a redação dada pela EC nº 07/1977: “Lei complementar denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes”.

¹⁷⁶ Art. 115 (EC 01/1969) (redação dada pela Emenda Constitucional nº 07/1977). Compete aos Tribunais: I - eleger seus Presidentes e demais titulares de sua direção, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional; [...]
III - elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, respeitado o que preceituar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos com funções jurisdicionais ou administrativas;

¹⁷⁷ Art. 96 (CF). Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

¹⁷⁸ Segue a ementa do último julgado: “TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – CARGO DE DIREÇÃO – ELEIÇÃO. A escolha dos dirigentes é atribuição privativa do Tribunal – artigo 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal”.

passiva para seus cargos de direção, são atos administrativos normativos autônomos que prevalecem sobre a disposição contida no art. 102 da LOMAN, que restringe as candidaturas aos juízes mais antigos e em número correspondente ao dos cargos de direção¹⁷⁹¹⁸⁰.

Em suma, os regimentos internos dos tribunais são atos administrativos normativos autônomos. Complexo, contudo, estabelecer quais as zonas de atuação normativa dos regimentos internos e quais aquelas que estão sujeitas ao império da lei. De todo sorte, eventual descompasso dos regimentos internos com a ordem jurídica desafia controle de constitucionalidade.

4.2.1.2. Exemplos de atos administrativos normativos independentes: as resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Superior do Ministério Público

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, introduziu na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro dois órgãos de sobreposição administrativa do Poder Judiciário e do Ministério Público: o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, ambos dotados de competência regulamentar, na nossa concepção, característica de atos administrativos normativos independentes.

Com efeito, de acordo com a norma inserta no art. 103-B, § 4º, I, da Constituição Federal, cabe ao Conselho Nacional de Justiça, dentre outras atribuições, “zelar pela

¹⁷⁹ Nos julgados mencionados, O STF limitou-se a reconhecer a não recepção da norma inserta no art. 102 da LOMAN tão somente quanto à eleição para os cargos de direção dos membros mais antigos dos tribunais, mantendo, contudo, sua aplicação no que se refere à vedação de reeleição e à proibição de um mesmo desembargador ocupar cargos de direção por mais de quatro anos.

¹⁸⁰ É importante também destacar o entendimento expressado pelo Ministro Alexandre de Moraes por ocasião dos julgamentos das ADIs nºs 376 e 3504. Segundo Sua Excelência, “quando a Constituição, no art. 96, I, diz que os tribunais elegerão seus órgãos dirigentes: presidente, vice-presidente e corregedor-geral devem ser eleitos por todos os desembargadores, não restando, a meu ver, a possibilidade de um regimento interno ou outro estabelecer, por exemplo, que só os mais antigos também poderiam disputar. A meu ver, houve essa democratização, seja pelo art. 96, I, da Constituição, que estabelece o autogoverno e a eleição dos dirigentes pelos tribunais - todos os membros do tribunal - e pela Emenda n. 45, que estendeu a eleição, inclusive de metade do órgão especial, a todos os desembargadores”. Isso porque “o princípio do autogoverno dos Tribunais deve ser interpretado em concordância prática com os princípios republicano e democrático, inclusive em vista da alteração promovida pela Emenda Constitucional 45/2004, que instituiu eleições para a composição de metade do Órgão Especial dos Tribunais, resultando em que metade das vagas do referido órgão devem ser providas por antiguidade e a outra metade por eleição direta do tribunal pleno, favorecendo, assim, a participação efetiva de todos os membros na condução dos assuntos. Veja-se que nessa hipótese, TODOS os Desembargadores podem ser candidatos as respectivas vagas – com respeito à divisão de vagas em relação ao 1/5 Constitucional –, demonstrando que a EC 45/2004 pretendeu reforçar a ampla participação de todo o Colegiado de Desembargadores na administração do respectivo Tribunal”.

autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”.

De forma semelhante, segundo a previsão contida no art. 130-A, § 2º, I, da Lei Maior, compete ao Conselho Nacional do Ministério Público “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”.

Sustentou-se em dissertação de Mestrado que o comando constitucional direcionado ao CNJ, cujo entendimento também pode ser aplicado ao CNMP, na verdade, estabelece duas competências aos respectivos Conselhos: a) expedir atos regulamentares, no âmbito de suas competências; e, b) recomendar providências.

Como exposto, a segunda diretriz – recomendação de providências – não é imperativa, contemplando apenas a possibilidade de ambos os Conselhos formularem orientações que podem ser dirigidas, por não serem vinculantes¹⁸¹, tanto para o Poder

¹⁸¹ A recomendação não pode, de forma transversa, criar efeitos cogentes ou impor sanções. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ARQUIVAMENTO. EXPEDIÇÃO DE RECOMENDAÇÃO PELO CORREGEDOR NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FORMA INDIRETA DE PUNIÇÃO. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. A sanção disciplinar deve ser clara e motivada sob pena de infringir a cláusula da “reserva legal”. 2. O fato punível com a pena de censura não pode ser utilizado como “recomendação” expressamente publicada, encerrando sanção transversa, máxime quando arquivado o procedimento administrativo nos seguintes termos, verbis: “De início, convém destacar que inexistente nos autos qualquer punição ao membro do Ministério Público, ante a constatação de ausência de irregularidades na conduta do referido Procurador da República, tanto na instância correicional originária quanto neste Conselho Nacional.” 3. A recomendação de atuação tem caráter geral e absoluto e não se confunde com sanção transversa e personalizada. 4. In casu, ao comunicar o resultado do inquérito administrativo à Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público, o Corregedor Nacional determinou o arquivamento do feito e expediu recomendação dirigida ao impetrante, nos seguintes termos: “Recomendo ao Procurador da República, ora requerido, que observe a lhanza necessária no trato com quem se relacione em razão do serviço, assim como que a caracterização de falta funcional pode decorrer tanto da inobservância dos deveres legais, quanto da quebra das vedações explicitadas na lei.” 5. Ressoa inequívoco que: (i) não existe, no âmbito do processo administrativo disciplinar, a figura da recomendação, apenas como forma indireta de punição; (ii) ao utilizar-se da recomendação, mesmo diante do arquivamento da reclamação disciplinar, o Corregedor Nacional do Ministério Público censurou e advertiu de fato o impetrante mediante ato irregular, sem o devido processo legal; (iii) foi-lhe imposta uma sanção de fato que produz efeitos morais e repercute na sua vida pessoal e funcional. 6. Consectariamente, se o Conselho decidiu pelo arquivamento da reclamação disciplinar, não tendo reconhecido a prática de falta funcional, a recomendação expedida assume contornos de sanção transversa. 7. Segurança concedida para decretar a nulidade da recomendação contida na decisão de arquivamento proferida nos autos da Reclamação Disciplinar nº 0.00.000.000768/2010-63, de autoria do Corregedor Nacional do Ministério Público, e determinar a republicação dessa decisão, sem que dela conste a recomendação ora impugnada” (STF, MS 31.306, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014).

Judiciário e para o Ministério Público, quanto para os demais Poderes da República, ou até a instituições públicas e privadas¹⁸².

Quanto à primeira atribuição mencionada – expedição de atos regulamentares – concluiu-se, em razão das decisões proferidas em 16 de fevereiro de 2006 e em 20 de agosto de 2018 pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a medida cautelar e, posteriormente, o mérito¹⁸³ da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 12, da relatoria do Ministro Ayres Britto, que o Pretório Excelso, reconheceu ter sido atribuído o poder normativo primário ao Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a ser exercido somente no âmbito das competências constitucionais conferidas ao CNJ. Por outro lado, defendeu-se que, caso lei superveniente venha a tratar da mesma matéria disciplinada por ato regulamentar do CNJ, prevalecerá sobre ele, por ser fruto da expressão da vontade geral, pois a Emenda Constitucional nº 45/2004 não conferiu ao Conselho uma reserva legislativa no seu espaço de atuação, devendo prevalecer as competências conferidas pela Constituição Federal ao Poder Legislativo¹⁸⁴.

Essas conclusões e o estudo ora realizado permitem acrescentar que o poder regulamentar conferido pela Constituição Federal ao Conselho Nacional de Justiça e, de forma similar, ao Conselho Nacional do Ministério Público, reflete típica faculdade desses órgãos expedirem atos administrativos normativos independentes, mas nunca atos administrativos normativos autônomos.

Não deixa de ser, assim, curioso, que na estrutura organizacional do Poder Judiciário, a Carta Política confira poder normativo primário e reservado aos tribunais para expedição de atos administrativos normativos autônomos (a elaboração de seus regimentos internos), apesar deles, em sua quase totalidade¹⁸⁵, estarem subordinados

¹⁸² BOSSLER, 2015, p. 339.

¹⁸³ Conforme salientamos em nosso trabalho de Mestrado (BOSSLER, 2015, p. 348), como o resultado da ADC nº 12 em relação à vedação ao nepotismo gerou efeitos vinculantes somente no Poder Judiciário, apenas nove dias depois do seu julgamento, o Supremo Tribunal Federal publicou a Súmula Vinculante nº 13 (DJe nº 162 de 29.08.2008, p. 1.; DOU de 29.08.2008, p. 1.) com o seguinte teor: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

¹⁸⁴ BOSSLER, 2015, p. 354.

¹⁸⁵ Em 13/04/2005, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal pronunciou não estar sujeito a qualquer controle do Conselho Nacional de Justiça, apesar do art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda

administrativamente ao Conselho Nacional de Justiça que, por sua vez, somente pode expedir, no máximo, atos administrativos normativos independentes, ou seja, cujas matérias podem vir a ser disciplinadas por lei, em especial o Estatuto da Magistratura.

Isso decorre da autonomia administrativa e financeira concedida pela Constituição ao Poder Judiciário (CF, art. 99) e da capacidade de autogoverno dos tribunais (CF, art. 96, I). Assim, ao Conselho Nacional de Justiça, no âmbito de sua competência, cabe expedir atos administrativos normativos independentes ou de execução, para trato de modo uniforme de questões gerais e nacionais administrativas do Poder Judiciário, tal qual o Estatuto da Magistratura pode disciplinar, sem, no entanto, descer a particularidades dos tribunais, matérias afetas os seus regimentos internos, atos administrativos normativos autônomos, como, por exemplo, diante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal: a) a possibilidade de haver sustentação oral por advogado após a prolação do voto do relator durante os julgamentos nos tribunais; ou, b) a capacidade eleitoral passiva para os cargos de direção das cortes.

Ressalte-se que nem mesmo o regimento interno do CNJ tem a qualidade de ato administrativo normativo autônomo. A um porque, apesar de ser tratado como órgão do Poder Judiciário (CF, art. 92, I-A), o referido Colegiado Administrativo não pode ser equiparado a “tribunal”, para o exercício da competência prevista no art. 96, I, “a” da Lei Maior¹⁸⁶. A dois porque a norma inserta no art. 5º, § 2º, da Emenda Constitucional nº

Constitucional nº 45/2004, não ter feito estabelecido qualquer exceção à competência de controle administrativo e financeiro do CNJ no seio do Poder Judiciário: Segue parte da ementa do referido julgado: “[...] 4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, *caput*, inc. I, letra “r”, e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito”.

¹⁸⁶ No ordenamento jurídico pátrio, como se extrai das normas insertas nos incisos do art. 92, a palavra “tribunal” é reservada para os órgãos jurisdicionais colegiados a partir do segundo grau de jurisdição, com exceção daqueles do sistema dos juizados especiais, compostos por juízes de primeiro grau e denominados de colégios ou turmas recursais (CF, art. 98, I; Lei nº 9.099/1995, arts. 41, § 1º, e 82, “*caput*”; Lei nº 10.259/2001, art. 21; e, Lei nº 12.153/2009, art. 17), e do “Tribunal do Júri”, órgão judiciário de primeiro grau (CF, art. 5º, XXXVIII; e, CPP, art. 447). Em Portugal, ao contrário, o termo “tribunal” é utilizado para designar tanto os órgãos singulares de primeiro grau de jurisdição, quanto os colegiados das instâncias superiores, conforme extrai-se da regra prevista no art. 209 da Constituição Portuguesa de 1976. Em países que adotam outros idiomas, o tratamento é variado. A Lei Fundamental da Espanha de 1978 distingue os *juzgados*, órgãos jurisdicionais de piso, dos *tribunales*, órgãos de superior jurisdição (art. 117). Na França com sua jurisdição dual, o tratamento é assistemático. A palavra “tribunal” normalmente é reservada para os órgãos judiciários das instâncias inferiores, enquanto *cour* é destinada para os órgãos superiores. Assim, no referido país temos, na pirâmide da ordem judiciária, os *tribunaux de grande instance*, *tribunaux d'instance*, *tribunaux de commerce*, *tribunaux paritaires des baux ruraux*, *tribunal des affaires de sécurité sociale*, *tribunaux de police* e *tribunaux correctionnels*, como órgãos de instâncias inferiores e as *cours*

45/2004 prescreve que “até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor”, o que revela o caráter de ato administrativo normativo independente (e não autônomo) do regimento interno do CNJ¹⁸⁷, uma vez que o Estatuto da Magistratura poderá, no futuro, eventualmente, reger toda a economia interna do referido Conselho do Poder Judiciário.

Quanto ao Conselho Nacional do Ministério Público, apesar da redação do art. 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal ser ligeiramente diferente daquela prevista no art. 103-B, § 4º, I, da Lei Maior, que faz expressa menção à necessidade do CNJ também zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura e ainda que não haja disposição semelhante dirigida ao CNMP no corpo da Emenda Constitucional nº 45/2004 àquela constante no seu art. 5º, § 2º, não há dúvida que o poder regulamentar que lhe é conferido é também limitado a, no máximo, a expedição de atos administrativos normativos independentes.

Primeiro porque o Conselho Nacional do Ministério Público foi criado por motivos semelhantes ao da instituição do CNJ no cenário jurídico brasileiro: o clamor da sociedade por controle, organização e transparência no Ministério Público. E se as origens dos dois Conselhos são as mesmas, não há sentido imaginar que o constituinte reformador quis dar mais poderes normativos ao CNMP que ao CNJ¹⁸⁸.

d'appel como órgãos de segundo grau de jurisdição. O órgão de cúpula é denominado de *Cour de Cassation*. E, no ramo da ordem administrativa, há os *tribunaux administratifs*, subordinados a oito *cours administratives d'appel*. O órgão de cúpula dessa pirâmide da Justiça, no entanto, é o *Conseil d'État*. No país de Joana d'Arc, contudo, também é utilizada a palavra *conseil* para órgãos judiciários de piso (*conseils de prud'hommes*, compostos por juízes eleitos por um mandato renovável de cinco anos, por sufrágio direto, com representação proporcional do colégio patronal e o do colégio de empregados, têm competência local para conciliar e julgar litígios individuais decorrentes de contratos de emprego ou aprendizagem) e para um órgão especializado e independente do Judiciário, encarregado de exercer o controle de constitucionalidade: o *Conseil Constitutionnel*. De outra banda, o termo “tribunal” ainda é utilizado na França para denominar o órgão judiciário incumbido de resolver os conflitos de jurisdição entre as ordens judiciária e administrativa: o *Tribunal des Conflits* (PERROT, 2017, pp. 105 a 236).

¹⁸⁷ O teor da norma é repetido no art. 138 da Resolução CNJ nº 67 que trata do seu regimento interno.

¹⁸⁸ Conforme exposto pelo Min Gilmar Mendes no julgamento da ADI nº 3.783 em 17/03/2021, “o conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da igualdade pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação [Mauer, *Zur Verfassungswidrigerklärung*, W. Weber, p. 345 (354)]. Essa relatividade do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma inconstitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*). É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada conferida pela lei (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*). Assim, tem-se como relevante, no caso, o que a doutrina tem chamado de *razoabilidade qualitativa*, que exige que a antecedentes iguais sejam imputadas, pela lei, consequências iguais, sem que haja exceções arbitrárias. Isso significa que a lei, para ser razoável, deve tratar igualmente aos iguais em iguais circunstâncias. Nas palavras do constitucionalista argentino Ricardo Haro, ‘é inegável que o ordenamento jurídico deve estabelecer lógicas e razoáveis distinções e classificações em categorias que a discricionariedade e sabedoria o inspirem, e que

Segundo porque, assim, como ocorre com o CNJ, compete ao CNMP zelar pela observância, no âmbito do Ministério Público, dos princípios e regras constantes no art. 37 da Constituição Federal (CF, art. 130-A, § 2º, II), dentre os quais encontrasse o princípio da legalidade que, no âmbito da Administração Pública, importa em somente poder fazer o que estiver autorizado em lei. Se o CNMP tem que a incumbência de vigiar a observância da lei pelas administrações dos órgãos que lhe estão subordinados, obviamente também deve respeitá-la na sua própria atuação, o que lhe impede de, na sua ação normativa, agir contra prescrições legais.

Terceiro porque, tal qual o CNJ, não há qualquer campo normativo reservado à atuação exclusiva do CNMP, impenetrável pela lei, para disciplina exclusiva por atos administrativos normativos autônomos.

A Constituição reza que lei disporá sobre a organização e funcionamento do Ministério Público, assegurada a autonomia funcional e administrativa de seus órgãos (CF, art. 127, § 2º) e que se aplica ao Ministério Público, no que couber, o disposto no seu art. 93 (CF, art. 129, § 4º), cujo *caput* trata da iniciativa do Supremo Tribunal Federal para edição, por lei complementar, do Estatuto da Magistratura, observados certos regramentos predefinidos pela própria Carta Política nos incisos do referido dispositivo constitucional.

Por outro lado, a Carta Política também fixa, na regra inserta em seu art. 128, § 5º, que “leis complementares da União¹⁸⁹ e dos Estados¹⁹⁰, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público”.

E ainda cumpre lembrar que a Lei Maior, na norma constante no seu art. 61, § 1º, II, “d”, reza ser de iniciativa do Presidente da República as leis de “organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”¹⁹¹.

se baseiem em objetivas razões de diferenciação’ (HARO, Ricardo. *La razonabilidad y las funciones de control*. In: *El control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ef. Zavalía; 2003, p. 209)”.

¹⁸⁹ A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

¹⁹⁰ No Estado de São Paulo, por exemplo, a Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, instituiu a Lei Orgânica do Ministério Público Bandeirante.

¹⁹¹ A Lei (Ordinária) nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, denominada “Lei Orgânica Nacional do Ministério Público” (LONMP) regula a organização nacional do Ministério Público dos Estados.

O trato constitucional da regulação do Ministério Público, pois, fixa um certo paralelismo com o dado à Magistratura: a) a disciplina uniforme de temas gerais e comuns afetos à estrutura da instituição nos Estados deve ser feita por uma lei nacional (CF, art. 61, § 1º, II, “d”, “in fine”, e art. 127, § 2º) tal qual cabe, em certa medida, ao Estatuto da Magistratura em relação ao Poder Judiciário (CF, art. 93); e, b) a organização e o funcionamento de cada Ministério Público¹⁹² é regida por leis complementares da União e de cada Estado da Federação (CF, art. 61, § 1º, II, “d”, “primeira parte”, e art. 128, § 5º), assim como a cada tribunal compete reger sua própria economia meio de regimentos internos (CF, art. 96, I, “a”).

As diferenças residem: a) na aparente desnecessidade de lei complementar (federal) para a normatização nacional dos Ministérios Públicos dos Estados; e, b) na não concessão de poder administrativo normativo primário autônomo a cada Ministério Público para regulação própria, com exigência de expedição de leis complementares a respeito pelos legislativos da União e Estados; c) no tratamento apartado do Ministério Público da União da disciplina geral dos Ministérios Públicos dos Estados¹⁹³¹⁹⁴.

¹⁹² Art. 128 (CF). O Ministério Público abrange:
I - o Ministério Público da União, que compreende:
a) o Ministério Público Federal;
b) o Ministério Público do Trabalho;
c) o Ministério Público Militar;
d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;
II - os Ministérios Públicos dos Estados.

¹⁹³ Como ressalta HUGO NIGRO MAZZILLI (2014, p. 413), optou-se “por estabelecer um modelo nacional ainda mais pormenorizado de Ministério Público, a partir de uma lei federal que ditaria as normas gerais para a organização da instituição nos Estados e no Distrito Federal e Territórios – uma nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Já para o Ministério Público da União, o constituinte previu fosse disciplinado por lei própria – a chamada Lei Orgânica do Ministério Público da União”.

¹⁹⁴ Não se pode negar que a Constituição de 1988 tratou a disciplina normativa da organização do Ministério Público de forma complexa e confusa, pois: a) Na regra prevista no seu art. 61, § 1º, II, “d”, estabelece a iniciativa privativa da lei de organização do Ministério Público da União ao Presidente da República (regra que deve, pela necessária simetria a ser observada pelo Poder Constituinte Decorrente, também ser observada nos Estados), ao passo que, na norma constante no seu art. 128, § 5º, reza que essa mesma iniciativa legislativa (de leis da União e dos Estados para organização de seus Ministérios Públicos) é dos Procuradores-Gerais de cada Ministério Público (nos Estados prevaleceu a faculdade de iniciativa aos Procuradores-Gerais de Justiça, consoante extrai-se da dicção da regra posta no art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.625/1993); b) a normatização geral dos Ministérios Públicos dos Estados deveria (usou-se o verbo no passado, porque isso não foi observado, conforme observa-se na disposição contida no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.625/1993), pela estrita leitura do texto constitucional (CF, art. 61, § 1º, II, “d”, *in fine*), abranger também os Ministérios Públicos do Distrito Federal e dos Territórios, malgrado estes últimos integrem o Ministério Público da União; c) não determinou a necessidade de lei complementar para a fixação das normas gerais a serem observadas na organização dos Ministérios Públicos dos Estados, mas também do Distrito Federal e dos Territórios (a serem fixadas por essa espécie legislativa), o que levou à edição de lei de natureza ordinária para dispor sobre a organização nacional do Ministério Público dos Estados, a Lei nº 8.625/1993 (LONMP), e de lei de natureza complementar para regular a organização, as

Certo é, como afirmado, que ao Conselho Nacional do Ministério Público não foi aberto qualquer espaço constitucional para a expedição de atos normativos autônomos, imunes à regência da lei. O CNMP, tal qual o CNJ, no exercício do seu poder regulamentar, pode apenas expedir atos administrativos normativos independentes e de execução¹⁹⁵.

Pode-se indagar, contudo, se o Conselho do Ministério Público, diferentemente do Conselho Nacional de Justiça, poderia, no exercício de sua competência normativa independente, imiscuir-se a regular questões específicas da organização e funcionamento do Ministério Público da União e dos Estados que, eventualmente, não tenham sido disciplinadas pelas leis complementares expedidas por esses entes da Federação na forma do art. 128, § 5º, da Lei Maior¹⁹⁶.

Entende-se que não.

Ainda que a organização dos Ministérios Público dos Estados não seja regida por espécie normativa imune à incidência da lei, como os regimentos internos dos tribunais,

atribuições e o estatuto do Ministério Público da União (incluindo Distrito Federal e Territórios), a Lei Complementar nº 75/1993 (Estatuto do Ministério Público da União). A respeito, HUGO NIGRO MAZZILLI (2014, pp. 413 e 414), faz a seguinte crítica: “incorreto o entendimento adotado, o que deu ensejo a absurdos: a) como uma lei ordinária federal poderia fixar normas gerais para os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios, que é organizado por lei complementar federal, lei essa que exige quórum mais qualificado que uma lei ordinária? Ou seja, como poderia uma lei ordinária ser de observância obrigatória pela lei complementar federal que deveria organizar o Ministério Público da União? b) como poderia uma lei ordinária federal, sem expressa autorização da Lei Maior, fixar normas gerais de observância obrigatória para o constituinte estadual e para a legislação complementar à Constituição estadual?”. Ressalte-se que a norma inserta no art. 80 da Lei 8.625/1993 ainda possibilita a aplicação subsidiária do Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/1993).

¹⁹⁵ Em sentido contrário, entendendo, ainda que implicitamente no seu raciocínio, haver margem para que atos administrativos normativos expedidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público sejam também autônomos e tratem de matéria apartada da incidência da lei, doutrina JOSÉ CARLOS FRANCISCO (2009, pp. 403 e 404): “[...] os atos normativos expedidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público (denominados regulamentos, resoluções ou congêneres) são atos normativos primários (fundamentados diretamente na Constituição), aptos a impor direitos e obrigações aos integrantes do Ministério Público Nacional, dentro de sua área de competência. [...] É evidente que as matérias sujeitas a essa função regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público (e também do Judiciário) devem se acomodar com os temas expostos à lei orgânica dessa instituição (também com expressa previsão constitucional). Definir quais matérias deverão ser tratadas por um ou por outro ato é mais um desafio a ser solucionado caso a caso, como já é a delimitação exata daquilo que está sujeito aos regulamentos autônomos do Executivo, ou confiado ao regimento interno do Judiciário, em confronto com as leis que organizam esses poderes. Todavia, o grau de dificuldade para a definição desses limites não pode inviabilizar o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle dos poderes, particularmente em se tratando de instituições que têm funcionado de modo excessivamente descentralizado (como parece ser o caso de alguns Tribunais e Ministérios Públicos)”.

¹⁹⁶ A Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Acre, por exemplo, de acordo com a nova ordem constitucional, foi instituída somente em 29 de dezembro de 2014, pela Lei Complementar Estadual nº 291, não obstante a Lei Complementar Acreana nº 8, de 18 de julho de 1983, já dispusesse a respeito da organização do “Parquet” no referido Estado.

e o poder regulamentar conferido ao Conselho Nacional do Ministério Público lhe permita a expedição de atos administrativos normativos independentes que disciplinem, no âmbito de sua competência, matérias ainda não regradas por lei, não pode o referido Conselho Administrativo pretender regradar pormenores da administração interna dos órgãos da instituição espalhados pelo país.

Isso porque ao CNMP compete regular, no seio do Ministério Público, de modo uniforme, assuntos de ordem nacional, gerais. Não pode (assim como o CNJ em relação aos tribunais), enveredar-se a detalhar assuntos de cada Ministério Público, ante a autonomia funcional e administrativa assegurada pela Constituição à instituição (CF, art. 127, § 2º)¹⁹⁷.

Ademais, haveria inegável violação do pacto federativo, se o Conselho Nacional do Ministério Público, órgão da União, tratasse de matéria afeta à competência dos Estados da Federação¹⁹⁸.

Aqui pode-se fazer uma correspondência com a competência legislativa concorrente prevista no art. 24 da Constituição Federal: Assim como à União cabe legislar somente sobre normas gerais do campo material afeto a essa competência legislativa, não podendo enveredar-se a regular detalhes dos temas, pois são da competência das legislações estaduais, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade¹⁹⁹, é vedado ao

¹⁹⁷ Interessante observar que a autonomia funcional e a administrativa garantida pela Carta Constitucional ao Ministério Público Estadual, além do duplo regime normativo que o organiza, com regras gerais definidas por lei orgânica nacional (a LONMP) e normas específicas estabelecidas em leis complementares estaduais de iniciativa dos Procurador-Gerais de Justiça, impede também ingerências políticas para limitar sua atuação institucional ou conceder aos seus membros, localmente, vantagens remuneratórias divorciadas das diretrizes nacionais. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a Lei nº 8.825/1993 (LONMP) tem caráter nacional e é de observância obrigatória pelos Estados quando organizam o Ministério Público (ADI 2084 (medida cautelar), Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgada em 16/02/2000; ADI 3783, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgada em 17/03/2021).

¹⁹⁸ Surgiria uma peculiar consequência jurídica, criada caso lei complementar estadual viesse a, posteriormente, tratar do tema local específico afeto a Ministério Público estadual disciplinado, no entanto, pelo CNMP originalmente: converter-se-ia o original ato administrativo normativo independente emanado de um órgão da União (o CNMP) em um ato normativo de execução (derivado) de lei complementar orgânica editada por outro ente da Federação (os Estados)?

¹⁹⁹ Exemplo dessa espécie de inconstitucionalidade por violação ao pacto federativo ocorreu recentemente em razão de modificação legislativa promovida pela Lei (Federal) nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019. Com efeito, antes da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, a União não possuía competência para estabelecer normas gerais sobre inatividades e pensões dos policiais militares e dos corpos de bombeiros militares, pois, de acordo com a regra inserta no art. 42, § 1º, da Constituição Federal, essas matérias eram disciplinadas pelos Estados da Federação, por meio de lei específica. A nova redação dada ao inciso XXI do artigo 22 da Lei Maior, no entanto, atribuiu à União competência privativa para legislar sobre normas gerais de inatividades e pensões dos policiais militares e dos corpos de bombeiros militares. No entanto, a alteração promovida pelo art. 25 da Lei nº 13.954/2019 no Decreto-Lei nº 667/1969, acrescentando ao referido diploma normativo o art. 24-C para determinar (no seu "caput") a incidência da contribuição "sobre a totalidade da remuneração dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos

Conselho Nacional do Ministério Público tolher a competência local para dispor sobre as peculiaridades do Ministério Público nos Estados.

Não há, pois, margem constitucional para interpretar que o Conselho Nacional do Ministério Público, na ausência de regramento específico e típico das leis complementares orgânicas dos Ministérios Públicos da União ou Estaduais, possa normatizar conteúdos similares em atos administrativos normativos de cunho independente, ainda que detenha poder regulamentar, conforme lhe foi conferido pela Constituição.

Em síntese, o poder regulamentar conferido pela Constituição Federal ao Conselho Nacional de Justiça e, de forma similar, ao Conselho Nacional do Ministério Público, reflete típica faculdade desses órgãos expedirem atos administrativos normativos independentes. Esses Conselhos não têm poder, contudo, de editar atos administrativos normativos autônomos. Assim, enquanto leis específicas não normatizarem as áreas disciplinadas por resoluções do CNJ e do CNMP, esses diplomas normativos administrativos podem ser impugnados em sede de controle de constitucionalidade. Após

Territórios, ativos ou inativos, e de seus pensionistas, com alíquota igual à aplicável às Forças Armadas, cuja receita é destinada ao custeio das pensões militares e da inatividade dos militares", importou em inconstitucionalidade por quebra do pacto federativo, pois a fixação de alíquota de contribuição para o custeio das pensões e da inatividade dos policiais militares e dos corpos de bombeiros militares não pode ser considerada como "norma geral", uma vez que implica na União imiscuir-se em aspectos orçamentários, sociais e políticos típicos de cada Estado da Federação. Nesse sentido, salientou em seu voto o Eminente Ministro Alexandre de Moraes, relator da Ação Civil Originária nº 3396/DF, no julgamento realizado em 05 de outubro de 2020: "de fato, a concepção de normas de caráter geral relaciona-se ao estabelecimento de diretrizes e de princípios fundamentais regentes de determinada matéria, sem ser possível ao legislador federal lançar mão de disciplina relativa a peculiaridades ou especificidades locais, descendo indevidamente a minúcias normativas mais condizentes com a atividade do legislador estadual ou municipal. A compreensão da terminologia 'diretrizes e princípios fundamentais' não pode ser ampliada a ponto de tolher a capacidade de produção normativa conferida pela Constituição aos demais entes federativos, sob pena de se vulnerar o pacto federativo". A própria norma prevista no parágrafo 2º do art. 24-C do Decreto-Lei nº 667/1969 já revela a especificidade da regra mencionada, pois estabelece que "somente a partir de 1º de janeiro de 2025 os entes federativos poderão alterar, por lei ordinária, as alíquotas da contribuição de que trata este artigo, nos termos e limites definidos em lei federal". Ora, se futura lei federal irá estabelecer os termos e limites das alíquotas (norma que será, portanto, de caráter geral), é evidente que a disposição atual, ao definir alíquota única, retirando qualquer margem de discricionariedade política, na sua fixação, dos Estados da Federação, responsáveis pela administração e custeio das previdências de seus militares, desce a peculiaridades da matéria cuja competência legislativa não é da União. Pensar o contrário seria admitir também, por exemplo, que pode a União, em razão da sua competência para expedir normas gerais de organização, efetivo, material bélico, convocação e mobilização das polícias militares, estabelecer, por lei federal, critérios uniformes de como serão distribuídas essas forças nos Estados, como serão definidos os plantões dos policiais militares e até qual a quantidade de armas e projéteis que cada miliciano poderá portar durante uma ronda! O Pretório Excelso, inclusive, em 22 de outubro de 2021, pacificou a questão no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.338.750 (Tema 1177), da relatoria do Ministro Luiz Fux. Posteriormente, o STF, em sede de embargos de declaração, em 5 de setembro de 2022, modulou os efeitos da decisão proferida *pro futuro*, a fim de preservar a higidez dos recolhimentos da contribuição de militares, ativos ou inativos, e de seus pensionistas, efetuados nos moldes inaugurados pela Lei nº 13.954/2019, até 1º de janeiro de 2023.

o regramento por leis, as resoluções dos Conselhos verter-se-ão em atos administrativos normativos de execução²⁰⁰.

4.2.1.3. Exemplo de atos administrativos normativos independentes: a disciplina instituída pela Universidade de Brasília para reserva de vagas no ensino superior com base em critério étnico-racial

A partir de junho de 2003 e com início de vigência em 18 de março de 2004²⁰¹, a Universidade de Brasília (UnB), por meio de diversos atos administrativos normativos, estabeleceu vários regramentos para implementação de ações afirmativas no seio daquela comunidade acadêmica, em especial com o intuito de destinar, durante dez anos, 20% (vinte por cento) das vagas do seu exame vestibular a estudantes que se declarassem negros.

Nesse sentido, foram editados os seguintes atos administrativos: a) Ata de Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE, realizada em 06 de junho de 2003; b) Resolução 38, de 18 de julho de 2003, do Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília; e, c) o Plano de Metas para Integração Social Étnica e Racial da UnB.

Nota-se que a norma jurídica emanada dos atos administrativos expedidos pela Universidade de Brasília não obedeceu a uma estrutura redacional normativa rígida (não foi elaborado um texto organizado em artigos, parágrafos, incisos). Brotou, no entanto, da leitura integrada de diversos documentos administrativos, no que se convencionou denominar neste trabalho de “bloco de normatividade administrativa”, em termo emprestado da ideia de “bloco de constitucionalidade”.

O Partido Democratas (DEM), em 20 de julho de 2009, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, questionou a constitucionalidade das

²⁰⁰ Observada, de toda sorte, a competência originária do STF para julgar as ações contra o CNJ e o CNMP (CF, art. 102, I, “r”).

²⁰¹ Data de publicação do Edital nº 3/2004 pela Diretora-Geral do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos (CESPE) da Universidade de Brasília que tornou pública a realização de vestibular, em junho de 2004, destinado a selecionar candidatos para provimento de vagas nos cursos de graduação oferecidos pela UnB, com a seguinte expressa previsão, no seu item 2.2: “O 2.º vestibular de 2004 da UnB será realizado por meio de dois sistemas de vagas: o sistema universal e o sistema de cotas para negros”. Disponível em <http://www.cespe.unb.br/vestibular/Arquivos/2004-2/ED_2004_2_VEST_2004_3_ABT_I.PDF>. Acesso em 26/07/2022.

referidas normas²⁰², por ofensa aos arts. 1º, *caput*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I, 207, *caput*, e 208, V, todas da Carta Política. Sustentou, em síntese, que o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial no processo de seleção para ingresso de estudantes viola os preceitos constitucionais mencionados porque, em síntese, a discriminação presente no Brasil é social e não racial.

Indeferido o pedido liminar por decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 31 de julho de 2009²⁰³, por

²⁰² E também a constitucionalidade do Item 2, subitens 2.2, 2.2.1, 2.3, o item 3, subitem 3.9.8 e o item 7 e subitens, todos do Edital nº 2, de 20 de abril de 2009, do 2º vestibular de 2009 da UnB.

²⁰³ O relatório feito pelo Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do STF, quando da prolação da decisão que indeferiu a liminar postulada na ADPF nº 186, bem resume a exposição dos motivos da pretensão deduzida na petição inicial do DEM (que contém mais de oitenta laudas): “A peça inicial defende, em síntese, que “(...) na presente hipótese, sucessivos atos estatais oriundos da Universidade de Brasília atingiram preceitos fundamentais diversos, na medida em que estipularam a criação da reserva de vagas de 20% para negros no acesso às vagas universais e instituíram verdadeiro ‘Tribunal Racial’, composto por pessoas não-identificadas e por meio do qual os direitos dos indivíduos ficariam, sorrateiramente, à mercê da discricionariedade dos componentes, (...)” (fl. 9). O autor esclarece, inicialmente, que a presente arguição não visa a questionar a constitucionalidade de ações afirmativas como políticas necessárias para a inclusão de minorias, ou mesmo a adoção do modelo de Estado Social pelo Brasil e a existência de racismo, preconceito e discriminação na sociedade brasileira. Acentua, dessa forma, que a ação impugna, especificamente, a adoção de políticas afirmativas “racialistas”, nos moldes da adotada pela UnB, que entende inadequada para as especificidades brasileiras. Assim, a petição traz trechos em que se questiona se “a raça, isoladamente, pode ser considerada no Brasil um critério válido, legítimo, razoável, constitucional, de diferenciação entre o exercício de direitos dos cidadãos” (fl. 28). Defende o partido político, com isso, que o acesso aos direitos fundamentais no Brasil não é negado aos negros, mas aos pobres e que o problema econômico está atrelado à questão racial. Alega que o sistema de cotas da UnB pode agravar o preconceito racial, uma vez que institui a consciência estatal da raça, promove ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gera discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecer a classe média negra (fl. 29). Afirma que o item 7 e os subitens do Edital nº 02/2009 do CESPE/UNB violam o princípio da igualdade e da dignidade humana, na medida em que ressuscitam a crença de que é possível identificar a que raça pertence uma pessoa (fl. 29). Assim, indaga a respeito da constitucionalidade dos critérios utilizados pela comissão designada pelo CESPE para definir a “raça” do candidato, afirmando que saber quem é ou não negro vai muito além do fenótipo. A petição ressalta, ainda, que a aparência de uma pessoa diz muito pouco sobre a sua ancestralidade (fl. 30). Refere, com isso, que a “teoria compensatória”, que visa à reparação do dano causado pela escravidão, não pode ser aplicada num país miscigenado como o Brasil. Na inicial, é frisado que, nos últimos 30 anos, estabeleceu-se um consenso entre os geneticistas segundo o qual os seres humanos são todos iguais (fl. 37) e que as características fenotípicas representam apenas 0,035% do genoma humano. Aponta-se, dessa forma, o perigo da importação de modelos como o de Ruanda e o dos Estados Unidos da América (fls. 41-43). Sustenta-se, ademais, que os dados estatísticos referentes aos indicadores sociais são manipulados e que a pobreza no Brasil tem “todas as cores” (fls. 54-58). Especificamente quanto ao sistema de classificação racial da UnB, o arguente enfatiza que todos os censos brasileiros sempre utilizaram o critério da autoclassificação (fl. 61). Expõe que, no Brasil, “a existência de valores nacionais, comuns a todas as raças, parece quebrar o estigma da classificação racial maniqueísta” (fl. 67). Conclui, assim, que as cotas raciais instituídas pela UnB violam o princípio constitucional da proporcionalidade, por ofensa ao subprincípio da adequação, no que concerne à utilização da raça como critério diferenciador de direitos entre indivíduos, uma vez que é a pobreza que impede o acesso ao ensino superior (fl. 74). Sugere que um modelo que levasse em conta a renda em vez da cor da pele seria menos lesivo aos direitos fundamentais e também atingiria a finalidade pretendida de integrar os negros (fl. 75)”.

força do disposto no art. 13, VIII, do Regimento Interno da Corte²⁰⁴, após longo debate judicial, com prestação de informações pelo Reitor da UnB, pelo Diretor do CESPE e pelo Presidente do CEPE, oferta de parecer da Procuradoria Geral da República, pronunciamento da Advocacia Geral da União, manifestações de diversos *amici curiae* que ingressaram no processo²⁰⁵, e declarações veiculadas em audiência pública, a ADPF nº 186, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi, em 26 de abril de 2012, por unanimidade²⁰⁶, julgada totalmente improcedente pelo Tribunal Pleno do Colendo Pretório Excelso.

Entendeu a Alta Corte, em síntese, que a política de ação afirmativa definida por tempo determinado pelos atos administrativos normativos impugnados para seleção de parte dos estudantes para ingresso nos bancos acadêmicos da Universidade de Brasília com base em critérios raciais encontra-se em consonância com o princípio da igualdade material²⁰⁷.

²⁰⁴ Típica regra prevista em ato administrativo normativo autônomo, diga-se: Art. 13 (RISTF). São atribuições do Presidente:
VIII - -- decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias;

²⁰⁵ Foram admitidos como *amici curiae* na ADPF nº 186: a) a Defensoria Pública da União – DPU; b) o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA); c) a Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (AFROBRAS); d) o Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira (ICAB); e) o Instituto de Defensores dos Direitos Humanos (IDDH); f) o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB); g) a Fundação Nacional do Índio (FUNAI); h) a Fundação Cultural Palmares; Movimento Negro Unificado (MNU); i) a Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO); j) o CONECTAS Direitos Humanos; e, k) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).

²⁰⁶ Participaram do julgamento os Ministros Ayres Britto (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski (Relator), Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber. Ausente o Ministro Dias Toffoli.

²⁰⁷ O julgado da ADPF nº 186 recebeu a seguinte ementa: Ementa: “ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta

Ressaltou o julgado que a temporariedade da ação afirmativa implementada pela UnB, com a fixação de uma cláusula temporal de caducidade (denominada na doutrina inglesa e na estadunidense de *sunset clause*) lhe legitimava, pois condicionava sua manutenção durante a persistência do “quadro de exclusão social que lhes deu origem”, pois, “caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo”, conforme se extrai do voto condutor da ADPF nº 186, exarado pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Conforme explicam SOFIA RANCHORDAS e ANTONIO KOUROUTAKIS (2016, pp. 51 e 52), *sunset clauses*, ou cláusulas de caducidade, são disposições que determinam a expiração de uma lei ou de outro ato normativo após um prazo pré-determinado, em razão de seus regramentos não serem mais necessários porque já cumpriram sua função ou perderam sua eficácia, podendo ser submetidos a uma avaliação final. Essas cláusulas de caducidade permitem que as normas se ajustem às mudanças sociais ou tecnológicas e podem ser incluídas em regulações emergenciais para garantir, passada ocorrência que a justificou, o retorno à situação pré-emergencial. As *sunset clauses* podem ser motivadas por quatro razões principais: superar a inação legislativa, gerar um espaço normativo reservado temporário, permitir que decisões futuras sejam tomadas com melhores informações ou proteger contra o pânico legislativo²⁰⁸.

o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente” (STF, ADPF nº 186, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012).

²⁰⁸ No original de SOFIA RANCHORDAS e ANTONIO KOUROUTAKIS (2016, pp. 51 e 52): *Sunset clauses (or provisions) are dispositions that determine the expiry of a law or regulation within a pre-determined period. Such provisions are conceived to automatically erase legislation that is no longer necessary because it has fulfilled its function or is no longer effective. Before the law sunsets, it is generally subject to a final evaluation. [...] Sunset clauses allow for regulations to adjust to changing social or technological circumstances and can be included in emerging legislation to ensure that an enactment returns to the pre-emergency situation. Sunset clauses may be motivated by four main rationales: overcoming legislative inaction, generating a temporary placeholder, allowing future decisions to be made*

Por força da decisão proferida pela Colenda Suprema Corte e tendo em vista a regra constante no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999²⁰⁹²¹⁰, independentemente de qualquer efeito transcendente que se possa cogitar, não há dúvida de que os atos normativos expedidos pela Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela instituição passaram a ter, pois, efeito *erga omnes* e eficácia vinculante a todo o Poder Público²¹¹.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, em relação a referidos atos administrativos, definiu sua força normativa primária independentemente da existência de lei para, ainda que de forma restrita à Universidade de Brasília, admitir a política afirmativa adotada, que visou, como concluído pelo Ministro Ricardo Lewandowski: estabelecer, de forma transitória e com revisão periódica de resultados, por meio de “métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana” um “ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente

with better information, or protecting against legislative panic. Disponível em <<https://minnijil.org/wp-content/uploads/2016/05/2-Ranchordas-Kouroutakis-macro-FINAL.pdf>>. Acesso em 28/07/2022.

²⁰⁹ Art. 10 (Lei nº 9.882/1999). Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

[...]

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

²¹⁰ A constitucionalidade desse dispositivo legal e de outros da Lei nº 9.882/1999 foi questionada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 27 de junho de 2000 por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231. Argumentou o CFOAB, em relação à norma em comento, que a eficácia *erga omnes* conferida às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas arguições de descumprimento de preceitos fundamentais não se coaduna com a regra inserta no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, pois referido preceito constitucional não admite, em seu texto, a magnitude trazida pelo art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/1999, que quebraria a divisão dos Poderes, por permite que as sentenças do STF nas ADPFs se transformem em verdadeiros atos legislativos. Infelizmente, depois de mais de vinte e dois anos, a ADI nº 2.231 ainda não foi definitivamente julgada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo distribuída inicialmente ao Ministro Néri da Silveira. O feito teve sua tramitação interrompida em 5 de dezembro de 2001, em razão de pedido de vista formulado pelo Ministro Sepúlveda Pertence durante o julgamento em plenário do pedido liminar. Somente em 21 de junho de 2018 a medida cautelar postulada na referida ADPF foi definitivamente submetida à apreciação do Pleno da referida Corte, após ser remetida à mesa pelo Ministro Dias Toffoli (que sucedeu na cadeira do Ministro Sepúlveda Pertence), tendo, no entanto, seu julgamento sido convertido em diligência em razão, justamente, da demora para sua análise.

²¹¹ Como ressalta DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES (2018, p. 130), “Registre-se que esse efeito vinculante do julgamento da arguição é até mais amplo que o existente nas ações diretas de constitucionalidade, porque atinge todos os órgãos do Poder Público, e não somente os órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário, como ocorre nessas ações. Para parcela doutrinária, significa dizer que o Poder Legislativo fica submetido às condições e ao modo de interpretação e aplicação determinados pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao preceito fundamental. A tese não é pacífica, havendo resistência com fundamento na regra da separação dos poderes”.

consolidadas”, revelando proporcionalidade e razoabilidade “no concernente aos meios empregados e fins perseguidos”.

Sinalizou, ainda a Suprema Corte, sem dúvida, que políticas afirmativas poderiam ser instituídas pelo Poder Público por meio de atos administrativos normativos, como forma de densificar princípios constitucionais. O contundente resultado do julgamento – unanimidade – aliado ao fato de que o STF tem consolidado, sempre com expressiva maioria dos votos de seus membros, diversas outras ações afirmativas, como decidido na ADI nº 1.276, relatora Ministra Ellen Gracie (instituição de incentivos fiscais no IPVA a empresas que contratam empregados com mais de quarenta anos), no RMS nº 26.071, relator Ministro Ayres Britto (reconhecimento da visão monocular como deficiência para fins de inscrição em vaga destinada à pessoas com essa condição em concursos públicos), e na ADI nº 1.946, relator Ministro Sydney Sanches (vedação de limitação máxima de valor de benefício previdenciário para a licença-gestante, todos por unanimidade, assim como na ADI nº 3.330, relator Ministro Ayres Britto (convalidação do programa Universidade para Todos - PROUNI), bem reflete essa conclusão.

Ressalte-se que os mencionados atos administrativos da Universidade de Brasília não podem ser considerados meros atos de execução ou regulamentação de leis, e, portanto, secundários, sem caráter inovador no ordenamento.

É certo que, quando do advento dos referidos atos administrativos da UnB, já vigoravam as Leis nºs 10.172/2001, 10.558/2002 e 10.678/2003 e 12.288/2010 que estabeleceram a necessidade do Poder Público instituir ações voltadas a eliminação de discriminações no âmbito da educação superior.

A Lei nº 10.172/2001 aprovou o Plano Nacional de Educação em 2001, com duração de dez anos, e definiu, como um de seus objetivos para a educação superior, “criar políticas que facilitem às minorias, vítimas de discriminação, o acesso à educação superior, através de programas de compensação de deficiências de sua formação escolar anterior, permitindo-lhes, desta forma, competir em igualdade de condições nos processos de seleção e admissão a esse nível de ensino” (tópico II.B.4.3, item 19).

Com a “finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros”, o art. 1º da Lei nº 10.558/2002 criou o Programa Diversidade na Universidade.

A Lei nº 10.678/2003 criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, para “assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na

formulação, coordenação e articulação de políticas e diretrizes para a promoção da igualdade racial” (arts. 1º e 2º).

E a Lei nº 12.288/2010 instituiu o Estatuto da Igualdade Racial e determinou, na regra inserta em seu art. 15, que o Poder Pública deve adotar programas de ação afirmativa.

Nenhum desses diplomas legais, contudo, mesmo se conjugadas suas normas com disposições contidas na Lei nº 9.394/1996 (que estabelece as diretrizes bases da educação nacional), em especiais aquelas constantes nos seus arts. 51, 53, IV e parágrafo único, II²¹², delegou a ato administrativo normativo das instituições de ensino superior o poder específico de definir percentuais de cotas de vagas em seus vestibulares para preenchimento exclusivo pela população constituída por afrodescendentes, matéria que importa em direta interpretação e balizamento de normas constitucionais, em especiais aquelas relativas aos princípios da igualdade, autonomia universitária e acesso aos níveis mais elevados de ensino (CF, art. 3º, I e IV; art. 5º, *caput*; art. 207, *caput*; e art. 208, V).

Tanto é que diversas leis, na época, já estabeleciam regras para garantir cotas de participação ou incentivos para grupos socialmente desiguais (portadores de deficiência ou mulheres), em outros segmentos, como, contratações²¹³ e concursos

²¹² Art. 51 (Lei nº 9.394/1996). As instituições de educação superior credenciadas como universidades, ao deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, levarão em conta os efeitos desses critérios sobre a orientação do ensino médio, articulando-se com os órgãos normativos dos sistemas de ensino.

Art. 53 (Lei nº 9.394/1996) No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

[...]

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

[...]

Parágrafo único (redação anterior à dada pela Lei nº 13.490/2017) Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

[...]

II - ampliação e diminuição de vagas.

²¹³ A norma inserta no art. 24, XX, da Lei nº 8.666/1993 (lei das Licitações e Contratos da Administração Pública) prevê a dispensabilidade de licitação “na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

públicos²¹⁴, bem como nas eleições²¹⁵, o que somente reforça o caráter primário, no nosso Ordenamento Jurídico, das normas que definem critérios específicos para proteção de grupos minoritários.

Portanto, cremos que os tratados atos da Universidade de Brasília, quando editados, consubstanciaram-se em atos administrativos normativos independentes originários, tendo essa qualidade chancelada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº186.

Esses atos da UnB, contudo, converteram-se em atos administrativos normativos de execução derivados em razão da edição da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que determinou, nas instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação, a reserva de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas (sendo que metade dessas vagas devem ainda ser reservadas aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a um salário mínimo e meio *per capita*) e também fixou que, em cada instituição federal de ensino superior, as referidas vagas reservadas serão preenchidas “por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população

²¹⁴ O art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) reza que “Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”.

²¹⁵ A disposição contida no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997 (Lei Eleitoral), dispõe sobre a “cota de gênero”, fixando que, no número de vagas que cada partido poderá registrar para candidatos à Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, deverá haver, no mínimo, uma proporção de 30% para 70% dentre as candidaturas de cada sexo. Cumpre observar que, no cálculo dos percentuais, “qualquer fração resultante será igualada a 1 (um) no cálculo do percentual mínimo estabelecido para um dos gêneros e desprezada no cálculo das vagas restantes para o outro” (Resolução TSE nº 23.609/2019, art. 17, § 3º). Por outro lado, como ressalta JOSÉ JAIRO GOMES (2016, p. 329), “note-se que, conquanto se aplique indistintamente a ambos os sexos, a regra em apreço foi pensada para resguardar a posição das mulheres, que tradicionalmente não desfrutam de espaço relevante no cenário político, em geral controlado por homens. Também nesses domínios, a discriminação contra a mulher constitui desafio a ser superado. Ainda nos dias de hoje, é flagrante o baixo número de mulheres na disputa pelo poder estatal, fato de todo lamentável em um país em que elas já são maioria. Consoante evidenciado pelo senso demográfico realizado pelo IBGE em 2010, a população feminina era, naquele ano, de 51% do total contra 49% da masculina (disponível em: <http://www.ibge.com.br/home/> – sinopse dos resultados do Censo 2010. Acesso em: 30-4-2011). Também são maioria nas universidades e instituições de ensino superior, respondendo, ademais, por expressiva fatia dos mercados de trabalho e consumo”.

da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”²¹⁶.

O bloco de normatividade administrativa tratado, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, teve prazo de vigência expirado em 18 de março de 2014, considerando a data de sua implementação, apesar da Universidade de Brasília, em observância às nas disposições da Lei nº 12.711/2012, ter mantido o sistema de cotas raciais, com alteração dos percentuais e inclusão das cotas para candidatos oriundos de escolas públicas a partir do primeiro vestibular de 2013²¹⁷.

Cumprir dizer que a Lei nº 12.711/2012 prevê, na regra inserta em seu art. 7º, que “no prazo de dez anos a contar da data de publicação desta Lei, será promovida a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência”²¹⁸.

A norma não deixa claro quem irá promover essa revisão do programa especial mencionado, o que leva a crer, considerando sua natureza, que deverá ser feita também na via legislativa.

Saliente-se que o texto original do art. 7º da Lei nº 12.711/2012 dispunha que caberia ao Poder Executivo efetuar mencionada reavaliação, passados dez anos, permitindo interpretar que bastaria um ato administrativo normativo do Presidente da República (decreto) para fazer cessar a aplicação do sistema de cotas em instituições de ensino para estudantes pretos, pardos e indígenas instituído por lei.

²¹⁶ O Decreto Presidencial nº 7.824, de 11 de outubro de 2012, regulamentou a Lei nº 12.711/2012 e a Portaria Normativa nº 18, de 11 de outubro de 2012, do Ministério da Educação, dispôs sobre a implementação das reservas de vagas em instituições federais de ensino de que tratam referidos diplomas normativos.

²¹⁷ Em 19 de outubro de 2012 foi republicado o Edital nº 1 para realização do 1º Vestibular da Unb de 2013, destinado a selecionar candidatos para provimento de vagas nos cursos de graduação oferecidos pela referida universidade, com a seguinte expressa previsão, no seu item 2.2: “O vestibular da UnB é realizado por meio de três sistemas de vagas: o Sistema Universal, o Sistema de Cotas para Negros e o Sistema de Cotas para Escolas Públicas”. Disponível em <http://www.cespe.unb.br/vestibular/VESTUNB_13_1/arquivos/ED_1_2013_10_VEST_2013_ABT_REPUBLICACAO.PDF>. Acesso em 26/07/2022. Cumprir observar que referido edital foi republicado para acomodação de suas cláusulas às disposições da Lei nº 12.711/2012. O item 2.2 do original Edital nº 1 foi disponibilizada em 20 de setembro de 2012 com a seguinte redação: “O vestibular da UnB é realizado por meio de dois sistemas de vagas: o Sistema Universal e o Sistema de Cotas para Negros”. Disponível em <http://www.cespe.unb.br/vestibular/VESTUNB_13_1/arquivos/ED_1_2013_10_VEST_2013_ABT.PDF>. Acesso em 26/07/2022.

²¹⁸ A redação desse dispositivo (assim como de outros da lei em comento) foi alterada pela Lei nº 13.409/2016, para incluir também as pessoas com deficiência no programa de cotas.

Tratar-se-ia de disposição normativa semelhante àquela que a doutrina inglesa denomina de “cláusula Henrique VIII” (*Henry VIII clause*), em alusão ao monarca inglês da Casa de Tudor que ocupou o trono de 1509 a 1547 e, em razão do Estatuto das Proclamações de 1539 (*Statute of Proclamations 1539*), recebeu o poder de legislar por proclamação.

No Reino Unido, as *Henry VIII clauses* são disposições insertas em uma lei que permitem aos ministros alterar ou revogar atos do Parlamento mediante legislação secundária, sujeita a vários graus de escrutínio parlamentar²¹⁹.

Ressalte-se, ainda, que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.125/2021, de autoria do Deputado Federal Kim Katagiri (DEM-SP), para retirar as cotas baseadas em cor e raça para ingresso em universidades públicas federais, destinando-as aos estudantes de baixa renda, além de incluir, na Lei nº 12.711/2012 um art. 8º-A, para estabelecer vedação às instituições de ensino, ao Ministério da Educação, à Presidência da República ou a qualquer outro órgão com Poder Regulamentar para instituição de ações afirmativas (denominadas pelo projeto de “discriminação positiva”) para acesso nas instituições de ensino federal com base em cor, raça, origem ou qualquer outro critério não previsto no mencionado diploma legal.

A manutenção de eventuais ações afirmativas semelhantes à inicialmente implementada pela Universidade de Brasília no início do milênio, pois, dependerá; ou a) da continuidade da vigência da Lei nº 12.711/2012, com a sua redação atual; ou b) da existência de atos administrativos normativos independentes que deem continuidade a essas políticas (nos moldes do pioneiro exemplo implementado pela Universidade de Brasília), caso a referida lei seja integralmente revogada, observado que a constitucionalidade desses normativos estará sujeita ao crivo do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal²²⁰, uma vez que há certo consenso de que as ações

²¹⁹ A respeito, transcreve a definição apresentada pelo U. K. Parliament: ‘*Henry VIII clauses*’ are clauses in a bill that enable ministers to amend or repeal provisions in an Act of Parliament using secondary legislation, which is subject to varying degrees of parliamentary scrutiny. The Lords Delegated Powers and Regulatory Reform Committee pays particular attention to any proposal in a bill to use a Henry VIII clause because of the way it shifts power to the executive. The expression is a reference to King Henry VIII’s supposed preference for legislating directly by proclamation rather than through Parliament”. Disponível em <<https://www.parliament.uk/site-information/glossary/henry-viii-clauses/>>. Acesso em 26/07/2022).

²²⁰ Não se pode ignorar a possibilidade de uma mudança de orientação da Suprema Corte Brasileira em relação ao tema em razão da alteração de sua composição nos próximos anos, lembrado que os ministros da Corte são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (CF, art. 101, parágrafo único) e, portanto, seus posicionamentos podem se modificar de acordo com o grupo político que esteja no Poder Executivo e Legislativo. A Suprema Corte Americana

(em inglês *Supreme Court of the United States*, com utilização da sigla SCOTUS para também referenciá-la), por exemplo, como se extrai da ensinança de PATRÍCIA JERÓNIMO (2010, p. 72) e KATHLEEN M. SULLIVAN e GERALD GUNTHER (2004, pp. 640 a 643 e 667 a 673), ao longo dos anos, muitas vezes se pronunciou de maneira radicalmente contrária em relação à macro questão racial e especificamente quanto à possibilidade de cotas raciais para ingresso no sistema de ensino:

a) Em 1857, em *Dred Scott v. Sandford* (1857), o Supremo Tribunal dos EUA decidiu que afro-americanos, escravizados ou livres, não eram cidadãos dos Estados Unidos e, portanto, não tinham o direito de processar em tribunal federal. Por outro lado, a Corte também considerou que o governo federal não poderia proibir a escravidão nos estados da União, decisão que foi um dos estopins da Guerra Civil e, posteriormente, da elaboração da Décima Quarta Emenda em 1868 (*Equal Protection Clause*), que reza ser cidadão da nação e de seu estado qualquer pessoa nascida ou naturalizada nos Estados Unidos, e que nenhum estado americano aplicará lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos (*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States*);

b) Em 1880, em *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S., a Suprema Corte Estadunidense interpretou a *Equal Protection Clause* no sentido dela vedar a exclusão de jurados em potencial do júri em razão de critérios raciais;

c) Dezesseis anos depois, contudo, em *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. (1896), a Corte Máxima Americana admitiu (por ampla maioria (7x1), restando vencido apenas o “Justice” John Marshall Harlan) que leis de segregação racial de serviços públicos (o caso em exame tratava do uso de vagão ferroviário destinado a passageiros de cor branca por Homer Adolph Plessy, nascido em uma família de crioulos da Louisiana de língua francesa) não violavam a Constituição dos Estados Unidos, desde que fossem iguais em qualidade para cada raça (uma doutrina que ficou conhecida como *separate but equal*).

d) E, somente em 1954, em *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou, como princípio fundamental, ser inconstitucional a discriminação racial em estabelecimentos de ensino na educação pública, mesmo que a qualidade das escolas segregatórias fossem iguais (o caso começou em 1951, quando na capital do Kansas, Topeka, houve recusa de matrícula no sistema escolar público da filha do morador negro Oliver Brown em instituição primária mais próxima de sua casa, exigindo que ela pegasse um ônibus para uma escola negra segregada situada em local mais distante), decisão que foi considerada um divisor de águas (*watershed case*) na forma de aplicação da *Equal Protection Clause* e cujo entendimento foi expandido para outras áreas da vida social, até que, em *Johnson v. Virginia*, 373 U.S. (1963), abrangiu a totalidade dos espaços públicos;

e) Cerca de vinte e quatro anos depois, em *Regents of the University of California vs. Bakke*; 438 U.S. 265 (1978), a *Supreme Court of the United States* admitiu pela primeira vez a possibilidade de ações afirmativas, aceitando que a raça fosse um critério a ser considerado na política de admissão nas faculdades. No entanto, o tribunal decidiu, no caso específico (Allan P. Bakke, cidadão americano branco, questionou a constitucionalidade do programa de ação afirmativa com cotas de vagas destinadas a minorias da Faculdade de Medicina Davis da Universidade da Califórnia após ter sua inscrição rejeitada na citada instituição de ensino), por apertada maioria (5x4), que cotas raciais específicas (como as dezesseis das cem vagas reservadas para estudantes de minorias pela Universidade da Califórnia, “Davis School of Medicine”) eram inadmissíveis;

f) Em 2003, em *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306, a SCOTUS decidiu, também por apertada maioria (5x4), na linha do entendimento iniciado no mencionado julgado anterior, que nos processos universitários de admissão de estudantes pode haver favorecimento de *underrepresented minorities* (minorias sub-representadas) sem que esse proceder viole a Décima Quarta Emenda, desde que outros fatores sejam considerados na avaliação dos candidatos, inclusive para que a própria instituição de ensino obtenha benefícios advindos de um corpo discente racialmente diversificado (o caso surgiu porque Bárbara Grutter, mulher branca, teve, em 1996, sua admissão negada na Faculdade de Direito da Universidade de Michigan porque a instituição, segundo ela alegou, concedeu chance maior de admissão a certos grupos minoritários);

g) Por fim, em 2007, a Alta Corte Estadunidense, em linha oposta, no caso conhecido como PICS (*Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701), considerou inconstitucional, por incompatibilidade com a *Equal Protection Clause*, programas de distritos escolares de Seattle e Jefferson County que utilizavam parâmetros raciais para composição de suas comunidades estudantis de acordo com a composição racial dos respectivos distritos [na ocasião escreveu o *Chief Justice* John Glover Roberts Jr.: *The way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race* (o caminho para interromper a discriminação com base na raça é parar de discriminar com base na raça)].

afirmativas devam ter validade temporária²²¹; ou c) se aprovado o projeto de Lei nº 4.125/2021 nos seus exatos termos, do reconhecimento da inconstitucionalidade das mudanças que por ele porventura venha a promover; ou d) se aprovado o projeto de Lei nº 4.125/2021 nos seus exatos termos, do reconhecimento da inconstitucionalidade ao menos da disposição constante do art. 8º-A que ele pretende incluir no texto da Lei nº 12.711/2012, bem como da existência de atos administrativos normativos independentes que mantenham essas ações afirmativas e não sejam também considerados inconstitucionais²²².

4.3. Inconstitucionalidade formal, orgânica, material e finalística dos atos da Administração Pública

Observadas as premissas estabelecidas nos itens anteriores quanto à inconstitucionalidade (direta) ou ilegalidade (inconstitucionalidade indireta) dos atos da Administração Pública, cumpre, neste tópico, tratar dos vícios que esses atos podem conter em relação à Constituição de acordo com suas origens.

O tema também se revela importante. Conforme estudo realizado²²³, muitas ações de controle concentrado de constitucionalidade de atos administrativos normativos são julgadas procedentes não necessariamente por alguma ofensa a conteúdo de norma

²²¹ Como exposto no voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes na ADPF nº 186, citando THOMAS SOWELL (2004, pp. 2, 3 e 7), “um programa de ação afirmativa que dê preferência a determinado segmento da sociedade tende a se perpetuar, caso não se tenha bem claro seu objetivo. [...] É o que aconteceu, por exemplo, na Índia, em que foram os próprios líderes da casta dos intocáveis que propuseram o prazo de dez anos para o recebimento dos benefícios, com a finalidade de evitar conflito social. Este programa foi instituído em 1949 e a reserva continua até hoje em vigor. [...] “Um programa temporário para eliminar uma condição secular é quase uma contradição em termos. A igualdade de oportunidade pode ser conseguida em um tempo plausível, mas isso é totalmente diferente de eliminar a desigualdade de resultados. (...) As pessoas são diferentes, e isto é assim há séculos (...). Qualquer política “temporária” cuja duração é definida pelo objetivo de se conseguir alguma coisa que jamais foi antes alcançada em lugar nenhum do mundo, seria melhor caracterizada como eterna”, no entendimento de Sowell [...] Desse modo, o programa de ação afirmativa não objetiva a eliminação completa de desigualdades, mas o aumento da igualdade de oportunidades em um segmento específico. Exatamente por isso tem condições e deve ser estabelecido por um período que pareça razoável, de acordo com os dados disponíveis, para contrabalançar situações entendidas como desfavoráveis. Para tanto, tão importante quanto definir prazos e metas é submeter o programa a avaliações empíricas rigorosas e constantes”.

²²² Nessa hipótese, por exemplo, um ato administrativo normativo independente de alguma universidade que estabelecesse cotas para determinados grupos que tendessem a abolir vagas para outros grupos (p. ex., fixa-se 99% das vagas para autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência) também viola a Constituição, ainda que se reconheça a inconstitucionalidade da norma que o Projeto de Lei nº 4.125/2021 pretende incluir na Lei nº 12.711/2012 (art. 8º-A).

²²³ Vide Capítulo 5.

constitucional (inconstitucionalidade material), mas por violação de forma ou competência definidas constitucionalmente. Há também notícias de atos administrativos que também foram reputados contrários à ordem constitucional por vício na sua finalidade.

Conforme a lição de CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 138), “considera-se vício de um acto inconstitucional a ocorrência de um defeito ou de uma deformidade nos pressupostos ou nos elementos do acto, gerada pela desconformidade deste último com um parâmetro inserto na Constituição”.

Cumpre dizer que se optou em utilizar, como referência para trato do tema, a classificação proposta por ELIVAL DA SILVA RAMOS (1994, pp. 149 a 163) em relação à inconstitucionalidade das leis (inconstitucionalidade material, formal, orgânica e finalística), pois mais abrangente e detalhada que a categorização tradicional trazida pela doutrina de divisão somente em duas hipóteses de inconstitucionalidades nessa seara [a formal (ou extrínseca) e a material (ou substancial ou intrínseca)]²²⁴, com adição das contribuições de outros juristas sobre o assunto.

Deve-se salientar também que, ao contrário da classificação anterior (inconstitucionalidade direta/indireta), há possibilidade de um ato administrativo incorrer em mais de uma inconstitucionalidade quanto à sua origem. Ou seja, um mesmo ato administrativo pode ser reputado materialmente, formalmente, organicamente e finalisticamente inconstitucional.

4.3.1. Inconstitucionalidade material dos atos administrativos

A inconstitucionalidade material, nas palavras de CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 138), é “a colisão do conteúdo de um acto jurídico-público com o conteúdo dos princípios ou das normas constitucionais com as quais aquele se deveria conformar”.

²²⁴ Encampam essa classificação, por exemplo, PONTES DE MIRANDA (1963, pp. 222 e 223), NELSON DE SOUZA SAMPAIO (1968, p. 127), GILMAR FERREIRA MENDES (xxxx, pp. 1742 a 1747), ANDRÉ RAMOS TAVARES (2013, pp. 308 a 314) e MARCELO NEVES (1988, pp. 110 a 120). MICHEL FROMONT (2013, pp. 180 a 194) divide o trato do tema em “controle de elaboração da lei” (*le contrôle de l'élaboration de la loi*) e “controle do conteúdo da lei” (*le contrôle du contenu de la loi*). JORGE MIRANDA (1988, pp. 297 a 303) e CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, pp. 138 a 160) apresentam, a respeito, uma classificação tripartite, distinguindo as inconstitucionalidades em material, formal e orgânica. J. J. GOMES CANOTILHO (2003, pp. 959 e 960) também aborda a matéria com uma categorização tríplex, dividindo os vícios em formais, materiais e procedimentais.

Em outros termos, na inconstitucionalidade material há uma violação direta da substância do ato jurídico-público, normativo ou não normativo, do que ele dispõe, com o conteúdo da Constituição, sendo irrelevante perquirir se esses atos foram ou não produzidos de acordo com as formas estabelecidas pela Lei Maior, questão afeta à inconstitucionalidade formal.

BLANCO DE MORAIS (2006, pp. 139) aponta que a inconstitucionalidade material pode derivar, de acordo com a “densidade e ao grau de aderência vinculante do padrão substantivo, [...] de normas programáticas, de princípios, de normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados, e, finalmente, de normas preceptivas”.

A) Inconstitucionalidade material decorrente de infringência a norma constitucional programática:

Quanto à inconstitucionalidade material derivada de colisão do conteúdo do ato jurídico público, ou, no que interessa ao objeto deste trabalho, do ato administrativo, com normas constitucionais programáticas, nos termos da conhecida classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA (2002, pp. 82 a 87), essas disposições da Lei Maior estabelecem orientações a serem cumpridas pelo legislador e pela Administração Pública, São, com base na doutrina de VEZIO CRISAFULLI (1952, pp. 34 e 35), nas suas palavras (2002, p. 138),

normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 140) ressalta que “as normas programáticas das constituições sociais caracterizam-se por uma fraca densidade reguladora e uma reduzida capacidade vinculativa”.

Alguns autores, inclusive, retiram a carga jurídica dessas normas constitucionais, porque, como GAETANO AZZARITI (1951, p. 98), entendem que o programa que traçam está destinado a ser implementado pelo legislador, quando as circunstâncias o permitirem²²⁵.

²²⁵ Nas suas palavras: *Queste norme in fondo, sotto un certo aspetto, non sono nemmeno vere e proprie norme giuridiche, perchè il programma che esse tracciano è destinato ad essere attuato dal legislatore, quando le circostanze ne offrano la possibilità.*

JOSÉ AFONSO DA SILVA (2002, p. 139), contudo, defende que as normas constitucionais programáticas têm eficácia jurídica, pois “elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados”. Em seguida (2002, p. 164), conclui:

[...] as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III – informam a concepção de Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

VI – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem [...]

No que tange aos atos administrativos, os deveres contidos nas normas constitucionais programáticas também condicionam os normativos administrativos (decretos presidenciais, resoluções do CNJ e do CNMP nos âmbitos de suas competências, regimentos internos dos tribunais) e as ações administrativas. As atividades administrativas, ainda que discricionárias, “não podem desenvolver-se contra os fins e objetivos postos pelas normas constitucionais programáticas. Se isso ocorrer, manifesta-se um comportamento inconstitucional e o ato que daí deflui fica sujeito ao controle de constitucionalidade” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2002, p. 175).

Evidentemente que, se a legislação infraconstitucional concretizar a orientação fixada na norma constitucional, não poderá a Administração Pública agir em desconformidade com os preceitos constitucional e legal.

Exemplo disso foi o decidido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 964.659 em sessão virtual de 1º de setembro de 2022 a 5 de agosto de 2022.

No referido recurso foi discutida a constitucionalidade do pagamento de remuneração em valor inferior ao salário mínimo a servidoras públicas do Município de Seberi/RS, submetidas a jornada semanal reduzida de trabalho (20 horas), nomeadas após concurso público e regidas pelo regime jurídico único, ante o teor da norma inserta no art. 7º, IV, da Constituição Federal, que fixa o direito fundamental ao salário mínimo, a ser fixado em lei e nacionalmente unificado²²⁶, extensível aos servidores públicos nos termos do art. 39, § 3º, da Carta Política²²⁷.

O relator, Ministro Dias Toffoli, votou pela impossibilidade de fixação de remuneração abaixo do salário-mínimo, mesmo no caso de jornada reduzida de trabalho, entendendo que o constituinte preocupou-se com a garantia de um padrão mínimo de vida para satisfazer as necessidades do trabalhador e de sua família, incluindo os servidores públicos²²⁸. Ademais, nessa condição, as servidoras ainda estão sujeitas às vedações constitucionais de acumulação remunerada de cargos públicos, empregos e funções, “bem como de realizar outras atividades privadas, como usualmente é previsto nos regimes jurídicos dessa categoria em todo o país”.

Em seu voto convergente, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou que “o Administrador Público, ao permitir o labor do servidor público em jornada reduzida, deve

²²⁶ Art. 7º (CF) São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

²²⁷ Art. 39 (CF) [...]

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

²²⁸ Sobre a norma inserta no art. 7º, IV, da Lei Maior, e a viabilidade de fixação de remuneração inferior ao salário mínimo na hipótese de jornada reduzida de trabalho, consta do voto a seguinte lição de MANOEL JORGE E SILVA NETO (2013, pp. 797 e 798): “De nossa parte, preferimos seguir a corrente que defende tal impossibilidade, pois, com efeito, ainda que tenha havido redução de jornada contratualmente prevista, o direito social ao salário mínimo tem o propósito de viabilizar a melhoria das condições de existência dos trabalhadores; se, num caso concreto, o empregador se dispõe a reduzir a jornada de trabalho do empregado, a circunstância não tem condão de legitimar redução salarial de sorte a atingir o valor mínimo fixado por lei, porque o que se pretende, mediante o comando do art. 7º, IV, é precisamente tornar possível a fruição dos direitos sociais ali prescritos, por meio da contraprestação, em dinheiro, do menor valor considerado pela lei. E se, demais disso, reputa a norma constitucional que o salário-mínimo será fixado em lei, e nacionalmente unificado, parece evidente que o propósito é determinar, de modo incondicionado, o menor valor a ser recebido por qualquer trabalhador no País, máxime porque não se remete à eventualidade de pagamento proporcional em razão de redução de jornada. E mais: o pagamento proporcional de salário-mínimo diante de redução de jornada importaria, seguramente, ofensa direta ao *caput* do art. 7º, em cujo seio repousa o insuprimível princípio de proteção ao hipossuficiente”.

arcar com os custos de sua opção, sem, todavia, reduzir direitos que lhes foram constitucionalmente consagrados”.

Abriu divergência o Ministro Luis Barroso²²⁹, posicionando-se pela constitucionalidade do pagamento de remuneração em valor inferior ao salário mínimo ao servidor público submetido a jornada reduzida de trabalho, salvo quando o estatuto da categoria imponha restrição significativa à liberdade profissional, impedindo o exercício de outras atividades capazes de complementar sua renda.

Ao final, prevaleceu a posição apresentada no voto do Relator Ministro Dias Toffoli, sendo fixada a seguinte tese de repercussão geral: “[é] defeso o pagamento de

²²⁹ Interessante observar que o voto vencedor do Ministro Dias Toffoli remete àquele proferido pelo Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1442 (onde se reconheceu a íntima vinculação entre salário mínimo e mínimo existência) no qual é citado trecho de doutrina do próprio Ministro Luís Roberto Barroso em que defende, inclusive, não ter a norma inserta no art. 7º, IV, da Constituição Federal caráter programático. Na sua lição (LUÍS ROBERTO BARROSO, 1993, pp. 151 e 152): “Esta não é definitivamente, uma norma programática. Não apenas porque o caput do dispositivo refere-se expressamente a um direito assegurado, como também porque o preceito descreve a utilidade a ser fruída – salário capaz de satisfazer as necessidades vitais básicas de um trabalhador e sua família – e específica, embora de modo implícito, a conduta devida: pagar salário que atenda aos requisitos enunciados. Descumprindo o comando constitucional, um trabalhador, individualmente, ou o sindicato, representando a categoria, poderão requerer ao Judiciário a observância forçada da norma. A efetividade desse preceito é, tecnicamente, menos intrincada do que pode parecer à primeira vista. Confirme-se. No regime constitucional anterior, o salário mínimo era fixado por decreto presidencial. Atualmente, tal competência transferiu-se para o Congresso Nacional. Se algum empregador pagar valor inferior ao estabelecido, qualquer trabalhador, em dissídio individual, obterá, através da Justiça do Trabalho, a diferença devida. Aqui não se apresenta nenhuma dificuldade. *Quis iuris*, se o vício se contiver, não no ato em si do empregado, mas no do Congresso Nacional, por fixar um salário mínimo que desatenda os requisitos constitucionais? Em outras palavras: existe remédio jurídico a ser utilizado contra o ato legislativo que institua um salário mínimo incapaz de satisfazer as necessidades normais de um trabalhador e sua família? A resposta é afirmativa. Tanto mais agora que o novo texto constitucional simplificou a tarefa jurisdicional ao estabelecer uma série de parâmetros objetivamente aferíveis. No regime da Carta de 1969, a cláusula ‘necessidades normais’, sem qualquer outro detalhamento, padecia de um conteúdo fluido, algo impreciso, ainda que não indeterminável. Presentemente, todavia, o próprio inciso IV enuncia os fatores a serem tomados em conta na fixação do salário mínimo: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. E muito embora seja impossível erradicar-se totalmente um certo grau de subjetividade, é plenamente possível a um juiz, por dados oficiais ou mediante prova técnica, estimar, v.g., o valor de aluguel de uma habitação modesta em bairro operário, o custo de alimentação valorado por uma cesta básica, as despesas de transporte tendo em vista o preço da passagem, etc. Mesmo quando os valores pudessem oscilar significativamente, de acordo com o que cada um viesse a considerar como padrão mínimo de dignidade, o fato é que há um núcleo central em relação ao qual haverá um consenso em qualquer circunstância. Seria puramente ideológica, e não científica, a negação da possibilidade de o Judiciário intervir em tal matéria. Porque em diversas outras situações em que a Constituição ou a lei utilizam conceitos vagos e imprecisos, é exatamente ao juiz que cabe integrar, com sua valoração subjetiva, o comando normativo. Assim, se passa, por exemplo, quando ele fixa o valor da ‘justa indenização’ na desapropriação (CF/88, art. 5º, XXIV); quando nega eficácia a ato, lei ou sentença estrangeira por ofensa à nossa ‘ordem pública’ (LICC, art. 17); ou quando fixa alimentos ‘na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada’ (C. Civil, art. 400). Assentada a premissa, é bem de ver que se a União, por seu órgão legislativo, fixa o valor do salário-mínimo em quantitativo insuficiente para o atendimento das necessidades vitais básicas de um trabalhador e de sua família, o ato que o institui vicia-se por inconstitucionalidade”.

remuneração em valor inferior ao salário-mínimo ao servidor público, ainda que labore em jornada reduzida de trabalho” (Tema 900).

B) Inconstitucionalidade material derivada de mácula a princípios constitucionais:

Quanto à inconstitucionalidade material decorrente da violação, por ato da Administração Pública (no que interessa nesta pesquisa), de princípios constitucionais, cumpre primeiro esclarecer que eles não se confundem com as normas programáticas.

Adotada a lição de ROBERT ALEXY (2014, pp. 90 e 91), pode-se afirmar que as “normas programáticas” ainda são regras, apesar de dotadas de menor eficácia jurídica. Já os princípios são mandamentos de otimização e, como afirma CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 142), têm

“maior capacidade expansiva do que as simples normas constitucionais [regras, na visão de Alexy], carecendo, todavia, para que possam exprimir uma parametricidade vinculante, de uma efectiva concretização hermenêutica, a qual implica um trânsito interpretativo do abstrato para o específico.

Assim, segue CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 142):

Trânsito que exige do intérprete uma densificação do campo de previsão do enunciado axiológico, de modo a poder deduzir dele corolários-regra passíveis de cobrir normativamente o domínio regido pelo acto que é objeto de fiscalização constitucional.

[...]

A inconstitucional material derivada de uma colisão entre o objecto ou o fim de uma norma, com o escopo nuclear de um princípio não resulta, com frequência, de uma violação imediatamente figurada, mas sim de uma antinomia implícita, a qual é tanto mais confusa, quanto mais sincrético for o princípio parâmetro.

Não se pode olvidar, ainda, que, os princípios, enquanto mandamentos de otimização, nas palavras de ROBERT ALEXY (2014, pp. 90 e 91),

[...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, [ou seja], “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

[...]

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem

precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.

Neste cenário, aliado à existência de diversos comandos constitucionais principiológicos voltados a diretas ações políticas e administrativas em uma sociedade cujo pluralismo é [observada, neste ponto, as lições de ZAGREBELSKY (1995, p. 16)²³⁰] abraçado constitucionalmente, o que implica, em certa medida, também na criação de direitos ou obrigações pela própria Administração Pública, se é certo dizer que o conteúdo dos atos públicos deve também se conformar ao teor dos princípios abraçados pela Constituição Federal, não é menos certo afirmar que a tarefa do Administrador Público

²³⁰ Escreve o constitucionalista italiano (1995, p. 16): “*Creo, por tanto, que la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquéllos; el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles etc. Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que guerríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. Em el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un sólo valor y de un sólo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción – válido para la scientia juris - no debería obstaculizar la labor propia de la jurisprudencia, de intentar realizar positivamente la ‘concordancia práctica’ de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. ‘Positivamente’: no, portanto, mediante la simple amputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto. Por los estudios que cultivan, los constitucionalistas saben que la lucha política se expresa también mediante una perenne pugna por la afirmación hegemónica de proyectos particulares, es decir, formulados como universales y exclusivos. También saben, sin embargo – mirando desde arriba, como su ciencia permite y exige hacer - ,que si esto es lícito, además de inevitable, para cada parte política en liza, no lo es (ya) para el derecho constitucional del Estado democrático y pluralista actual. Saben que el derecho constitucional, invocado en las salas de los tribunales constitucionales, en las aulas universitarias y en todos los lugares en los que puede ejercer una influencia sobre la realidad, tiene que mantener abiertas sus posibilidades y condiciones de existencia y no cerrarlas abrazando enteramente la perspectiva de alguna de las partes. Saben, en fin, que hoy existe contradicción entre derecho constitucional y adhesión unilateral a un proyecto político particular cerrado. De la revisión del concepto clásico de soberanía (interna y externa), que es el precio a pagar por la integración del pluralismo en la única unidad posible - una unidad dúctil, como ya se ha dicho - ,deriva también la exigencia de abandonar la que podríamos llamar soberanía de un único principio político dominante del que puedan extraerse deductivamente todas las ejecuciones concretas sobre la base del principio de exclusión de lo diferente, según la lógica del aut-aut, del ‘o dentro o fuera’. La coherencia ‘simple’ que se obtendría de este modo no podría ser la ley fundamental intrínseca del derecho constitucional actual, que es más bien la del et-et y que contiene por ello múltiples promesas para el futuro. En este sentido, se ha hablado con acierto de un ‘modo de pensar posibilista’ o ‘de la posibilidad’ (Möglichkeitsdenken), como algo particularmente adecuado al derecho de nuestro tiempo. Esta actitud mental posibilista representa para el pensamiento lo que la ‘concordancia práctica’ representa para la acción”.*

de dar efetividade a esses princípios, em um sociedade que demanda a pronta resolução de questões públicas e, ao menos tempo, evitar violá-los e incorrer em inconstitucionalidades materiais, é das mais tormentosas.

Da mesma forma que as disposições constitucionais programáticas, os princípios constitucionais informam a concepção de Estado e da sociedade, bem como orientam a elaboração e a aplicação do direito infraconstitucional, inclusive a ação discricionária da Administração Pública. Deles é possível inferir, sem dúvida, esferas confortáveis de atuação conforme seus comandos [núcleos de certeza positiva, nas palavras de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (1986, pp. 120 a 135)], ou áreas evidentemente proibidas pelo sentido que exalam no ordenamento jurídico (núcleos de certeza negativa). A atuação administrativa deve enfrentar, constantemente, todavia, os dilemas decorrentes do trilhar por áreas cinzentas criadas pelos conflitos surgidos entre esses mandamentos de otimização (saber qual deve preponderar para não incorrer em inconstitucionalidade material), quais os valores que eles pretendem sejam concretizados pelas ações políticas e administrativas a serem desenvolvidas e o que uma sociedade plural como a nossa anseia que seja atendido sem violar o conteúdo da Lei Maior.

O presente trabalho não tem por escopo dar solução a essa questão. Um norte, contudo, a ser seguido é o administrador público pautar-se, nas suas ações, pelo teor dos posicionamentos exarados em julgados da Corte Constitucional brasileira²³¹.

C) Inconstitucionalidade material devido à violação de normas constitucionais que carregam conceitos jurídicos indeterminados:

Quanto à inconstitucionalidade material em razão de desconformidade da atuação administrativa com normas constitucionais que contêm conceitos jurídicos indeterminados, cumpre lembrar que há intenso debate na doutrina quanto ao próprio significado da expressão “conceito jurídico indeterminado”, seu alcance e sua influência, especialmente, no âmbito do Direito Administrativo, na discricionariedade administrativa²³².

²³¹ Vide Capítulo 5.

²³² A respeito podem ser conferidos os trabalhos de Afonso Rodrigues Queiró (“A teoria do desvio do poder em direito administrativo”), Massimo Severo Giannini (“Il potere discrezionale della pubblica amministrazione”), Antônio Francisco de Souza (“A discricionariedade administrativa”), Fernando Sainz Moreno (“Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa”), Martin Bullinger (“a discricionariedade da Administração Pública”), Maria Sylvia Zanella di Pietro (“Discricionariedade

CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 143) afirma que os conceitos jurídicos indeterminados “assumem-se como critérios abertos situados em normas jurídicas, que revelam portadores de um sentido relativamente incerto, tanto à ideia valorada que contém, como em relação ao seu objecto e consequencialidade”.

MANUEL MARTIN GONZALEZ (1967, pp. 197 a 199) doutrina que a lei (e, em maior grau, a própria Constituição, especialmente a Carta de 1988, extremamente analítica), para regular a vida social tem de satisfazer dois requisitos essencialmente contraditórios. Por um lado, deve ser rígida e estável, para garantir segurança nas relações jurídicas (especialmente no âmbito do direito privado). Por outro lado, deve ser móvel, flexível, evolutiva, capaz de adaptar-se o mais perfeitamente possível às transformações e modificações da vida social (principalmente na esfera do Direito Público). Essa antinomia reflete-se nas fórmulas dos textos normativos. Alguns são fixos, estáveis, precisos, completos, detalhados, imóveis, rígidos, com soluções predeterminadas e invariáveis. Trazem a vantagem da segurança (conceitos jurídicos determinados) em detrimento da adaptabilidade. Outros são genéricos, elásticos, flexíveis, completáveis, móveis, fluídos, instáveis, com variabilidade e elasticidade das soluções, permitindo suas adaptações às modificações do meio a que se aplicam, mas ao custo da estabilidade (conceitos jurídicos indeterminados)²³³.

administrativa na Constituição de 1988”), Renato Alessi (“Instituciones de Derecho Administrativo”), Celso Antonio Bandeira de Mello (“Discricionariedade e controle jurisdiccional”), Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernández (“Curso de direito administrativo), Agustín Gordillo (“Princípios gerais de direito público”), Regina Helena Costa (“Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa”), Eros Roberto Grau (“Direito, conceitos e normas jurídicas”) e Dinorá Adelaide Musetti Grotti (“Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa”).

²³³ Nas suas palavras: *Para cumplir su función —reglamentar la vida social—, el Derecho ha de satisfacer dos exigencias esencialmente contradictorias. Por un lado, ha de ser rígido y estable, a fin de garantizar la seguridad en las relaciones jurídicas; por otro, deberá ser móvil, flexible, evolutivo, capaz de adaptarse lo más perfectamente posible a las transformaciones y modificaciones de la vida social (podría incluso afirmarse que en el Derecho privado es más importante la precisión (garantía de eficacia); en el público, en cambio —y especialmente en el administrativo—, es más importante la fluidez). Esta su connatural antinomia entre la necesidad de seguridad en las relaciones jurídicas y la necesidad de adaptación a las circunstancias siempre cambiantes de la vida social, se refleja naturalmente, en sus fórmulas; así, unas son fijas, estables, precisas, completas, detalladas, inmóviles, rígidas; otras, en cambio, genéricas, elásticas, flexibles, completables, móviles, fluidas, inestables; en aquéllas, las soluciones están predeterminadas y son invariables; en éstas, la variabilidad y elasticidad de soluciones permite su adaptación a las modificaciones del medio a que se apliquen; aquéllas presentan, frente a la ventaja de la seguridad, el inconveniente de unas aristas fijas que dificultan la adaptación del Derecho a las transformaciones de la vida y a la singularidad de los casos; éstas, y frente a la imposibilidad de conseguir seguridad completa, suponen un intento de alcanzar el máximo de seguridad compatible con la flexibilidad que exige el concepto para que sea aplicable. Las primeras establecen reglas que intentan satisfacer la sed de precisión del espíritu humano, predominando en su aplicación el automatismo; las segundas señalan directrices, en cuya aplicación predomina la idea que la fórmula encierra; en el primer caso nos enfrentamos a un esquematismo simple, rígido y pobre, que se despreocupa de los matices, pero seguro y estable; en el segundo, en cambio, con la posibilidad de ponderar todos los supuestos —aún*

Em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, verifica-se seu especial manejo pelo legislador, inclusive o constituinte, para regular questões afetas ao Direito Administrativo, pois, como preleciona ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA (1976, p. 97),

este fenômeno deve-se à natureza das funções da Administração, sobretudo devido ao fato de a Administração se orientar à satisfação de necessidades sociais. É que os conceitos indeterminados se apresentam ao Legislador como um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competências às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa.

Assim, na esteira do pensamento de MANUEL MARTIN GONZALEZ (1967, p. 253)²³⁴, os conceitos jurídicos indeterminados são mais numerosos na regulação primária, inclusive no plano constitucional, servindo os atos administrativos normativos para densificá-los e os não normativos para diretamente aplicá-los, considerando o início de significação que trazem, de acordo com a interpretação feita pelo administrador público de seu alcance conforme as circunstâncias do caso concreto, o que, muitas vezes, importa no reconhecimento de ilegalidades ou, se fundada a atuação administrativa diretamente na Lei Maior, inconstitucionalidades materiais em sede de controle jurisdicional, ante a valoração diversa dada pelo Poder Judiciário a referidos conceitos.

Ressalte-se que a Constituição de 1988 é generosa no uso de conceitos jurídicos indeterminados como “interesse social”, “atividade nociva ao interesse nacional”, “colaboração de interesse público”, “interesse local”, “urgência”, “relevância”, “interesse público”, “boa-fé”, “calamidade pública”, “condição social”, “pobreza”, “velhice”, “notável saber”, “reputação ilibada” etc.

excepcionales—', pero también com una incertidumbre que pone en peligro la estabilidad jurídica; allí, si se trata de realidades cuantitativas, se emplearán cifras, si cualitativas, enumeraciones (reducción a lo cuantitativo), sacrificándose «la plenitud de la idea, expresada por el género, a la comodidad de las especificaciones»; aquí, las realidades cualitativas, por resistirse a su reducción a lo cuantitativo, no pueden expresarse sino a través de su signo (o signos) o índice más significativo, y las propias realidades cuantitativas no son susceptibles de ser cifradas; unas se adaptan más a la realidad, a la verdad, a la oportunidad; las otras apenas permiten tal adaptación, pero son mucho más objetivas.

²³⁴ Como salienta MANUEL MARTIN GONZALEZ (1967, p. 253): *Por supuesto que los conceptos jurídicos indeterminados son más numerosos en la nonnación primaria (Leyes formales), y la función de muchos Reglamentos (al desarrollarla o al regular la esiera discrecional que aquélla confiere a la Administración) es justamente la conversión de conceptos huteterminados eu otros directa o indirectamente determinados.*

Árdua, pois, a missão da Administração Pública também nesta seara, porque, tais quais os princípios constitucionais²³⁵, os conceitos jurídicos indeterminados presentes na Carta Política muitas vezes criam uma área nebulosa de atuação (se está ou não de acordo com os comandos constitucionais), entre as zonas de certeza positiva e negativa de sua aplicabilidade²³⁶.

Cumprindo observar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, relatada pelo Ministro Luiz Fux, julgada em 16 de fevereiro de 2012 em conjunto com as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 29 e 30, diante de questionamento quanto à constitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, que alterou a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, diploma legal que estabelece hipóteses de inelegibilidades, editado em observância à regra inserta no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, decidiu por prestigiar a solução normativa no preenchimento do conceito jurídico indeterminado de “vida pregressa”²³⁷.

²³⁵ Conforme leciona CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 143), “embora nos referidos conceitos [jurídicos indeterminados] exista tanto uma zona de certeza como uma zona de obscuridade que reclama elucidação, verifica-se que esta mesma decodificação carece de uma operação concretizadora análoga à densificação de princípios, a qual, contudo, de torna por vezes mais difícil de realização, em razão do facto de se não descortinarem muitas vezes valores imediatamente apreensíveis por detrás do conceito, mas sim meros interesses ou imperativos funcionais”.

²³⁶ Segundo EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (2004, p. 468), na estrutura de todo conceito jurídico indeterminado, é identificável um núcleo fixo ou zona de certeza, configurado por dados prévios e seguros, uma zona intermediária ou de incerteza, ou “halo do conceito”, mais ou menos precisa, e, finalmente, uma zona de “certeza negativa”, também segura quanto à exclusão do conceito. Suposta esta estrutura do conceito jurídico indeterminado, a dificuldade de precisar a solução justa se concreta na zona de imprecisão ou “halo” conceitual, mas tal dificuldade desaparece nas zonas de certeza, positiva ou negativa. A respeito, também assinala LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (1986, pp. 127 e 128): “todo conceito é finito e por assim ser, há nele um núcleo de certeza positiva e há outra parte que, pelo contrário, é o núcleo de certeza negativa (isto é, determinada coisa não pode ser), e há uma zona intermediária, faixa cinzenta, diante da qual vai se colocar o problema. No primeiro momento ter-se-á ainda o problema da subsunção, e, só depois de interpretado o conceito, é que se vai colocar ‘alguma’ discricionariedade. Não se deveria dizer ‘alguma’, ‘pouca’, ou ‘muita’ discricionariedade, mas só para que se tenha uma convenção de palavras, diria ‘alguma’ discricionariedade. Viu-se que, diante de um conceito, inicialmente tem-se o problema de interpretação. Interpretado o conceito tem-se o problema de subsunção. Na subsunção tem-se a premissa menor, o fato, a premissa maior, a norma geral ou o conjunto de normas. Este o grande problema, pois pode ser que, apenas a norma não seja suficiente, e se tenha de usar as premissas maiores complementares, exatamente para que se consiga fazer a subsunção (note-se que é possível haver apenas subsunção, mesmo diante dos conceitos imprecisos)”.

²³⁷ Conforme trecho da ementa do acórdão da ADI nº4578: “[...] 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9.º, da Constituição Federal. [...]” (STF, ADI 4578, relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgada em 16/02/2012).

E a Suprema Corte, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.101, da relatoria do Ministro Luiz Fux, realizado em 16 de junho de 2020. por unanimidade, confirmou seu entendimento²³⁸ no sentido de que, em relação à edição de medidas provisórias, “o controle jurisdicional da interpretação conferida pelo Poder Executivo aos conceitos jurídicos indeterminados de urgência e relevância deve ser restrito às hipóteses de zona de certeza negativa da sua incidência”. Assim, “ausentes evidências sólidas de abuso do Poder Executivo na edição da medida provisória, é corolário da separação de Poderes a adoção de postura autocontida do Poder Judiciário, de maneira a prestigiar as escolhas discricionárias executivas e legislativas”.

Malgrado os julgados se refiram a lei complementar e medida provisória (espécie normativa equiparada à lei), e não a atos administrativos normativos, as decisões exaradas indicam um caminho da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de considerar materialmente constitucional a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados dada pelo Poder Público quando a situação analisada se encontra na denominada “zona cinzenta” de atuação.

D) Inconstitucionalidade material devido à infringência de normas constitucionais preceptivas:

Por fim, quanto à inconstitucionalidade material, resta tratar daquela derivada da violação das denominadas por CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006. P. 139) “normas [constitucionais] preceptivas”.

O referido autor, ao contrário das outras hipóteses, não esclarece no que consiste referida violação material da Constituição, mas resta claro, até por exclusão, que ele remete aos casos de mácula, por ato do poder público, de normas constitucionais que estabelecem conceitos jurídicos determinados.

Também com base na lição de MANUEL MARTIN GONZALEZ (1967, p. 203), conceitos jurídicos determinados podem ser definidos como aqueles cujo conteúdo é especificado na norma que os cria, seja porque nela estão explicitamente ou implicitamente definidos, seja porque contém uma referência, (tácita ou expressa) a uma

²³⁸ Também no mesmo sentido, os seguintes julgados da Corte Suprema: ADI nº 3.994, relator Ministro Luiz Fux, Plenário, julgada em 23/08/2019; ADI nº 5.018, relator Ministro Roberto Barroso, Plenário, julgada em 13/6/2018; e, Recurso Extraordinário nº 592.377, relator Ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão Ministro Teori Zavascki, Plenário, julgado em 4/2/2015.

outra norma (comum e geral ou técnica e profissional) nos quais se encontram os perfis ou características essenciais dos referidos conceitos²³⁹.

Raras as disposições constitucionais (ou mesmo legais) que abraçam conteúdo jurídico determinado especificado exclusivamente no seu próprio texto, ou seja, de que não necessita o intérprete se socorrer de uma outra esfera do conhecimento, comum ou técnico, para compreendê-las. São cláusulas tão fechadas em si mesmas que até a interpretação delas seria, teoricamente, dispensável, pois totalmente autoexplicativas, afirmação que violenta a própria hermenêutica²⁴⁰. Incabíveis referidas disposições em textos constitucionais, que visam uma ampla estruturação do Estado e não se prestam a densificar conteúdos de forma tão intensa.

Para ilustrar, na Constituição de 1988, podem ser mencionadas as regras relativas à obrigatoriedade do alistamento eleitoral e do voto para maiores de dezoito anos (CF, art. 14, § 1º, I) e as disposições relativas ao número de vereadores de acordo com a quantidade de habitantes de cada município (CF, art. 29, IV). Mas mesmo essas normas não consubstanciam exemplos perfeitos. Primeiro porque remetem a termos técnicos (“alistamento eleitoral”, “voto”, “vereadores”, “municípios”, “habitantes”). Segundo porque, ainda que o exemplo se restringisse à “idade” (no caso do alistamento eleitoral e voto) e aos “números” (no caso dos vereadores), pode-se perfeitamente dizer que a extração do perfeito conteúdo dessas disposições constitucionais depende do auxílio de outros conhecimentos, comuns, mas ainda assim também técnicos, como entender o que é idade (cronologia) e o valor dos números (matemática).

Cumprir observar as violações textuais das normas constitucionais são observadas com maior clareza em relação às regras preceptivas, de conteúdo jurídico determinado, pois as disposições infraconstitucionais (legislativas ou administrativas), nesse caso, trazem conteúdo totalmente contrário ao daquele previsto no preceito constitucional, afirmação que, contudo, não invalida a possibilidade de violações implícitas (mais comuns, de fato, nas inconstitucionalidades materiais derivadas de normas programáticas,

²³⁹ As palavras do doutrinador: *Conceptos jurídicos determinados: son aquellos conceptos cuyo contenido se precisa en la norma que los crea, bien porque en ella de forma explícita o implícita vienen definidos, o bien porque ella contiene una remisión —generalmente tácita, pero a veces expresa— a una experiencia —común y general o técnica y profesional— en la que se pueden encontrar los perfiles o caracteres esenciales de dichos conceptos.*

²⁴⁰ Conforme exposto por CRISTINA QUEIROZ (2000, p. 52), com amparo em GUNTHER TEUBNER (1993, p. 8) e MICHAEL WALZER (1987, pp. 30 a 32), “o direito não vem determinado nem por uma autoridade externa, nem pela autoridade dos textos, nem por revelação divina. [...] o sistema não pode permanecer imune a formas de criticismo tanto internas como externas”.

princípios, ou normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados), quando, conforme leciona CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 145), “um determinado acto vulnera um parâmetro constitucional que não se encontra expresso, mas que é subsumível, por via interpretativa, do sentido decorrente de um princípio ou de uma norma constitucional”.

Em suma, há inconstitucionalidade material de um ato administrativo quando ele ofende o conteúdo de normas constitucionais programáticas, de princípios constitucionais, de normas constitucionais que contêm conceitos jurídicos indeterminados, e, finalmente, de normas constitucionais preceptivas.

4.3.2. Inconstitucionalidade formal dos atos administrativos

Muitas vezes o conteúdo de um ato jurídico público está em sintonia com as regras programáticas, os princípios, as disposições que contêm conceitos jurídicos indeterminados, e/ou as normas preceptivas da Constituição, mas pode ter sido produzido em desacordo com as regras constitucionais que disciplinam seu processo de criação ou podem ter sido emanados de órgão incompetente. No primeiro cenário haverá inconstitucionalidade formal, que trataremos neste tópico. No segundo, inconstitucionalidade orgânica, que será abordada no item seguinte.

Explica J. J. GOMES CANOTILHO (2003, pp. 959) que os vícios formais

incidem sobre o acto normativo enquanto tal, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma de sua exteriorização; na hipótese de inconstitucionalidade formal, viciado é o acto, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.

Ressalte-se que, quanto à estabilidade, a inconstitucionalidade formal abrange todos os sistemas de constituições (imutáveis, superrígidas, semirrígidas e flexíveis)²⁴¹.

Nessa linha, assim como em relação às leis, a inconstitucionalidade formal dos atos da Administração Pública refere-se, pois, à inobservância do procedimento constitucionalmente previsto para sua elaboração.

²⁴¹ Nesse sentido afirma MARCELO NEVES (1988, p. 114): “o problema da inconstitucionalidade formal, apesar de se lhe atribuir menos importância, estende-se aos sistemas de Constituição flexível e, nos de Constituição rígida, abrange sempre as reformas à Constituição”. E completa: “isso não significa que sempre se adota na prática jurídica o controle externo da inconstitucionalidade formal das leis ou das reformas constitucionais. Significa apenas que, estabelecendo a Constituição prescrições específicas a respeito do procedimento legislativo ou reformador, sempre é possível surgir o problema da inconstitucionalidade formal das leis ou das reformas constitucionais”.

Nas palavras de CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 149), “consiste na violação das regras constitucionais respeitantes à produção e à revelação de um acto jurídico-público”, podendo apresentar-se na forma de: a) vícios na revelação do ato; b) vícios no procedimento produtivo do ato; ou, c) vícios de excesso ou abuso de forma²⁴².

Cumprir observar que a Constituição Federal é rica em disposições relativas ao processo legislativo, o que racionaliza o sistema de produção parlamentar, bem como o controle formal da observância das etapas de criação das normas jurídicas primárias pelo juiz constitucional²⁴³. Há, em seu corpo, detalhadas regras relativas à elaboração de emendas constitucionais (CF, art. 60), leis (ordinárias, complementares e delegadas – CF, arts. 61 e 63 a 69) e medidas provisórias (CF, art. 62).

Em relação aos procedimentos para expedição de atos administrativos com fundamento direto na matriz constitucional, o texto da Carta Política, no entanto, não é tão claro, revelando-se, em um primeiro momento de leitura mais apressada de suas normas, difícil a localização de disposições a respeito.

Isso ocorre por dois motivos.

²⁴² Apesar das ponderações de NELSON DE SOUSA SAMPAIO (1968, p. 127), MARCELO NEVES (1988, pp. 114 a 120) e ANDRÉ RAMOS TAVARES (2013, pp. 310 a 314) quanto às modalidades de vícios formais das leis, entendeu-se, neste trabalho, dispensável dividir a inconstitucionalidade formal dos atos da Administração Pública em (a) formal *stricto sensu* (intrínseca ou extrínseca) e b) temporal (circunstancial e *stricto sensu*), “em razão de um imperativo dogmático de economia classificatória”, como assevera CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 151), pois “a decomposição de variantes de vícios da mesma família em categorias apartadas, sobretudo quando não existe um forte fundamento material que o justifique, conforma um convite à pulverização inútil das deformidades geradoras de inconstitucionalidade e uma causa para a sua difícil apreensão”.

²⁴³ Essa também é a realidade francesa, como pontifica MICHEL FROMONT (2013, p. 184): *Comme la constitution de 1958 est riche en dispositions relatives à la procédure législative au nom du parlementarisme rationalisé, le juge constitutionnel qui est saisi d'une demande abstraite de contrôle de la constitutionnalité se montre particulièrement attentif à vérifier la conformité de la procédure d'adoption de la loi aux règles de procédure, souvent très détaillées, posées par la constitution et parfois même par certaines lois organiques (par exemple, la loi organique relative aux lois de finances)* (“Como a Constituição de 1958 é rica em disposições relativas ao processo legislativo em nome de um parlamentarismo racionalizado, o juiz constitucional perante um pedido abstrato de revisão constitucional, está particularmente atento à verificação da conformidade do processo de elaboração da lei às regras de procedimento, muitas vezes muito detalhadas, estabelecidas pela constituição e às vezes até por certas leis orgânicas (por exemplo, a lei orgânica relativa às leis financeiras)”). Cumprir lembrar que as *lois organiques* (L.O.), no país gaulês, conforme lecionam JEAN GICQUEL e JEAN-ÉRIC GICQUEL (2018, p. 824), *sont celles que la constitution déclare comme telles (art. 46). Mais ces lois ne se caractérisent pas d'un seul point de vue formel; elles ont, en fait, pour objet d'expliquer l'organisation ou le fonctionnement des pouvoirs publics. Bref, une L.O. est une loi d'application ou le prolongement de la constitution, afin que celle-ci se limite à l'essentiel. Dans la hiérarchie des normes, elle s'intercale entre celle-ci et l'alai ordinaire* (“são aquelas que a constituição assim declara (art. 46). Essas leis não se caracterizam de um ponto de vista formal; destinam-se, de fato, a explicar a organização ou o funcionamento das autoridades públicas. Em suma, uma lei orgânica é uma lei de aplicação ou de extensão da constituição, de modo que se limita ao essencial. Na hierarquia das normas, situa-se entre a constituição e o direito ordinário”), assemelhando-se à lei complementar do direito brasileiro.

Primeiro porque, em regra, os vícios formais dos atos administrativos se restringem ao campo da ilegalidade, mas não da inconstitucionalidade.

Com efeito, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2017, pp. 248 e 249) lembra que a forma, como elemento do ato administrativo, é garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração, possibilitando seu controle pelos destinatários, pela própria Administração e pelos outros poderes estatais. E, ainda que não se exijam formas rígidas e sacramentais, deve sempre ser observada a definida em lei, quando ela assim o prever, não podendo, nessa hipótese, a Administração Pública realizar o ato administrativo da forma que entender mais adequada²⁴⁴. A observância das formalidades é, pois, requisito de validade, tanto na concepção restrita de forma do ato administrativo (como ele se exterioriza), quanto na ampla (observância de todas as formalidades durante o processo de formação da vontade da Administração).

Portanto, é na lei que, em regra, deve ser buscada a forma de praticar o ato administrativo e, se definida e não observada, o vício formal do ato será de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

Vício formal de inconstitucionalidade de ato administrativo, pois, haverá quando esse ato for realizado tendo como fundamento de validade direto a Constituição e não for observada a forma exigida pela Carta Política para sua feitura, o que revela a dificuldade inicial para identificá-lo.

Por outro lado, a constatação de vícios formais de inconstitucionalidade de atos administrativos também não é tão simples, porque, principalmente no que tange à execução de ações públicas afirmativas para efetivação de direitos garantidos na Constituição, a exteriorização dessas práticas não depende de uma forma pré-estabelecida.

²⁴⁴ Salienta MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2017, p. 249) que “na Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo na esfera federal), o artigo 22 consagra praticamente, como regra, o informalismo do ato administrativo, ao determinar que ‘os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir’. Apenas exige, no § 1º, que os atos sejam produzidos ‘por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável’. Além disso, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade (§ 2º) e a autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo (§ 3º). O Decreto nº 9.094, de 17-7-17, aplicável à esfera federal, reafirma a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País. Além disso, no artigo 1º, inclui entre as diretrizes nas relações entre si e com os usuários dos serviços públicos a ‘eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido’ (art. 1º, V). A Lei nº 13.726, de 8-10-18, racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação. Na realidade, a lei fere a autonomia de Estados e Municípios para estabelecerem normas sobre seus procedimentos administrativos”.

Assim, para constatar se determinado ato administrativo contém algum vício que o macula de inconstitucionalidade (direta) formal é necessário, pois, verificar quais disposições da Carta Política estabelecem normas quanto à forma desses atos – como devem se exteriorizar e quais as formalidades exigidas no seu processo de feitura –, realizados diretamente com fulcro no texto constitucional.

A) Inconstitucionalidade formal por vícios na revelação do ato administrativo:

De acordo com BLANCO DE MORAIS (2006, p. 153),

A revelação do acto consiste no trâmite respeitante à aposição de um título jurídico na declaração de vontade produzida pelo órgão competente.

A especificidade desse título procura ser consequente com a singularidade do procedimento produtivo do acto e com a competência que subjaz à condução do mesmo procedimento, já que um título específico identifica, por regra, a natureza do órgão de onde o acto promana.

Para apresentar exemplos de casos de atos administrativos formalmente inconstitucionais em razão de vícios na sua revelação, ou seja, pela não “aposição de um título jurídico na declaração de vontade pelo órgão competente” (preterição de total de titulação) ou pela “titulação indevida de um acto que não resulte de um erro material, ou a preterição de regras explícitas ou implícitas sobre os elementos dessa titulação” (CARLOS BLANCO DE MORAIS, 2006, p. 153), podem ser citados todos os casos em que a Constituição Federal exige que o Presidente da República se manifeste, mediante decreto, para modificação de situação jurídica por ela tratada²⁴⁵.

²⁴⁵ A Constituição Federal assim o faz nas normas insertas nos seguintes dispositivos:

- Art. 36 (CF). A decretação da intervenção dependerá:

[...]

§ 1º O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas.

Art. 84 (CF). Compete privativamente ao Presidente da República:

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;
- Art. 136 (CF). O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.
 - § 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:
 - I - restrições aos direitos de:
 - a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;

A falta de titulação do diploma administrativo que faça as vezes do decreto exigido constitucionalmente (não aposição de titulação jurídica), o uso de outra espécie administrativa em seu lugar (v.g. a expedição de uma portaria, comunicado ou de uma ordem de serviço em vez de um decreto presidencial) ou a deliberada supressão de regras que devam necessariamente integrar o conteúdo do decreto (exemplo: falta de numeração) importam na inconstitucionalidade formal do ato administrativo.

A falta de titulação ou o uso de outra espécie administrativa ou a preterição de regras explícitas ou implícitas sobre os elementos dessa titulação não violam apenas a boa técnica jurídica, mas infringem os princípios da segurança e da publicidade, pois, em um Estado Democrático de Direito, deve-se saber como localizar o conteúdo de um ato administrativo, para poder ter conhecimento dos seus termos e ainda, eventualmente, impugná-lo. Para tanto, a forma prescrita em lei ou, no que interessa neste trabalho, na Constituição, é relevante, em especial no que tange à sua titulação. Se a Lei Maior reza que determinado ato do Presidente da República será realizado mediante decreto, o primeiro critério de busca dos interessados em conhecer se existe um em relação a certo assunto e sua essência, inclusive nos modernos mecanismos de pesquisa da rede mundial

b) sigilo de correspondência;

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

- Art. 137 (CF). O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

- Art. 138 (CF). O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

§ 1º O estado de sítio, no caso do art. 137, I, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no do inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

§ 2º Solicitada autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato.

§ 3º O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

- Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

[...]

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

de computadores, será o título dessa espécie de ato administrativo. O uso de outra ou a ausência de titulação ou de elementos dela, de modo deliberado, indica a intenção da autoridade pública (no caso, o Chefe do Executivo Nacional) de escamotear informações.

B) Inconstitucionalidade formal por vícios no procedimento produtivo do ato administrativo:

Em relação aos vícios formais no procedimento produtivo do ato, como esclarece CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, pp. 152 e 153), ocorrem quando algum ato que integra uma das fases de formação de um ato final mostrar-se desconforme com as regras constitucionais de produção desse ato fim, enfermando-o de vício.

Os seguintes exemplos ilustram a espécie mencionada.

A Carta Política reclama que o Chefe do Executivo, entendendo presentes as hipóteses mencionadas nos incisos I, II, III e V do seu art. 34 (manter a integridade nacional; repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; e, reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; ou, b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas na Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei) ordene, *ex officio*, ouvidos os Conselhos da República (CF, art. 90, I) e de Defesa Nacional (CF, art. 91, § 1º, II), a intervenção federal mediante decreto que especifique a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeie o interventor. Referido decreto deverá, outrossim, ser submetido à apreciação do Congresso Nacional, no prazo de vinte e quatro horas (CF, art. 36, §1º)²⁴⁶.

Na hipótese, exemplificativamente, do decreto presidencial de intervenção não revelar, sendo o caso, o nome do interventor indicado, para evitar, digamos, a sua rejeição pelo Congresso Nacional (tencionando o Presidente da República, na situação levantada, nomear o interventor após inadvertida e açodada apreciação do decreto pelo Parlamento,

²⁴⁶ Como assinala JOSÉ AFONSO DA SILVA (2013, p. 490), “é despiciendo dizer que o Congresso Nacional não se limitará a tomar ciência do ato de intervenção, pois o decreto interventivo lhe será submetido para apreciação, o que envolve julgamento de aprovação e de rejeição, como, aliás, está expressamente estabelecido no art. 49, IV, que lhe dá competência exclusiva para aprovar ou suspender a intervenção”.

por exemplo), haverá inconstitucionalidade formal do ato administrativo por supressão de disposição que deveria, necessariamente, integrá-lo²⁴⁷.

Nesse caso, admissível, desde sua edição²⁴⁸, malgrado o prazo exíguo estipulado para apreciação do decreto interventivo pelo Congresso Nacional, o controle de constitucionalidade do ato administrativo pelo Poder Judiciário, ante o vício formal verificado. Esse controle judicial, diga-se, também é admissível mesmo se o Legislativo, apesar da omissão apontada (não nomeação, *ab ovo*, do interventor), aprovar o decreto presidencial de intervenção, dado o vício formal inconstitucional que não poderá ser convalidado.

Outro exemplo, na linha do anterior, é a expedição de um decreto presidencial de intervenção sem oitiva dos Conselhos da República e de Defesa Nacional.

Nesse caso, também deve ser aceita, antes ou depois da aprovação do decreto presidencial pelo Congresso Nacional, a verificação judicial de sua constitucionalidade diante do vício na sua formação.

Uma outra hipótese de vício de inconstitucionalidade formal relativo ao procedimento produtivo do ato, típico de colegiados, é a edição de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça (ou do Conselho Nacional do Ministério Público) sem aguardar o término da colheita dos votos de todos os seus membros presentes na sessão sobre a minuta apresentada do referido ato administrativo normativo, ainda que já formada maioria para sua aprovação. O ato administrativo normativo é formalmente inconstitucional por falta de observância das regras exigidas no seu processo constitucional de formação, uma vez que a Constituição Federal dispõe que compete ao CNJ (ou ao CNMP), pela manifestação de seus membros, expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência (CF, art. 103-B, *caput* e § 4º, I; art. 130-A, *caput* e § 2º, I).

²⁴⁷ AUGUSTO ZIMMERMANN (2005, p. 350) comenta a possibilidade de apreciação, pelo parlamento, do nome do interventor: “Para a consecução do ato interventivo, deve-se especificar a amplitude, o prazo e as condições de execução, mas também, e em sendo o caso, o nome do interventor que será nomeado após o submetimento de seu nome à apreciação do Congresso Nacional, no prazo de vinte e quatro horas (art. 36, § 1º, da CF)”.

²⁴⁸ Ensina Enrique Ricardo LEWANDOWSKI (2013, p. 817): “embora sujeito à apreciação do Legislativo, exceto nas hipóteses ressalvadas no texto constitucional, o ato de intervenção não depende de aprovação para que tenha eficácia, produzindo efeitos desde a sua edição. E não poderia ser de outro modo, dado o caráter de urgência da ação interventiva. Nota-se, porém, que três são as possíveis consequências da apreciação do ato pelo Legislativo: 1) os parlamentares podem aprová-lo, autorizando a continuidade da intervenção até o atingimento de seus fins; 2) podem, de outro lado, aprová-lo, suspendendo de imediato a medida, situação que gerará efeitos *ex nunc*; 3) pode, por fim, rejeitá-lo integralmente, suspendendo a intervenção e declarando ilegais, *ex tunc*, os atos de intervenção”.

Logo, se um dos Conselheiros do órgão está presente na sessão deliberativa, deve proferir seu voto, ainda que já formada a maioria em sentido contrário ao do seu posicionamento, pois o resultado da deliberação somente é proclamado ao final, inclusive porque, enquanto não encerrada a votação, pode haver reconsideração dos votos dos outros membros do colegiado, com inversão do direcionamento do julgamento, baseada no convencimento que o voto divergente apresentado pode trazer à reflexão dos demais integrante do órgão²⁴⁹.

Relacionado ao segundo exemplo citado, cumpre mencionar que, quando da decretação da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro por meio do Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018 e antes mesmo da aprovação do ato presidencial pelo Congresso Nacional (ocorrida em 20 de fevereiro de 2018, por meio do Decreto Legislativo nº 10), houve, em 19 de fevereiro de 2018, às 15h52min, o ajuizamento, pelo Deputado Federal Ivan Valente, perante o Supremo Tribunal Federal, do Mandado de Segurança com pedido liminar nº 35.537, com o objetivo de promover a paralisação, na Câmara dos Deputados, da tramitação do então projeto de decreto legislativo resultante do encaminhamento, pelo Senhor Presidente da República, da Mensagem nº 80/2018, referente ao ato interventivo no Estado Fluminense, cuja apreciação foi incluída na Ordem do Dia da Sessão Extraordinária da Casa Legislativa convocada para 19 de fevereiro de 2018, às 19h00min. O impetrante suscitou vício formal constitucional no procedimento produtivo do ato, consistentes na falta de manifestação prévia dos Conselhos da

²⁴⁹ A respeito, em nossa dissertação de Mestrado (BOSSLER, 2015, p. 73) tivemos a oportunidade de mencionar a lição de UGO GARGIULO (1962, p. 62), ora novamente trazida, dada a sua pertinência: “[...] colégio consiste de uma reunião de pessoas que formam e manifestam uma deliberação, que é um ato com procedimento de formação (proposta, discussão, votação), regido por princípios especiais. Colégio e deliberação são duas noções correlatas e inseparáveis. O colégio, no entanto, não é um sistema que une, de um lado, as pessoas que o compõem, e, de outro, o que elas irão formar e manifestar: é, na verdade, uma unidade que expressa as razões da coexistência e do sistema em que as pessoas individualmente são organizadas e onde as vontades singulares se fundem; é uma unidade que institui, em si mesma, um sistema, que antecede e independe das pessoas e de suas vontades. Entendida dessa forma, a organização colegiada é uma organização deliberante, ou seja, uma reunião de pessoas, instituída e ordenada para manifestar – através de um processo especial, regido por princípios especiais – uma deliberação, que é o resultado das singulares vontades individuais” (Nas palavras do doutrinador: *A nostro avviso, il collegio consiste in una riunione di persone che formano e manifestano una deliberazione, cioè, un atto che ha un procedimento di formazione (proposta, discussione, voto), regolato da speciali principi [...]. Collegio e deliberazione sono due nozioni correlative ed inscindibili. Il collegio, però, non è un sistema che unifica, da un lato le persone che lo compongono, dall'altro le volontà che queste formano e manifestano: è invece una unità che esprime le ragioni della coesistenza e del sistema in cui le singole persone si organizzano e le singole volontà si fondono; è una unità che pone, essa stessa, il sistema, ed è antecedente e indipendente e dalle persone e dalle volontà, pur comprendendo le une e le altre. Così inteso, il collegio è organizzazione: organizzazione deliberante; cioè riunione di persone, istituita ed ordinata allo scopo di manifestare - attraverso un particolare procedimento, retto da speciali principi - una deliberazione, che sia la risultante delle singole volontà individuali).*

República e de Defesa Nacional sobre a intervenção (violação das regras insertas nos arts. 90, I, e 91, § 1º, II, da Carta de 1988) e na transgressão, por parte do Presidente da Câmara dos Deputados, de norma regimental que prevê a manifestação da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania dessa Casa do Congresso Nacional.

Posteriormente, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ainda ajuizou, em 14 de março de 2018, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5915 para questionar a constitucionalidade do Decreto nº 9.288/2018. Defendeu o cabimento da ação pela natureza de ato normativo autônomo do decreto impugnado, por retirar fundamento de validade diretamente da Constituição Federal. Alegou, outrossim, dentre outros argumentos, que o ato normativo ofendeu as regras insertas nos arts. 90, I, e 91, § 1º, II, da Carta de 1988, pois a oitiva dos Conselhos da República e de Defesa Nacional ocorreu após a decretação da medida interventiva, em 19 de fevereiro de 2018.

O Mandado de Segurança nº 35.537 foi distribuído à relatoria do Ministro Celso de Mello que, em 19 de fevereiro de 2018, às 22h55min, considerou ser o requerente parte legítima para a impetração, por ser membro do Congresso Nacional e, assim, dispor de legitimidade ativa *ad causam* para provocar a instauração do controle jurisdicional referente ao processo de formação das espécies normativas, como os decretos legislativos, as leis ou, até mesmo, as próprias emendas à Constituição, assistindo-lhe direito subjetivo de impedir que o Poder Legislativo, no exercício de sua competência institucional, incida em desvios inconstitucionais²⁵⁰.

O pedido liminar da impetração, contudo, foi indeferido. Entendeu o Ministro Celso de Mello, ao observar que os Conselhos da República e de Defesa Nacional haviam sido ouvidos na data da impetração (19/02/2018), que não há exigência constitucional de que esses órgãos se manifestem previamente à edição do decreto de intervenção, inclusive porque seus pronunciamentos não são vinculantes²⁵¹. Por outro lado, quanto à alegação

²⁵⁰ O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido que a mencionada legitimidade ativa para a impetração de mandado de segurança concerne unicamente aos congressistas, que dispõe de direito subjetivo à correta observância das cláusulas que compõem o devido processo legislativo. Nesse sentido: STF, MS nº 20.257, redator para o acórdão Ministro MOREIRA ALVES; STF, MS nº 27.971, relator Ministro CELSO DE MELLO; STF, MS nº 31.816-AgR-MC, redator para o acórdão Ministro TEORI ZAVASCKI; e, STF, MS nº 31.832-MC, Relator Ministro LUIZ FUX.

²⁵¹ Nesse sentido se manifestam GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, p. 1331): “Não há por que, em caso de evidente urgência, exigir que a consulta seja prévia, já que as opiniões não são vinculantes e não perdem objeto nas intervenções que se prolongam no tempo, podendo mesmo sugerir rumos diversos dos que inicialmente adotados no ato de intervenção”. Em sentido oposto, ALEXANDRE DE MORAES (2022, p. 392): “Nas hipóteses de intervenções espontâneas, em que o Presidente da República verifica a ocorrência de determinadas hipóteses constitucionais permissivas da intervenção federal (CF, art. 34, I, II, III, V), ouvirá os Conselhos da República (CF, art. 90,

de transgressão da norma regimental, esclareceu tratar-se de controvérsia fundada em aspectos de estrita regimentalidade, insuscetíveis de controle jurisdicional ante o princípio da separação de poderes²⁵².

Quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5915, foi distribuída à relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que adotou o procedimento abreviado previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999.

Posteriormente, tanto o Mandado de Segurança nº 35.537 quanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5915 foram julgados prejudicados por superveniente perda de seus objetos (RISTF, art. 21, IX), uma vez que ocorrido o termo prefixado da intervenção em 31 de dezembro de 2018).

C) Inconstitucionalidade formal por vícios de excesso ou abuso de forma:

Quanto à inconstitucionalidade formal decorrente do excesso ou abuso de forma, ocorre quando um ato administrativo normativo cujo procedimento de elaboração é mais rígido ou solene, disciplina também matérias que deveriam integrar ato administrativo normativo mais simples, estranhas ao seu conteúdo, sem explicitamente assim identificá-las no corpo do texto.

A respeito, exemplificando com uma hipótese de inconstitucionalidade formal de lei, preleciona CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 154):

Um acto padece de um defeito de excesso de forma quando é submetido, sem necessidade, a um título mais solene ou uma tramitação produtiva mais

I) e o de Defesa Nacional (CF, art. 91, § 1º, II), que opinarão a respeito. Após isso, poderá discricionariamente decretar a intervenção no Estado-membro” (também nessa linha, ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI (1994, p. 128).

²⁵² Nesse sentido: “Mandado de segurança que visa a compelir a Presidência da Câmara dos Deputados a acolher requerimento de urgência-urgentíssima para discussão e votação imediata de projeto de resolução de autoria do impetrante. – Em questões análogas à presente, esta Corte (assim nos MS 20.247 e 20.471) não tem admitido mandado de segurança contra atos do Presidente das Casas Legislativas, com base em regimento interno delas, na condução do processo de feitura de leis. Mandado de segurança indeferido” (STF, MS 21.374/DF, Relator Ministro MOREIRA ALVES); “[...] 8. Não cabe, no âmbito do mandado de segurança, também discutir deliberação, ‘interna corporis’, da Casa Legislativa. Escapa ao controle do Judiciário, no que concerne a seu mérito, juízo sobre fatos que se reserva, privativamente, à Casa do Congresso Nacional formulá-lo. 9. Mandado de segurança indeferido” (STF, MS 23.388/DF, Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA); e, “CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS DO PODER LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. ATO ‘INTERNA CORPORIS’: MATÉRIA REGIMENTAL. – Se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato ‘interna corporis’, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo. II. – Mandado de Segurança não conhecido” (STF nº MS 24.356, Relator Ministro CARLOS VELLOSO).

exigente do que aquela que, em razão do seu conteúdo, careceria para a sua edição, dela decorrendo consequências jurídicas no plano operativo. Assim, quando uma lei reforçada pelo procedimento, como uma lei orgânica, disciplina concomitantemente áreas do domínio legislativo ordinário simples, e não identifica a natureza jurídica comum destas últimas (ou o valor reforçado das restantes), enferma de inconstitucionalidade por excesso ou abuso de forma²⁵³.

Essas disposições estranhas à espécie normativa ou ao conteúdo do diploma onde veiculadas são conhecidas, entre nós, especialmente quando relacionadas às leis orçamentárias, como normas parasitárias, intrusas, fugitivas, normas-jabutis, jabutis legislativos, caudas orçamentárias, boleias orçamentais, orçamentos rabilongos. Na doutrina estrangeira, são chamadas de *cavaliers legislatifs ou cavaliers budgetaires* (França), *leyes ómnibus ou leyes chorizo* (Espanha), *riders* (Estados Unidos), *trackings* (Reino Unido) ou *Bepckung* (Alemanha)²⁵⁴.

Uma norma parasitária, segundo a lição de CARLOS BLANCO DE MORAIS (2001, p. 406), “ocorre em toda lei que, disciplinando uma determinada matéria que se configura como seu objecto imediato acaba por transportar, simultaneamente, no respectivo preceituado, normas anódinas ou estranhas ao referido objecto”.

E prossegue o referido autor (2001, p. 407):

Se o fenómeno descrito ofende, na generalidade, as exigências de certeza jurídica do ordenamento, ele gera na especialidade patologias agravadas na ofensa a esses e a outros valores, quando pressupõe a presença, de normas de diferente hierarquia ou valor normativo, no mesmo acto legislativo, sem que este identifique o diferencialismo de estatuto jurídico existente entre as mesmas.

Quanto às leis orçamentárias, para evitar essa manobra legislativa, desde 1926 o ordenamento jurídico brasileiro conta com normas para observância do princípio da exclusividade orçamentária. Como explica EBER ZOEHLER SANTA HELENA (2003, p. 38),

²⁵³ Esclarece ALEX HENNEMANN (2007, p. 19) que “na França, existe uma hierarquia entre as leis orgânicas e as leis ordinárias, em razão do procedimento reforçado daquelas. Por conseguinte, as leis orgânicas estão incluídas num ‘bloco de constitucionalidade’, e dessa maneira as leis ordinárias que violem os seus preceitos são inconstitucionais. [...] Em contrapartida, existe um controle de constitucionalidade prévio realizado pelo legislador e pelo Conselho Constitucional, no intuito de identificar na lei orgânica os dispositivos ordinários. Caso isso não ocorra antes da entrada em vigor da lei, tais normas legais se beneficiam disso e somente podem ser revogadas por outra lei orgânica”.

²⁵⁴ Nesse sentido: JOSÉ MAURÍCIO CONTI e FERNANDO FACURY SCAFF (2011, p. 94); EBER ZOEHLER SANTA HELENA (2003, p. 39); PIEDAD GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (2010, p. 60); e, PAULO EDUARDO GARRIDO MODESTO (“Abuso no processo legislativo e poder de veto: o caso Eletrobras”, disponível em < <https://www.conjur.com.br/2021-jul-29/interesse-publico-abuso-processo-legislativo-poder-veto-eletrobras> > Acesso em 03.12.2022).

a introdução em nosso ordenamento do princípio da exclusividade, ou da pureza orçamentária, possui motivos históricos particulares que devem ser examinados à luz do contexto em que foram concebidos e positivados.

O princípio limita o conteúdo da lei orçamentária, restringindo o legislador, impedindo que nela se incluam normas pertencentes a outros campos jurídicos, como forma de se tirar proveito de um processo legislativo mais rápido.

REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (2014, p. 597) leciona que o princípio da exclusividade, “significa que não pode o texto da lei orçamentária instituir tributo, por exemplo, nem qualquer outra determinação que fuja às finalidades específicas de previsão de receita e fixação da despesa”.

De fato, era prática corriqueira, na Primeira República, inserir nas leis orçamentárias, normas estranhas ao seu conteúdo, como verbas de gabinete de parlamentares, criação de cargos públicos etc.

Como ressaltam JOSÉ MAURÍCIO CONTI e FERNANDO FACURY SCAFF (2011, p. 94), “esse hábito dava origem às ‘caudas orçamentárias’, definida por Aliomar Baleeiro como ‘dispositivo de lei, no sentido material, sobre os mais variados assuntos estranhos às finanças.’ Rui Barbosa apelidava essa prática de ‘orçamentos rabilongos’”.

Como o Presidente da República, nessa época, não podia vetar parcialmente projeto de lei²⁵⁵, ficava premido entre aprovar o orçamento com os “rabilongos”, ou vetá-lo integralmente e, assim, inviabilizar toda a sua administração.

Diante desse panorama político, a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 pela primeira vez estabeleceu o princípio da exclusividade, ao regram que “as leis de orçamento não podem conter disposições estranhas à previsão da receita e à despesa fixada para os serviços anteriormente criados” (art. 34, § 1º).

Atualmente, a Constituição de 1988 prevê, na norma inserta em seu art. 165, § 8º, que “a lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à

²⁵⁵ Com efeito, a Constituição do Império de 1824 e a redação original da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 não mencionavam sequer a palavra “veto” em seus textos. O veto total de projeto de lei, no entanto, já era possível sob a égide de ambas as Cartas Políticas. Com efeito, a Constituição Imperial de 1824 estabelecia que, concluído o projeto de lei no parlamento, era enviado ao Imperador para sanção (art. 63), no prazo de um mês (art.66), podendo, contudo, o Imperador negá-la expressa (art. 64) ou tacitamente (permanecia em silêncio durante o período – art. 67, primeira parte). Negada a sanção, o que equivalia a um veto, o projeto de lei ficava suspenso por prazo indeterminado (art. 65, primeira parte), mas, se fosse reapresentado nas duas legislaturas seguintes, nos mesmos termos, era considerado aprovado (art. 65, *in fine*, e art. 67, *in fine*). Já a redação original da Constituição de 1891 estabelecia que o Presidente da República podia sancionar ou negar sanção (portanto, vetar integralmente) o projeto de lei que lhe fora encaminhado pelo Poder Legislativo no prazo de dez dias (redação original do art. 37, § 1º). O silêncio importava em sanção tácita (art. 37, § 2º). O veto total podia ser derrubado, mas somente com a obtenção dos votos de dois terços dos membros da Câmara e do Senado, separadamente (art. 37, § 3º).

fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei”.

Sobre a norma constante na Carta de 1988, exemplifica FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI (2021, pp. 33 e 34):

[...] está proibida a utilização de uma lei orçamentária para que ali “escondam-se” assuntos diversos da orçamentação pública, ao declarar-se por exemplo, em determinado artigo da lei anual de orçamento a necessidade pública de um imóvel particular qualquer com vistas à sua desapropriação futura mediante o pagamento de indenização ao proprietário, ou ainda esconder-se em dispositivo normativo anexo à lei orçamentária a flexibilização da obrigatoriedade de licitação para determinado tipo de compra pretendida pela Administração Pública, o que pode inclusive implicar em ampliação indevida do rol de casos de dispensa de licitação por parte do Ente contratante ao arrepio da legislação de regência do procedimento licitatório.

Conclusivamente, o Princípio da exclusividade da matéria orçamentária traz como decorrência a vedação de que os textos de todas as espécies de leis de orçamentos, tenham elas vigência por apenas um ano ou para período mais longo como os planos plurianuais, contemplem conteúdo estranho ao orçamento público, cujo descumprimento causa inevitavelmente a inconstitucionalidade material dos dispositivos que contenham tais matérias estranhas à orçamentação, invalidando-os assim na origem.

A Emenda Constitucional de 3 de setembro 1926, diga-se, também introduziu no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade do veto parcial de projetos de lei, permitindo que o Chefe do Executivo não aprovasse mais os textos das leis orçamentárias acrescidos das “caudas” por completo. A partir de então, permitiu-se ao Presidente da República vetar trechos do projeto de leis orçamentárias, não ficando mais ele premido pela necessidade de suas aprovações integrais, com emendas de conteúdos estranhos, para viabilizar sua própria governabilidade^{256 257}.

²⁵⁶ A EC nº 3/1926 alterou a redação original do parágrafo 1º do art. 37 da Primeira Constituição Republicana de “se, porém, o Presidente da República o julgar inconstitucional ou contrário aos interesses da Nação, negará sua sanção, dentro de dez dias úteis, daquele em que recebeu o projeto, devolvendo-o nesse mesmo, prazo à Câmara, onde ele se houver iniciado, com os motivos da recusa” para “quando o Presidente da República julgar um projecto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrario aos interesses nacionaes, o vetará, total ou parcialmente, dentro de dez dias uteis, a contar daquelle em que o recebeu, devolvendo, nesse prazo e com os motivos do veto, o projecto, ou a parte vetada, á Camara onde elle se houver iniciado”, incorporando no ordenamento jurídico brasileiro, a partir dela, assim, a possibilidade do veto parcial (inclusive, obviamente, das leis orçamentárias).

²⁵⁷ Nesse sentido, explica MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (2012, pp. 244 e 245): “o veto parcial, tal qual o rege o nosso Direito, é uma originalidade brasileira. Foi adotado em nosso Direito federal pela primeira vez na reforma constitucional levada a cabo em 1926, tendo como precedentes Constituições Estaduais brasileiras e americanas, especialmente. Sua criação visava a atender a uma necessidade universalmente sentida, qual seja a de dar meios ao Executivo de expungir, dos textos legislativos, excrescências, ‘pingentes’ ou ‘caudas’, como se usava chamá-los, acrescentados, maliciosamente durante a deliberação parlamentar. Tais *riders*, pois é assim que os autores americanos os denominam, são disposições que, nada tendo que ver com a matéria regulada no projeto, são nele enxertadas para que o Presidente tenha de aceitá-las, se não quiser fulminar todo o projeto. De fato, é ele posto no dilema de vetar

Ressalte-se que, apesar da Constituição de 1988 também prever o veto presidencial parcial (CF, art. 66, § 1º), a manutenção explícita no seu texto do princípio da exclusividade (CF, art. 165, § 8º) não deixa dúvida quanto à possibilidade de controle judicial da constitucionalidade de conteúdo destoante dos objetos das leis orçamentárias, observado que pode haver anuência (ou mesmo ignorância) do Chefe do Executivo com normas parasitárias nelas contidas, com sanção integral dos projetos de lei que lhe foram apresentados, cuja tramitação é normalmente mais célere que dos outros e, portanto, suscetível de menor discussão e fiscalização no âmbito do próprio Poder Legislativo²⁵⁸.

Com efeito, desde o julgamento, em 19 de dezembro de 2003, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2925, da relatoria da Ministra Ellen Gracie (vencida), figurando como redator do acórdão o Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal tem admitido o controle abstrato de constitucionalidade de normas inseridas nas leis orçamentárias que destoem do conteúdo específico desses diplomas normativos²⁵⁹.

No que tange, contudo, às normas estranhas apenas à espécie normativa em que veiculadas, mas ligadas ao seu conteúdo principal, especialmente aquelas que deveriam

todo o projeto, que pode ser de alta relevância e urgência, ou sancioná-lo, sancionando, *ipso facto*, disposições inconvenientes que, consubstanciadas num projeto isolado, seriam inexoravelmente fulminadas pelo veto. Os *riders* constituem, pois, uma forma sutil de chantagem política, contra a qual, inexistindo o veto parcial, está desarmado o Presidente. O seu terreno preferido é o projeto de lei orçamentária, onde as adjunções estão quase certamente garantidas pela importância do principal”.

²⁵⁸ Nesse sentido é a lição de OSVALDO SANCHES (1997, p. 109). GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, pp. 2368 e 2369), a respeito, afirmam: “As leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA), em que pese não terem sido previstas no art. 59, da Constituição de 1988, como espécies legislativas específicas, só a muito custo podem ser equiparadas às leis ordinárias, desconhecendo-se as peculiaridades que as separam. Prazos, conteúdo, iniciativa e procedimento fazem das leis orçamentárias um capítulo à parte no contexto do processo legislativo brasileiro. No tocante ao processo legislativo aplicável ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual, o art. 166 da Constituição Federal estabelece que os respectivos projetos serão examinados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum”.

²⁵⁹ A jurisprudência anterior do Pretório Excelso entendia totalmente incabível o controle abstrato de leis orçamentárias, por serem leis formais, de efeitos concretos. Na ADI nº 2.925, “a orientação tradicional do STF [foi] questionada diante de disposição contida em lei de diretrizes orçamentárias que, no tocante à destinação de recursos decorrentes de CIDE, permitia a abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação prevista no art. 177, § 4º, da Constituição Federal. A decisão considerou que, embora contidas em diplomas orçamentários, os dispositivos questionados tinham os atributos de abstração e generalidade exigidos pelo STF e, portanto, seriam passíveis de análise em ADI” (GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, p. 2376). Cumpre ainda dizer que, a partir do julgamento da medida cautelar da ADI nº 4.048, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 14 de maio de 2008, houve completa revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para admitir o controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias independentemente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto, desde que haja um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato. Esse posicionamento se mantém até os dias atuais, como pode ser constatado no julgamento da ADI nº 7073, relator Ministro ANDRÉ MENDONÇA, pelo Tribunal Pleno do STF, em 26/09/2022.

ser objeto de lei ordinária, mas são editadas por lei complementar, a posição do Supremo Tribunal Federal é diversa, não reconhecendo a Alta Corte a inconstitucionalidade formal dessas disposições.

Com efeito, a lei ordinária é a espécie básica da ordem normativa legislativa. Em regra, ela regula, por normas gerais e abstratas, matérias que não estão sob reserva de disciplina de outras espécies normativas, atuando, pois, em uma esfera residual.

Já a lei complementar destina-se a disciplinar matérias explicitamente mencionadas nas normas que integram o bloco de constitucionalidade, relativas a temas em que o constituinte (originário ou reformador) considerou terem uma importância maior e, por isso, não deverem se sujeitar a mudanças ocasionais, merecendo maior estabilidade, porém sem necessidade de engessamento tão intenso que ocorreria com sua inserção no texto constitucional.

As regras de iniciativa e votação dos projetos de leis ordinárias e complementares são mais tênues do que aquelas previstas para as emendas constitucionais, a revelar um nível de exigibilidade de aprovação política inferior para suas elaborações, observado, de toda sorte, que a Constituição exige quórum mais elevado de votação para as leis complementares.

Conforme a disposição contida no art. 61, *caput*, da Carta de 1988, a iniciativa das leis ordinárias e das leis complementares cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos²⁶⁰.

Quanto ao quórum, os projetos de leis ordinárias devem contar, para aprovação, com o voto, em cada uma das Casas Legislativas do Congresso Nacional, em único turno, da maioria simples dos seus membros [presente a maioria absoluta dos componentes da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o projeto é aprovado com o voto da maioria dos presentes (CF, art. 47)], admitindo-se ainda a Constituição, votação somente no âmbito das comissões constituídas nas Casas Congressuais (de Constituição e Justiça e Temáticas), na forma de seus regimentos internos (CF, art. 58, § 2º, I). Em relação às leis

²⁶⁰ A iniciativa popular está regulada na regra prevista no parágrafo 2º do art. 61, da Constituição Federal, podendo ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

complementares, há mudança apenas na exigência do número mínimo de votos para a sua aprovação, pois a norma inserta no art. 69 da Carta de 1988 determina que sejam aprovadas sempre pela maioria absoluta.

Se aprovado o projeto de lei ordinária ou complementar no Congresso Nacional, ainda há necessidade de deliberação sobre seu teor pelo Presidente da República, que pode sancioná-lo ou vetá-lo, total ou parcialmente, por inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público (CF, art. 66, *caput* e § 1º). O silêncio, decorridos quinze dias, importará sanção tácita (CF, art. 66, § 3º). Na hipótese de veto, a matéria será apreciada novamente pelo Congresso Nacional que, em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, podendo rejeitar o veto pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores (CF, art. 66, § 4º).

Como ensina ALEXANDRE DE MORAES (2022, pp. 755 e 756), “a existência da participação do Poder Executivo, além dos casos de iniciativa, nesta fase da feitura das leis, justifica-se pela ideia de inter-relacionamento entre os Poderes do Estado, com a finalidade de controles recíprocos”.

Cumprindo observar, como ressalta ERNEST BARKSDALE FINCHER (1955, pp. 91 e 92), que a participação do Presidente da República no processo legislativo das leis ordinárias e complementares de maneira formal (por vezes, na fase de iniciativa, e necessariamente, na fase final) ou puramente política (ante a posição de liderança que ocupa na Nação, o peso do seu poder político e a sua influência no eleitorado e em razão de contar, no Poder Executivo, com corpos técnicos especializados em várias áreas para orientar os congressistas) permite que ele exerça forte influência sobre os rumos da legislação²⁶¹, sem embargo do risco político que corre quando não obtém apoio popular contra o Congresso²⁶².

²⁶¹ A observação, inclusive, também vale para o processo de elaboração de emendas constitucionais (ainda que não delibere formalmente o Presidente da República ao final dele, não o sancione ou vete) e de outras espécies normativas legislativas.

²⁶² Afirma ERNEST BARKSDALE FINCHER (1955, pp. 91 e 92): *The messages which the President delivers to Congress and the frequent conferences he holds with its leaders give the Chief Executive considerable influence over legislation. There is another field in which the President and his chief officers make their weight felt. This is in the preparation of the laws submitted to Congress. In recent years a very large portion of the measures introduced into the House of Representatives and the Senate originated in some office in the executive department. This has come about because of the increasing number of complicated problems with which Congress must deal. Few Representatives and Senators have the time or the knowledge to prepare bills dealing with television, atomic energy, agricultural research, and thousands of other aspects of a highly technical civilization. They must rely upon experts in the field, most of whom are in the executive department. Congress debates, changes, and finally accepts or rejects the measures. The influence of the President and his aides is always felt, however. The Chief Executive sometimes exerts pressure upon Congress by direct appeals to the American people. This may be explained by calling*

Diante desse quadro, verifica-se que a única diferença no processo de produção das leis ordinárias e complementares é o quórum para aprovação dos no Congresso Nacional: maioria simples para as leis ordinárias; maioria absoluta para as leis complementares²⁶³.

Assim, decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 23 de maio de 2006, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 419.629, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, na esteira dos pensamentos de GERALDO ATALIBA (1971, p. 36), JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (1975, p. 26), SACHA CALMON NAVARRO COELHO (2005, p. 105) e HUBERTO ÁVILA (2004, P. 133) que, se algum assunto que

attention to the fact that the President is the only person entitled to speak in the name of the nation. Representatives are elected by the people in a district, and Senators by the voters of a state, but the President is chosen by the people of the United States. He speaks with an authority which not even the most respected Senator can match. Furthermore, the President has access to radio and television facilities which no other person can command. Thus, the President may arouse public opinion by appealing to the people of the United States, asking them to demand certain laws. Congressmen feel the full weight of the President's power because he has mobilized millions of voters who rally to this support. The congressman who hopes to be reelected thinks twice before he votes against the President's wishes. Nevertheless, when the President appeals to the people to support him against Congress, he runs a grave risk. If he fails to win popular backing, the congressmen who oppose him are benefited. [...] The Chief Executive has the right to say "please" to Congress, meaning that he may recommend laws. He may say "yes", meaning that a measure becomes law with his signature. He can also say "no", meaning that he may veto legislation. In other words, he may disapprove bills passed by Congress and return them to the legislature with his objections. ("As mensagens que o Presidente transmite ao Congresso e as frequentes conferências que mantém com os seus líderes conferem ao Chefe do Executivo uma influência considerável sobre a legislação. Há outro campo em que o Presidente e seus principais assessores fazem sentir seu peso. A elaboração das leis submetidas ao Congresso. Nos últimos anos, grande parte das medidas introduzidas na Câmara dos Deputados e no Senado teve origem em algum cargo do Executivo. Isso ocorreu devido ao crescente número de problemas complicados com os quais o Congresso deve lidar. Poucos deputados e senadores têm tempo ou conhecimento para preparar projetos de lei que tratam de televisão, energia atômica, pesquisa agrícola e milhares de outros aspectos de uma civilização altamente técnica. Eles devem contar com especialistas na área, muitos dos quais estão no departamento executivo. O Congresso debate, modifica e finalmente aceita ou rejeita as medidas. A influência do Presidente e seus assessores é sempre sentida, no entanto. O Chefe do Executivo às vezes exerce pressão sobre o Congresso por meio de apelos diretos ao povo americano. Isso pode ser explicado chamando a atenção para o fato de que o Presidente é a única pessoa autorizada a falar em nome da nação. Os representantes são eleitos pelo povo de um distrito e os senadores pelos eleitores de um estado, mas o Presidente é escolhido pelo povo dos Estados Unidos. Ele fala com uma autoridade que nem mesmo o senador mais respeitado pode igualar. Além disso, o Presidente tem acesso a instalações de rádio e televisão que nenhuma outra pessoa pode comandar. Assim, o Presidente pode despertar a opinião pública apelando ao povo dos Estados Unidos, pedindo-lhe que exija certas leis. Os congressistas sentem todo o peso do poder do Presidente porque ele mobilizou milhões de eleitores que se unem a esse apoio. O deputado que espera ser reeleito pensa duas vezes antes de votar contra a vontade do Presidente. No entanto, quando o Presidente apela ao povo para apoiá-lo contra o Congresso, corre um grave risco. Se ele não conseguir o apoio popular, os congressistas que se opõem a ele são beneficiados. [...] O Chefe do Executivo tem o direito de dizer "por favor" ao Congresso, o que significa que ele poderá recomendar leis. Ele também pode dizer "sim", significando que um projeto se torna lei com sua assinatura. Ele também pode dizer "não", o que significa que pode vetar a legislação. Em outras palavras, ele pode desaprovar projetos de lei aprovados pelo Congresso e devolvê-los ao Legislativo com suas objeções").

²⁶³ Esse quórum, saliente-se, sequer será diferente se presentes, por ocasião da votação, todos os membros da Casa Legislativa (Câmara dos Deputados ou Senado), pois, nessa hipótese, a formação da maioria simples dependerá do mesmo número de votos exigidos para a maioria absoluta.

poderia ser tratado por lei ordinária for moderado por lei complementar, será válido o regramento e nada impede que, posteriormente, ele seja alterado por lei ordinária, malgrado a necessidade de quórum menor para sua aprovação²⁶⁴. A disciplina de matéria afeta à lei complementar por lei ordinária, contudo é formalmente inconstitucional²⁶⁵.

Por todos os doutrinadores citados, cabe mencionar a percuciente lição de GERALDO ATALIBA (1971, p. 36):

A lei ordinária pode perfeitamente dispor sobre qualquer matéria não reservada à lei complementar, inclusive derogando a espécie normativa, neste campo. É que a lei complementar, fora de seu campo específico – que é aquele expressamente estabelecido pelo constituinte – nada mais é do que lei ordinária. A natureza das normas jurídicas – em sistemas positivos como o nosso, objeto de quase exaustivo tratamento constitucional – é dada conjuntamente pela forma (no caso, de elaboração) e pelo conteúdo. Este sem aquela não configura a entidade, da mesma maneira que aquela sem este. Só há lei complementar válida e eficaz, quando ocorrem os dois elementos citados para configurá-la.

Faltando qualquer deles, não se tem a espécie. Na ausência de forma, não há lei complementar, nem nada. É nulo o ato. É nenhum.

Na falta de conteúdo o ato é existente, é válido, é norma mas não tem a eficácia própria da espécie: é mera lei ordinária.[...]

Efetivamente, se possível fora impedir à lei ordinária a disciplina de certa matéria, porque esta foi objeto de lei complementar, estar-se-ia modificando a Constituição, na parte em que, ao cuidar do processo legislativo, trata do quórum para deliberação.

Seria o mesmo que exigir quórum qualificado para aprovação de matéria própria de lei ordinária.

Importaria restringir os poderes normais do Congresso, contrariando a Constituição.

Em sentido oposto, não menos sagaz é a posição de HUGO DE BRITO MACHADO (2007, pp. 87 a 102):

A rigor, não há na vigente Constituição qualquer norma, ou princípio, que expressa ou implicitamente autorize a conclusão de que a lei complementar somente pode cuidar das matérias a estas reservadas. É certo que existem normas, na Constituição, que tornam determinadas matérias privativas de lei complementar, o que é coisa rigorosamente diversa.

²⁶⁴Segue trecho da ementa do acórdão: “[...] 1. A norma revogada - embora inserida formalmente em lei complementar - concedia isenção de tributo federal e, portanto, submetia-se à disposição de lei federal ordinária, que outra lei ordinária da União, validamente, poderia revogar, como efetivamente revogou. 2. Não há violação do princípio da hierarquia das leis - *rectius*, da reserva constitucional de lei complementar - cujo respeito exige seja observado o âmbito material reservado pela Constituição às leis complementares. [...]” (STF, RE 419629, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006).

²⁶⁵ Discute-se na doutrina, inclusive, se a lei ordinária está ou não subordinada à lei complementar. MICHEL TEMER (2006, p. 142)²⁶⁵ e GILMAR MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, pp. 1484 e 1485)²⁶⁵, por exemplo, pensam que não. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (2012, p. 270 e ALEXANDRE DE MORAES (2022, pp. 766 e 767) entendem que a Constituição contempla essa hierarquia.

Realmente, a existência de um campo de reserva de lei complementar não quer dizer que não possa uma norma dessa espécie cuidar de outras matérias. Pode, sim, e deve, o legislador, adotar a forma de lei complementar para cuidar não apenas das matérias a este reservadas pelo constituinte, mas também de outras, às quais deseje imprimir maior estabilidade, ao colocá-las fora do alcance de maiorias ocasionais, ou até dos denominados acordos de lideranças.

Não se diga que a existência de dispositivos da Constituição, asseverando que a lei complementar cuidará de tal matéria, implica vedação ao trato de matéria diversa. Não implica. Basta ver-se que alguns dispositivos da Constituição reportam-se a lei, sem qualificação, e isto não quer dizer que só a lei ordinária possa cuidar daquelas matérias.

Ressalte-se que a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, ao dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, conforme dispõe o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, determina, na regra inserta em seu art. 7º, que “o primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação” (*caput*), devendo ser observado que “excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto” (inc. I) e que “a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão” (inc. II).

Por esses motivos, quanto ao reconhecimento de inconstitucionalidades formais decorrentes do excesso ou abuso de forma em razão da constatação da presença de normas intrusas nos diplomas legislativos, com suporte na lição de CARLOS BLANCO DE MORAIS (2001, p. 434), conclui ALEX HENNEMANN (2007, p. 13) que

Portanto, existe um duplo tratamento dispensado às normas parasitárias; o primeiro diz respeito àquelas leis que materializam mandamentos desconectados com seu objeto principal. Neste caso, e isso acontece geralmente nas leis orçamentárias, há todo um aparato legal adequado para repugnar essas exorbitâncias que são verdadeiros atentados à boa técnica legislativa, principalmente por frustrar a necessidade premente de informação dos destinatários do ato normativo.

Já no que concerne às normas intrusas, que adquiriram este atributo em razão da hierarquia legislativa, o órgão de cúpula da Justiça brasileira tem sido complacente com estes desvios do legislador, estabelecendo que a norma legal poderá ser alterada por uma lei inferior, em que pese ter sido incluída no ordenamento jurídico por uma lei superior, desde que a matéria em questão, originariamente, tivesse de ser tratada por uma lei ordinária; esse é o posicionamento já sedimentado.

Sobre esse ponto em especial, no caso tupiniquim, é possível que o legislador tenha um poder discricionário exagerado nas mãos, pois fica a seu critério (até resposta judicial obviamente) a decisão do que é matéria reservada à Lei Ordinária e o que é de competência da Lei Complementar, o que pode ocasionar grave insegurança jurídica se se reconhecer que um quórum legislativo reduzido pode revogar ou modificar um ato legislativo aprovado pela maioria absoluta do parlamento.

Consequentemente, para que o princípio da segurança jurídica seja resguardado, é esperado do legislador que identifique as normas ordinárias que forem disciplinadas por meio de leis de procedimento reforçado. “Essa omissão identificativa conduz a que a sua externalização seja envolvida num valor e numa força aparentes, de carácter superior à que corresponde ao seu objecto constitucional”.

Passadas todas essas lições para o âmbito dos atos administrativos normativos, pode-se vislumbrar hipóteses de vícios de inconstitucionalidade formal decorrentes de excesso ou abuso de forma, em razão da veiculação de disposições estranhas (normas parasitárias) divorciadas do conteúdo de um diploma administrativo normativo cujo procedimento de elaboração é mais rígido ou solene, sem explicitamente assim identificá-las no corpo do texto.

Cumprido de pronto observar que, na esfera infraconstitucional, o Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017, visando regulamentar a aplicação das disposições da Lei Complementar nº 95/1998 no âmbito federal, estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado e reza, nas normas insertas em seu art. 7º, que o ato normativo (inclusive o administrativo, como o decreto) deve, no primeiro artigo do seu texto indicar, quando necessário, o seu objeto e o seu âmbito de aplicação (*caput*), delimitando as hipóteses abrangidas e as relações jurídicas às quais o referido ato se aplica (§ 1º), não podendo conter matéria estranha ao objeto ao qual visa disciplinar (§ 2º, I) ou não vinculada a ele por afinidade, pertinência ou conexão (§ 3º).

Atos administrativos normativos formalmente inconstitucionais, contudo, conforme já exposto, são aqueles que, apesar de encontrarem seu fundamento de validade diretamente na Constituição, contêm vício de forma reclamada pela Carta Política.

Maior dificuldade, pois, há em constatar situações de inconstitucionalidade formal de ato administrativo normativo decorrentes do excesso ou abuso de forma.

Um exemplo, contudo, pode ilustrar essa possibilidade, ainda que de rara ocorrência.

Como anteriormente exposto, para a intervenção federal espontânea, ou seja, aquela determinada de ofício pelo Presidente da República após ouvidos os Conselhos da República e de Defesa Nacional nas hipóteses de necessidade de manutenção da integridade nacional, repulsa de invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra, por termo a grave comprometimento da ordem pública ou reorganização das finanças da unidade da Federação (em razão de suspensão do pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos ou devido à não entrega, nos prazos legais, de receitas tributárias aos Municípios e receitas), há necessidade de expedição de um decreto que deverá especificar a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se

couber, nomeie o interventor. Referido decreto deverá, outrossim, ser submetido à apreciação do Congresso Nacional, no prazo de vinte e quatro horas (CF, art. 36, §1º).

Nessa trilha, quando da decretação da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, o Decreto nº 9.288/2018 limitou a medida temporalmente até 31 de dezembro de 2018 (art. 1º, *caput*) e, no espaço, à área de segurança pública daquela unidade da federação (art. 1º, § 1º), com o objetivo de pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no referido Estado (art. 1º, § 2º), nomeou pessoa certa para o cargo de interventor (art. 1º, § 2º), definiu que ele exerceria o controle operacional de todos os órgãos estaduais de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro (art. 2º, § 5º) e que poderia requisitar a quaisquer órgãos, civis e militares, da administração pública federal, os meios necessários para consecução do objetivo da intervenção (art. 2º, § 3º) e ainda estabeleceu que outras atribuições não relacionadas direta ou indireta com a segurança pública permaneceriam sob a titularidade do Governador do Estado do Fluminense (art. 2º, § 4º). O Congresso Nacional, como dito, aprovou referido ato presidencial em 20 de fevereiro de 2018, por meio do Decreto Legislativo nº 10.

Suponha-se que, entre as normas contidas no decreto presidencial interventivo, fosse inserida regra aparentemente relacionada com o conteúdo do ato normativo, porque atrelada à área de segurança pública e aos meios necessários para consecução da intervenção, estabelecendo que “A Força Nacional de Segurança Pública poderá ser empregada em qualquer parte do território nacional, mediante solicitação expressa do respectivo Governador de Estado, do Distrito Federal ou de Ministro de Estado”²⁶⁶.

²⁶⁶ O exemplo da norma foi retirado da alteração promovida no art. 4º do Decreto Presidencial nº 5.289, de 29 de novembro de 2004, que disciplina a organização e o funcionamento da administração pública federal, para desenvolvimento do programa de cooperação federativa denominado Força Nacional de Segurança Pública, pelo Decreto Presidencial nº 7.957, de 12 de março de 2013, possibilitando a Ministro de Estado, sem solicitação do Governador da unidade da Federação, requerer o emprego da Força Nacional de Segurança Pública no território do ente federado. A alteração normativa foi impugnada pelo Estado da Bahia perante o Supremo Tribunal Federal na Ação Cível Originária nº 3.427, intentada para compelir a União Federal a retirar de seu território o contingente da Força Nacional mobilizado nas cidades de Prado e Mucuri, com declaração incidental de inconstitucionalidade do modificado art. 4º do Decreto nº 5.289/2004. O Plenário da Suprema Corte, em sede de referendo da medida cautelar, por maioria (ficou vencido apenas o Ministro Roberto Barroso, estando ausente o Ministro Celso de Mello), em 24 de setembro de 2020, manteve-se a ordem dada pelo Ministro Edson Fachin à União para retirar dos municípios mencionados o corpo da Força Nacional de Segurança Pública mobilizado pela Portaria do Ministério da Justiça e da Segurança Pública nº 493, de 1º de setembro de 2020. Segue a ementa do julgado: “REFERENDO DE MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. INTERVENÇÃO EM ESTADO. EMPREGO DA FORÇA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. DECRETO Nº 5.289/2004. NECESSÁRIA ANUÊNCIA DO ENTE FEDERADO. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO. 1. A Força Nacional de Segurança Pública representa programa de cooperação federativa, ao qual podem aderir, por atos formais específicos, os entes Federados. 2. Em juízo de deliberação, a norma inscrita no art. 4º do Decreto nº 5.289/2004, ao autorizar o emprego da Força

Referida disposição, na verdade, apesar da aparência, não tem estreita ligação com o objeto do decreto de intervenção e, na verdade, permitiria, que, em qualquer Estado da Federação (não apenas no Estado do Rio de Janeiro), sem anuência do Governador, por ato de Ministro de Estado, houvesse emprego da Força Nacional de Segurança, o que conflita com o princípio da não intervenção, como regra, da União nos Estados (CF, art. 34, *caput*), viola a autonomia estadual e infringe a disposição contida no art. 241 da Constituição Federal (“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”).

A inserção dessa regra no corpo do decreto de intervenção, exemplificativamente, poderia ter sido motivada pela aprovação que o Congresso Nacional daria ao seu teor ao abonar o ato normativo presidencial como um todo, chancelando, politicamente, seus termos e constringendo o Parlamento a, posteriormente, desdizer-se, para sustar a disposição em sede de posterior controle político de constitucionalidade, na forma do art. 49, V, da Lei Maior. E, mesmo que o Poder Legislativo, ulteriormente, deliberasse nesse sentido, os efeitos de sua decisão não seriam retroativos²⁶⁷.

Nacional de Segurança, em território de Estado-membro, sem a anuência de seu Governador, por mero ato de Ministro de Estado, viola a natureza cooperativa do programa e seu suporte constitucional, conflitando com os art. 34 e 241 da Constituição Federal. Encontra-se preenchido o requisito do *fumus boni iuris*. 3. Em razão da intensa gravidade da quebra do pacto federativo, da possibilidade do uso ilegítimo da força, e do contexto geral de pandemia do vírus Corona, há indícios bastantes de risco da demora da decisão final. 4. Medida cautelar referendada pelo Plenário para que a União retire dos Municípios de Prado-BA e Mucuri-BA o contingente da Força Nacional de Segurança Pública mobilizado pela Portaria nº 493, de 1º de setembro de 2020” (STF, Referendo na Medida Cautelar na ACO nº 3427, relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2020). Ressalte-se que o feito, até 06 de dezembro de 202, ainda não havia sido definitivamente julgado.

²⁶⁷ Nesse sentido é a lição de LUIZ HENRIQUE CASCELLI DE AZEVEDO (2013, p. 1030): “A sustação congressual de atos normativos exorbitantes do poder regulamentar e dos limites da delegação legislativa suspende, *ex nunc*, os efeitos do ato sancionado, que a partir da publicação do decreto legislativo não mais poderão ser aplicados, mas não anula nem revoga o ato questionado. Tem, portanto, a sustação congressual efeitos jurídico-constitucionais, embora, organicamente, se trate de ato de natureza política de controle. O poder congressual, na hipótese do inciso em exame, é ato essencialmente limitado pela Constituição, que determina os fundamentos para seu exercício – exorbitância ou abuso de poder. Não é, todavia, um ato definitivo, muito embora exteriorize uma competência exclusiva do Congresso Nacional. É definitivo, apenas, no sentido de suspender, desde a publicação, a eficácia de atos normativos e de delegação legislativa do executivo. Todavia, tratando-se de ato do processo legislativo, é suscetível do controle jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme já decidiu a respeito o Supremo Tribunal Federal (ADIN 748-3 RS). Assim, o decreto sustatório tem efeitos “suspensivos”, à semelhança do veto presidencial, e é “superável” como este, ainda que a superação se desenvolva no âmbito da jurisdição constitucional. Enquanto não questionado perante o STF produz validamente os efeitos determinados pela Constituição”.

A sugerida norma, portanto, seria parasitária, por não ter relação com o conteúdo do decreto interventivo e, mesmo que fosse aprovada pelo Congresso Nacional, além de ser materialmente inconstitucional, em razão da violação dos preceitos maiores mencionados, também seria formalmente inconstitucional por abuso de forma, uma vez que inserida em ato normativo sem qualquer relação com seu objeto, somente para se aproveitar da maior solenidade a ele inerente.

Quanto à possibilidade de normas administrativas intrusas somente em razão da hierarquia, ou seja, inseridas apenas em um texto mais solene, sem cogitação de desvio de conteúdo, e que podem, eventualmente, ser modificadas por ato administrativo normativo com procedimento menos rigoroso (e, portanto, não haveria inconstitucionalidade formal no primeiro diploma), a hipótese é ainda mais rara.

Com efeito, em relação aos decretos presidenciais, a solenidade exigida nas normas constitucionais para seus aperfeiçoamentos diz respeito sempre a situações específicas e mediante participação do Poder Legislativo na formação dos atos. É o que ocorre na intervenção federal (CF, art. 36, § 1º), na decretação de estado de defesa (CF, art. 136, § 4º) e do estado de sítio (CF, art. 137, caput, e art. 138, § 2º). Logo, não é concebível que o Parlamento, inclusive ante o comprometimento político que lhe possa gerar, anua com um procedimento desnecessário para a edição dos outros decretos presidenciais (os previstos no art. 84, VI, ou no art. 184, § 2º, ambos da Carta Política), aceitando submeter os atos administrativos eventualmente editados a um irrelevante procedimento de aprovação, como os exigidos nas hipóteses de intervenção federal ou decretação de estado de defesa, ou autorizando suas expedições como reclamado para a decretação do estado de sítio. Essas fases legislativas não têm previsão legal ou constitucional no que toca à edição de outros decretos presidenciais (ao contrário da fase de sanção ou veto presidencial, que necessariamente ocorre tanto nos projetos de lei ordinária quanto nos projetos de lei complementar) e, se adotadas, podem ensejar até a impetração de mandado de segurança por parlamentar descontente com o processo adotado.

Pode-se imaginar, no entanto, a hipótese em comento quando observadas as competências constitucionais específicas do Corregedor Nacional de Justiça e do Corregedor Nacional do Ministério Público em cotejo com aquelas dos seus respectivos colegiados.

Tanto o Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 103-B) quanto o Conselho Nacional do Ministério Público (CF, art. 130-A) foram desenhados na Constituição

Federal com estruturas colegiadas. Isso implica que as decisões definitivas desses Conselhos, no âmbito de suas competências [CF, art. 103-B, § 4º (CNJ) e CF, art. 130-B, § 2º (CNMP)] devem ser tomadas em Plenário, pelo voto da maioria dos seus membros, presente o número mínimo exigido para a reunião.

Excepcionalmente, contudo, a Carta Política fixa atribuições a órgãos singulares desses Conselhos, especificamente aos seus respectivos Corregedores Nacionais [CF, art. 103-B, § 5º (CNJ) e CF, art. 130-B, § 3º (CNMP)].

Ou seja, a própria Lei Maior esclarece quais atos devem ser praticados pelos Colegiados do CNJ e do CNMP e quais podem ser realizados singularmente pelo Corregedor Nacional de Justiça e pelo Corregedor Nacional do Ministério Público²⁶⁸.

A regra inserta no art. 103-B, § 5º, da Constituição Federal aponta três competências específicas do Corregedor Nacional de Justiça, sem prejuízo de outras que lhe sejam conferidas pelo Estatuto da Magistratura: a) receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; b) exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; e, c) requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

De forma semelhante, a disposição constante no art. 130-B, § 3º, da Carta Política estabelece três atribuições próprias do Corregedor Nacional do Ministério Público, podendo a lei ainda lhe conceder outras: a) receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e aos seus serviços auxiliares; b) exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral; e,

²⁶⁸ Sobre a distinção entre órgãos singulares e colegiados, pontua HELY LOPES MEIRELLES (1999, pp. 68 e 69): “Órgãos singulares ou colegiados: quanto à atuação funcional, os órgãos podem ser singulares ou colegiados. Órgãos singulares ou unipessoais são os que atuam e decidem através de um único agente, que é seu chefe e representante. Esses órgãos podem ter muitos outros agentes auxiliares, como normalmente os têm, mas o que caracteriza sua singularidade ou unipessoalidade é o desempenho de sua função precípua por um só agente investido como seu titular. [...] A formação e manifestação de vontade desses órgãos, ou seja, sua atuação funcional, não exigem formalidades nem procedimentos especiais, bastando a autenticação do Chefe para que se tornem eficazes nos limites de sua competência legal. Órgãos colegiados ou pluripessoais são todos aqueles que atuam e decidem pela manifestação conjunta e majoritária da vontade de seus membros. Nos órgãos colegiados não prevalece a vontade individual de seu Chefe ou Presidente, nem a de seus integrantes isoladamente: o que se impõe e vale juridicamente é a decisão da maioria, expressa na forma legal, regimental ou estatutária. A atuação desses órgãos tem procedimento próprio, que se desenvolve nesta ordem: convocação, sessão, verificação de quórum e de impedimentos, discussão, votação e proclamação do resultado. Com a proclamação do resultado torna-se inalterável a deliberação colegial, só admitindo modificação ou correção através de novo pronunciamento do órgão, se cabível, por via recursal ou de ofício”.

c) requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

Para desempenho dessas funções, os referidos Corregedores Nacionais expedem, habitualmente, singularmente, portarias detalhadas a respeito de atividades executivas específicas a serem realizadas.

Por exemplo, em uma portaria que determine a realização de correição extraordinária em alguma unidade judicial ou do Ministério Público, constam regras sobre o local onde será realizada a verificação, o período da correição, a suspensão (ou não) dos trabalhos da unidade durante a atividade correcional, a indicação dos magistrados ou membros do Ministério Público que auxiliarão nos trabalhos etc.

Como, no entanto, os próprios Conselheiros do CNJ e do CNMP, inclusive seus Corregedores Nacionais, estão sujeitos ao controle de suas atuações administrativas e do cumprimento de seus deveres funcionais pelos respectivos colegiados, por serem magistrados e membros do Ministério Público²⁶⁹, pode-se vislumbrar situações em que eles postulem aos Plenários de seus órgãos a ratificação de portarias que expediram para determinar correições, com a elaboração de resoluções com o mesmo teor pelos órgãos coletivos, a fim de evitar (ou minimizar) responderem os Corregedores Nacionais a representações por seus atos (as instaurações de correições), o que pode ocorrer, por exemplo, na hipótese de alguma unidade judicial ou do Ministério Público obter

²⁶⁹ Em dissertação de Mestrado (BOSSLER, 2015, pp. 203 a 205 e 228 a 231) defendeu-se que somente o Presidente do CNJ, por também ser Presidente do Supremo Tribunal Federal, não se submete ao controle disciplinar do Conselho Nacional de Justiça, mas, caso descumpra as decisões pluripessoais emanadas, poderá responder por crime de responsabilidade. Quanto ao Presidente do CNMP, cargo necessariamente ocupado pelo Procurador-Geral da República (CF, art. 130-A, I), apesar do decidido em sede liminar monocraticamente pela Ministra Rosa Weber em 23 de agosto de 2012 no Mandado de Segurança nº 31.578 [Sua Excelência suspendeu o curso de representações formuladas contra o PGR perante o CNMP por entender que ele, em relação ao CNMP, mantém posição semelhante àquela dos Ministros do STF em face do CNJ, uma vez que: a) chefia o Ministério Público da União (CF, art. 128, § 1º); b) é nomeado, reconduzido e exonerado no cargo por decisão do Presidente da República, com autorização do Senado Federal (CF, art. 128, § 1º); c) é processado e julgado, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal (CF, art. 52, II), e nos crimes comuns pelo Supremo Tribunal Federal CF, art. 102, I, “b”); d) preside o Conselho Nacional do Ministério Público (CF, art. 130-A, I); e) representa o Ministério Público (LC nº 75/1993, art. 26, I) e, f) incumbem-lhe exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal (LC nº 75/1993, art. 46). Logo, como os Ministros do STF não se submetem ao controle administrativo do CNJ, conforme decidido na ADI nº 3367, o Procurador-Geral da República, também não se sujeita ao controle administrativo do CNMP], posicionou-se na dissertação de Mestrado, pela possibilidade de eventual controle da sua atuação pelo CNMP, porque sua posição não é análoga àquela dos Ministros do STF em relação ao CNJ, uma vez que o Presidente do CNMP e Procurador-Geral da República não julga as ações contra o Colegiado Administrativo Ministerial (competência constitucionalmente afeta ao STF, conforme a norma inserta no art. 102, I, “r”, da Lei Maior) e, assim, “não há possibilidade, no caso de eventual controle realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público sobre a atuação do Procurador-Geral da República, de surgimento de qualquer círculo vicioso em que órgão controlador das atividades do órgão controlado também seja fiscalizado por este último”.

notoriedade na mídia por suas atuações em casos de repercussão e, assim, apoio político que venha a tentar inibir qualquer ação correcional contra o específico membro do Poder Judiciário ou do Ministério Público que as capitaneie (mas que, eventualmente, estejam a praticar infrações disciplinares nas suas condutas), inclusive mediante o questionamento das ações dos Corregedores Nacionais da Justiça e do Ministério Público ante os seus respectivos colegiados. Se atos administrativos singulares dos Corregedores Nacionais receberem as chancelas dos seus Colégios Administrativos (CNJ ou CNMP), esvazia-se a possibilidade de questionamento futuro.

Nesses casos, vislumbra-se a formação de normas de acordo com regramentos constitucionais (ainda que para regularem específicas situações) em ato normativo mais solene sem desvio de conteúdo, podendo referidas disposições (agora constantes de resoluções do CNJ ou do CNMP) serem, eventualmente, modificadas posteriormente por ato administrativo normativo com procedimento menos rigoroso, ou seja, novas portarias expedidas singularmente pelos Corregedores Nacionais que, nas situações mencionadas, venham, por exemplo, a prolongar o período das correições, determinar a retomada dos trabalhos das unidades corrigidas sem prejuízo da continuidade das fiscalizações ou alterar as indicações dos magistrados ou membros do Ministério Público que auxiliam nos trabalhos correcionais.

Em suma, há inconstitucionalidade formal de um ato administrativo quando ele é produzido em desacordo com as regras constitucionais que disciplinam seu processo de criação. Essa inconstitucionalidade poderá se dar em razão de vícios (a) na revelação do ato (falta de titulação ou o uso de outra espécie administrativa ou a preterição de regras explícitas ou implícitas sobre os elementos dessa titulação), (b) no procedimento produtivo do ato (algum ato que integra uma das fases de formação de um ato final mostrar-se desconforme com as regras constitucionais de produção desse ato fim, enfermado-o de vício) ou (c) de excesso ou abuso de forma (ocorre quando um ato administrativo normativo cujo procedimento de elaboração é mais rígido ou solene, disciplina também matérias que deveriam integrar ato administrativo normativo mais simples, estranhas ao seu conteúdo e com intenção de desviá-lo, sem explicitamente assim identificá-las no corpo do texto).

4.3.3. Inconstitucionalidade orgânica dos atos administrativos

A inconstitucionalidade orgânica dos atos administrativos resulta da incompetência do órgão da Administração Pública para produzi-los, de acordo com as regras constitucionais postas.

Ocorre, nas palavras de CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 154), “quando um órgão ao produzir um acto viola uma regra constitucional de competência”.

Conforme a doutrina de ELIVAL DA SILVA RAMOS (1994, p. 151), “se o vício formal se reporta diretamente ao ato e o vício material ao seu conteúdo normativo, o vício de incompetência diz respeito ao ato, mas em função de seu conteúdo normativo”. Essa lição também é aplicável aos atos administrativos (normativos e não normativos).

Considerando a repartição das competências pela Constituição de acordo com a distribuição das funções estatais entre os diversos Poderes e conforme a esfera de atuação de cada um dos entes da estrutura da federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), pode-se subdividir a inconstitucionalidade orgânica dos atos administrativos em interna e externa.

Há inconstitucionalidade orgânica interna se o ato administrativo é produzido por órgão no exercício de função administrativa com violação de regra de competência definida na Constituição, que a atribui a outro órgão do mesmo Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário) e da mesma esfera de atuação na estrutura da Federação (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal).

Exemplo:

De acordo com a norma inserta no art. 87, II, da Carta Política, os Ministros de Estados têm competência para expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos. Em termos de atos administrativos normativos, os Ministros de Estado editam portarias²⁷⁰ que detalham os regulamentos presidenciais (autônomos, independentes ou de execução) ou, eventualmente, diretamente os comandos constantes das leis. Os Ministros de Estado, contudo, estão subordinados ao Presidente da República, que pode avocar atos de suas competências. Assim, as disposições constantes de uma portaria ministerial podem ser revogadas por decreto do Chefe do Poder Executivo²⁷¹.

²⁷⁰ O Decreto Presidencial nº 10.139, de 29 de novembro de 2019, dispõe sobre a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a decreto editados por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

²⁷¹ Nesse sentido é a lição de JOSÉ CARLOS FRANCISCO (2013, p. 1299): “No exercício de sua função normativa, geralmente Ministros de Estado editam portarias (atos terciários), cujo papel é detalhar o sentido abstrato dos regulamentos de execução do Presidente da República (atos secundários), que, por sua vez, já detalham as leis (atos primários) amparadas na Constituição. Quando dão execução diretamente às leis, as portarias ministeriais assumem conteúdo normativo de ato secundário, o que é perfeitamente válido se as

A Constituição, entretanto, estabelece, na regra prevista em seu art. 237, que “a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda”.

Nesse caso, eventual portaria editada pelo Ministro da Fazenda que trate desse tema terá natureza de ato administrativo normativo autônomo, retirando seu fundamento de validade diretamente da Constituição²⁷², e não poderá ser revogada por decreto presidencial (ou mesmo por lei) que, se assim o fizer explicitamente, ou disciplinar o assunto afeto à referida portaria de forma diversa, incorrerá em inconstitucionalidade orgânica interna²⁷³ [mesmo Poder (Executivo) e mesma esfera governamental(União)].

Dá-se a inconstitucionalidade orgânica externa se o ato administrativo é produzido por órgão no exercício de função administrativa com violação de regra de competência definida na Constituição, que a atribui a outro órgão de outro Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário) ou de outra esfera de atuação na estrutura da Federação (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal).

Presente a primeira situação, pode-se dizer que há inconstitucionalidade orgânica externa funcional, pois o ato administrativo emanado viola a Constituição em razão de

próprias leis tiverem confiado tal atribuição ao Ministro de Estado ou se a execução do comando legal for inerente ao seu Ministério, mas, por conta da hierarquia no Poder Executivo, é evidente que essa portaria perderá eficácia (em princípio, com efeito *ex nunc*) se sobrevier válido regulamento editado pelo Presidente da República”.

²⁷² Nesse sentido tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal, conforme decidido pelo Tribunal Pleno no Recurso Extraordinário nº 203.954, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 20 de novembro de 1996, e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgada em 24 de junho de 2009. A respeito, percuciente o seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello, proferido no julgamento do RE nº 203.954: “Se é certo [...] que o exercício válido da competência administrativa pressupõe a existência de lei, não se torna menos exato reconhecer que, no caso, o ato estatal impugnado – vedação à importação de bens de consumo usados prevista na Portaria DECEX nº 8/91 [...] – extraiu a sua autoridade e a sua eficácia de norma indiscutivelmente revestida do mais elevado grau de positividade jurídica em nosso sistema normativo: o próprio texto da Constituição da República. [...] A norma constitucional em questão [art. 237], na realidade, atenuou o rigor do postulado da reserva de lei, ensejando ao Poder Executivo da União, em caráter absolutamente extraordinário, o exercício imediato de prerrogativas jurídicas inerentes à fiscalização e ao controle sobre o comércio exterior. Com a regra inscrita no art. 237 da vigente Carta Política, pretendeu o legislador constituinte conferir aos órgãos administrativos do Ministério da Fazenda uma base normativa idônea destinada a legitimar, desde logo, em atenção às exigências impostas pelo interesse nacional, e independentemente de qualquer edição ulterior de regra legal, a adoção, dentre outras providências, de medidas vocacionadas a controlar”. Em sentido contrário, conferir o trabalho intitulado “Crítica à interpretação dada ao art. 237 da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal” de autoria de ANDRÉ PARMO FOLLONI (2008, pp. 73 a 93).

²⁷³ É curioso observar que, nessa hipótese, em tese, poderia até ser expedido um decreto presidencial somente para dar execução aos termos da portaria do Ministério da Fazenda, não podendo, evidentemente, contrariar as suas disposições.

desrespeito às regras de repartição das funções estatais (típicas e atípicas) entre os Poderes da República.

Verifica a segunda hipótese, ocorre inconstitucionalidade orgânica externa estrutural, uma vez que o ato administrativo expedido infringe a Constituição devido à não observância das disposições relativas às repartições de competências entre os entes da Federação (União, Estados Municípios e Distrito Federal), de acordo com as esferas de atuação de cada um deles estruturadas pela Carta Política.

É possível, ainda, que as duas situações anteriores estejam presentes, caso em que a inconstitucionalidade orgânica externa será funcional e estrutural.

Pode-se apresentar o seguinte exemplo de vício de inconstitucionalidade orgânica externa funcional do ato administrativo: decreto presidencial (Poder Executivo da União) que trate de matéria afeta ao regimento interno do Supremo Tribunal Federal (Poder Judiciário da União), infringindo o disposto no art. 96, I, “a”, da Lei Maior.

Quanto ao vício de inconstitucionalidade orgânica externa estrutural, pode ser ilustrado com esta situação: decreto presidencial (Poder Executivo da União) que discipline a regulamentação da organização do serviço público de transporte coletivo de determinada cidade, em detrimento da regulamentação local, afeta ao prefeito (Poder Executivo Municipal), violando a regra inserta no art. 30, V, da Constituição Federal.

Por fim, para clarificar a hipótese de inconstitucionalidade orgânica externa funcional e estrutural, apresenta-se o seguinte cenário: resolução do Conselho Nacional de Justiça (Poder Judiciário da União) que institua região metropolitana em certo Estado, questão afeta a lei complementar estadual (Poder Legislativo do Estado), nos termos do art. 25, § 3º, da Carta de 1988.

Interessante observar, no que tange ao Conselho Nacional de Justiça, que eventuais vícios de inconstitucionalidade orgânica de atos administrativos normativos independentes expedidos pelo referido colegiado que invadam a competência reservada aos tribunais relativa à elaboração de seus regimentos internos, atos administrativos normativos autônomos (e vice-versa), apesar de todos os órgãos envolvidos integrarem o Poder Judiciário, será de duas ordens distintas, dependendo de qual “Justiça” integrar a corte jurisdicional incumbida de realizar a sua normatização interna. O vício de inconstitucionalidade orgânica será interno se o Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, tratar em resolução por ele emanada de matéria afeta aos regimentos internos dos tribunais superiores (STJ, TST, STM e TSE), bem como dos tribunais regionais federais, tribunais regionais do trabalho e tribunais regionais eleitorais, pois, nesses casos,

todos os órgãos são mantidos pela União. Haverá, contudo, vício de inconstitucionalidade orgânica externa estrutural se a questão envolver violação de regra que deveria constar de regimento interno dos tribunais de justiça dos estados, pois, nessa situação, apesar de ambos os órgãos (CNJ e o Tribunal de Justiça) integrarem o Poder Judiciário, são mantidos por entes diferentes da Federação (CNJ pela União e TJ pelo seu respectivo Estado).

Em síntese, a inconstitucionalidade orgânica dos atos administrativos resulta da incompetência do órgão da Administração Pública para produzi-los, de acordo com as regras constitucionais postas. Pode ser: a) interna, se o ato administrativo é produzido por órgão no exercício de função administrativa com violação de regra de competência definida na Constituição, que a atribui a outro órgão do mesmo Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário) e da mesma esfera de atuação na estrutura da Federação (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal); ou, b) externa, se o ato administrativo é produzido por órgão no exercício de função administrativa com violação de regra de competência definida na Constituição, que a atribui a outro órgão de outro Poder (externa funcional) ou de outra esfera de atuação na estrutura da Federação (externa estrutural).

4.3.4. Inconstitucionalidade finalística dos atos administrativos

Abordadas as inconstitucionalidades material, formal e orgânica dos atos administrativos, cabe tratar neste item da inconstitucionalidade finalística.

Preferiu-se, na linha do pensamento de ELIVAL DA SILVA RAMOS (1998, pp. 151 e 155), examinar a inconstitucionalidade finalística dos atos administrativos como uma categoria distinta das demais, dadas as suas peculiaridades e “na medida em que se acentua o caráter programático dos Documentos Constitucionais”, apesar da doutrina tradicional incluí-la na esfera da inconstitucionalidade material.

Sobre o tema, ao se referir à produção legislativa, JORGE MIRANDA (1988, p. 300), também citado por ELIVAL DA SILVA RAMOS (1994, p. 151), aponta que

existem dois vícios quanto ao conteúdo dos actos legislativos (em paralelo com os vícios dos actos administrativos): violação de lei constitucional e desvio de poder legislativo – aquela patenteada através da pura e simples contradição de comandos, este mediante a pesquisa do fim da norma e do fim do acto, aquela consistindo na contradição entre objeto do acto e a norma constitucional, este na contradição entre o seu fim (havendo discricionariedade do legislador) e o fim ou interesse constitucionalmente assumido.

Percebe-se que o autor se refere, no primeiro caso, à inconstitucionalidade material e, no segundo, à inconstitucionalidade finalística.

Por seu turno, CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 148) doutrina que “o vício de desvio de poder ocorre quando o fim real do acto discrepa do fim que o princípio ou a norma de referência constitucional estipula para a sua emissão”.

O professor apresenta o seguinte exemplo de ato legislativo constitucionalmente viciado (2006, p. 149):

se uma lei que se propusesse regular a prestação de serviços mínimos durante o exercício do direito à greve em empresas de transportes, incluísse nos mesmos, certas actividades funcionais que, manifestamente, não se destinariam a ‘ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis’, mas sim à garantia da mera rentabilidade económica das mesmas empresas, essa mesma lei violaria o do art. 57º da [Constituição da República Portuguesa]²⁷⁴, e estaria viciada por desvio de poder.

Ao também estudar a inconstitucionalidade finalística das leis, ELIVAL DA SILVA RAMOS (1994, pp. 151 e 152) adverte que

não se pode fazer um simples transplante da teoria da invalidade dos atos administrativos para os lindes do Direito Constitucional, no que concerne à atividade legislativa, a qual, pela sua própria natureza, é muito menos vinculada do que a atividade administrativa. Assim, a inexistência de motivação do ato legislativo não caracteriza inconstitucionalidade. De igual modo, se a situação fática invocada para a edição da lei (motivo) não corresponder à realidade o ato legislativo não é, apenas por isso, inconstitucional. O que se admite, por exemplo, é a existência de vício de inconstitucionalidade nas hipóteses em que, diante das circunstâncias fáticas que envolveram a edição do ato legislativo (motivo), corretamente identificadas ou não ao longo do procedimento de criação da lei (motivação), o conteúdo normativo do ato seja manifestamente inapto para atingir os fins assinalados pela Constituição.

Quanto à inconstitucionalidade finalística dos atos administrativos, a questão é ainda mais complexa.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2017, pp. 466 e 467), aponta cinco elementos dos atos administrativos: sujeito, objeto, forma, finalidade e motivo.

²⁷⁴ Artigo 57º (Constituição da República Portuguesa) (Direito à greve e proibição do lock-out)

1. É garantido o direito à greve.

2. Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito.

3. A lei define as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis.

4. É proibido o lock-out.

Segundo a autora (2017, p. 467), “sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato”.

No caso de verificação de constitucionalidade (direta) do ato administrativo, deve-se analisar se a Constituição outorgou competência a determinada pessoa (ex.: Presidente da República) ou órgão (ex.: CNJ) para a realização do ato. Se houver violação, haverá, conforme anteriormente abordado, inconstitucionalidade orgânica.

“Objeto ou conteúdo é o efeito jurídico imediato que o ato produz” (DI PIETRO, 2017, p. 472). Logo, eventual vício na constitucionalidade do ato administrativo decorrente do seu objeto será, pois, de ordem material, como já estudado.

Quanto à forma do ato administrativo, a inobservância da constitucionalmente prevista para a sua realização leva à sua inconstitucionalidade formal, nos diversos aspectos tratados.

No que tange à finalidade, enquanto elemento do ato administrativo, destaca MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2017, pp. 477 e 478) que

[...] é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz (aquisição, transformação ou extinção de direitos), a finalidade é o efeito mediato. Distingue-se do motivo, porque este antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. Já a finalidade sucede à prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição. Tanto motivo como finalidade contribuem para a formação da vontade da Administração: diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade).
Pode-se falar em fim ou finalidade em dois sentidos diferentes:
1. em sentido amplo, a finalidade corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter finalidade pública;
2. em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei. É o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa;
[...]
Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder.

Por fim, em relação ao motivo, como elemento do ato administrativo, preleciona a mencionada doutrinadora (2017, p. 479 e 480) que

[...] é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.
Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato.

Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato.

[...]

A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo.

Não se confundem motivo e motivação do ato. Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram.

[...]

A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma de “consideranda”; outras vezes, está contida em parecer, laudo, relatório, emitido pelo próprio órgão expedidor do ato ou por outro órgão, técnico ou jurídico, hipótese em que o ato faz remissão a esses atos precedentes. O importante é que o ato possa ter a sua legalidade comprovada. Discute-se se a motivação é ou não obrigatória. Para alguns, ela é obrigatória quando se trata de ato vinculado, pois, nesse caso, a Administração deve demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos indicados na lei; para outros, ela somente é obrigatória no caso dos atos discricionários, porque nestes é que se faz mais necessária a motivação, pois, sem ela, não se teria meios de conhecer e controlar a legitimidade dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato.

Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.

[...]

Ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros.

Adotadas essas lições, verifica-se que tanto a finalidade quanto o motivo, enquanto elementos do ato administrativo realizado com fundamento direto na Constituição, devem ser considerados para verificação de eventual inconstitucionalidade finalística.

No exemplo citado da inclusão, no decreto presidencial interventivo ocorrido no Estado do Rio de Janeiro, de regra estabelecendo a possibilidade da Força Nacional de Segurança Pública ser empregada em qualquer parte do território nacional, mediante solicitação expressa de Ministro de Estado, além da inconstitucionalidade formal por vício de excesso ou abuso de forma (inserção de norma parasitária, sem relação com o conteúdo do decreto interventivo), haveria também inconstitucionalidade finalística, porque presente uma contradição entre o fim dessa regra intrusa e o interesse constitucional relativo à intervenção.

A mesma situação pode ser usada para exemplificar inconstitucionalidade sob o prisma do motivo constitucional determinante. Se o motivo da intervenção federal

indicado no decreto interventivo foi ação na área de segurança pública com o objetivo de pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro, essa situação teria que ter se revelado presente no plano dos fatos, sob pena de inconstitucionalidade finalística do ato administrativo (no caso, ato político).

O controle de constitucionalidade, no caso, contudo, deverá observar que, tratando-se de ato político, eventual dúvida quanto à configuração da situação invocada para a decretação da intervenção federal (se a área de segurança pública estava ou não comprometida no Estado fluminense) resolve-se em favor da validade do ato.

No Mandado de Segurança nº 37.097, impetrado perante o Supremo Tribunal Federal pelo Partido Democrático Trabalhista em 28 de abril de 2020, no qual foi apontado como autoridade coatora o Presidente da República, pois teria incorrido em “ilegalidade” ao editar decreto para nomeação de determinada pessoa para exercer o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, foi deferida, no dia seguinte à impetração, liminar pelo relator, Ministro Alexandre de Moraes, para suspender a eficácia do ato sob o argumento de que, *prima facie*, apesar da escolha e nomeação para o mencionado cargo ser discricionária do Chefe do Executivo Federal, a nomeação, no caso, violava os princípios da impessoalidade e da moralidade e não observava a finalidade pública do ato (houve desvio de finalidade), pois visava, aparentemente, permitir que o Presidente da República pudesse interferir politicamente na Polícia Federal, tendo, inclusive, sido instaurado inquérito policial para apuração dos fatos. A decisão monocrática, pois, reconheceu a inconstitucionalidade finalística do ato administrativo-político (e não “ilegalidade”, como constou no pedido, pois o fundamento e a finalidade da nomeação tinham suporte constitucional). O *mandamus*, contudo, não chegou a ser apreciado pelo Plenário do STF, pois foi singularmente extinto posteriormente ante a perda do seu objeto.

Em síntese, há inconstitucionalidade finalística do ato administrativo discricionário se o motivo constitucional determinante para sua prática não se revelar existente ou se a finalidade da sua realização não coadunar com o interesse público constitucionalmente protegido.

4.4. Inconstitucionalidade total ou parcial dos atos da Administração Pública

De acordo com a amplitude da inconstitucionalidade do ato administrativo, pode-se classificá-la, assim como a doutrina o faz em relação às leis, em total ou parcial.

A respeito do tema, preleciona CARLOS BLANCO DE MORAIS (2006, p. 160), “pode-se falar em inconstitucionalidade total de um acto jurídico-público quando a referida relação de desvalor o afecta em toda a sua extensão. Haverá inconstitucionalidade parcial se esta inquirir o acto apenas numa parcela dessa extensão”.

Em relação à lei, de acordo com a clássica lição de HENRY BLACK (1897, pp. 64 e 65)²⁷⁵, citada por ELIVAL DA SILVA RAMOS (1994, pp. 163 e 164), não deve ser declarada sua inconstitucionalidade total se podem ser rejeitadas apenas as partes inválidas de suas disposições, permanecendo as demais vigentes, desde que constituam ainda uma “lei completa”, inteligível e válida, capaz de ser executada e em conformidade com o propósito geral e a intenção do legislador. No entanto, se as disposições de uma lei são mutuamente conectadas e dependentes umas das outras, indicando que o legislador teve a intenção de concebê-la como um todo, eventual reconhecimento de alguma incompatibilidade leva à decretação de sua inconstitucionalidade total.

Ressalte-se que há quem critique a possibilidade do Poder Judiciário, ao se confrontar com uma lei parcialmente inconstitucional, separar e extirpar as disposições inconstitucionais e permitir que o remanescente constitucional possa ser aplicado. KEVIN C. WALSH (2010, p. 740 e 741), por exemplo, entende que, nesse caso, a operação judicial cria uma nova lei que consiste na lei antiga “menos” suas disposições inconstitucionais, baseada na ideia de que a divisibilidade é a intenção legislativa, sem indagar, contudo, o que realmente foi pensado pelo legislador ao elaborar a lei, se teria

²⁷⁵ Afirma HENRY BLACK (1897, pp. 64 e 65): *Where part of a statute is unconstitutional, but the remainder is valid, the parts will be separate., if possible, and that which is constitutional will be sustained. It frequently happens that some parts, features, or provisions of a statute are invalid, by reason of repugnancy to the constitution, while the remainder of the act is not open to the same objection. In such cases it is the duty of the court not to pronounce the whole statute unconstitutional, if that can be avoided, but, rejecting the invalid portions, to give effect and operation to the valid portions. The rule is, that if the invalid portions can be separated from the rest, and if, after their excision, there remains a complete, intelligible, and valid statute, capable of being executed, and conforming to the general purpose and intent of the legislature, as shown in the act, it will not be adjudged unconstitutional in toto, but sustained to that extent. “The constitutional and the unconstitutional provisions may even be contained in the same section, and yet be perfectly distinct and separable, so that the first may stand, though the last fall”. But “when the parts of a statute are so mutually connected and dependent, as conditions, considerations, or compensations for each other, as to warrant a belief that the legislature intended them as a whole, and that, if all could not be carried into effect, the legislature would not pass the residue independently, if some parts are unconstitutional and void, all the provisions which are thus dependent, conditional, or connected must fall with them.” But if the purpose of the statute “is to accomplish a single object only, and some of its provisions are void, the whole must fall, unless sufficient remains to effect the object without the aid of the invalid portion.” And if the unconstitutional clause cannot be rejected without causing the statute to enact what the legislature never intended, the whole statute must be adjudged invalid.*

previsto ou não eventuais falhas constitucionais e se poderia ter ou não articulado algum modo de saná-las²⁷⁶.

De toda sorte, pode-se adotar a posição tradicional também em relação aos atos administrativos.

Quanto aos atos administrativos normativos, não há maior dificuldade em considerar, assim como se faz quanto às leis, a possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade parcial de suas disposições, aplicando-se o entendimento clássico supramencionado.

No que tange a atos administrativos não normativos, como sua aplicação é restrita a casos específicos e determinados, aparentemente não seria viável aceitar a possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade parcial neles.

Mas mesmo atos administrativos dessa ordem (não normativos) podem se consubstanciar em diplomas que contenham disposições específicas para o caso concreto que regulam, como convênios, contratos e licenças. E não se pode ignorar que algumas dessas “cláusulas” podem ser reconhecidas como inconstitucionais (se tiverem por fundamento de validade direto a Lei Maior) e, portanto, assim podem ser declaradas sem que todo do ato fique maculado.

Para ilustrar o afirmado pode-se citar o teor da decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 863, da relatoria do Ministro Edson Fachin, realizado em sessão virtual de 6 a 13 de maio de 2022.

Trata-se de ação de controle concentrado ajuizada com o objeto de declarar a inconstitucionalidade de atos normativos e não normativos [Resoluções AM nº 05/2019 e nº 01/2020, ambas da Assembleia Metropolitana da Região Metropolitana de Maceió;

²⁷⁶ Doutrina KEVIN C. WALSH (2010, p. 740 e 741): *Current law and scholarship answer that severability doctrine is the exclusive way to deal with partial unconstitutionality. Severability doctrine governs whether a court may first separate out or “sever” the unconstitutional provisions or applications of a law, and then subtract or “excise” them, so the constitutional remainder can be enforced going forward. Thus conceived, this judicial operation creates a new law that consists of the old law “minus” its unconstitutional provisions or applications. The lodestar for this severability determination is legislative intent. Because a court must not “use its remedial powers to circumvent the intent of the legislature,” the court must ask before severing: “Would the legislature have preferred what is left of its statute to no statute at all?” If the answer is “no,” then the court should not sever but instead should declare the statute entirely invalid and enjoin its enforcement in all applications. As the doctrinal formula for determining severability reveals, the required inquiry into legislative intent is unlike many other interpretive inquiries, in that it asks what the legislature would have done, not what the legislature actually did. Thus, the doctrine leaves courts with significant discretion in deciding whether and how to sever and excise statutes. Legislatures that enact partially unconstitutional laws may not foresee their constitutional flaws and may not articulate a preference about how to cure any constitutional flaws that they do foresee.*

Resoluções CD nº 04/2019 e nº 01/2020, ambas do Conselho de Desenvolvimento Metropolitano da Região Metropolitana da Maceió; Convênio de Cooperação firmado entre o Estado de Alagoas e a Região Metropolitana de Maceió (itens 1.1, “i”, 6.1, “h” e 10.3); e, Contrato de Concessão firmado entre o Estado de Alagoas e a BRK Ambiental (Cláusula 8ª)] que determinavam o repasse integral ao Estado de Alagoas do valor da outorga decorrente de concessão do serviço público de saneamento básico a empresa privada, apesar do referido serviço público ser de titularidade municipal, nos termos das normas insertas no art. 23, IX, e no art. 30, V, ambos da Constituição Federal.

A ação foi conhecida porque a inconstitucionalidade das normas administrativas e dos atos concretos questionados encamparam tese que não poderia ser dirimida pela simples análise da legislação ordinária, havendo “uma questão de fundo relativa ao desenho institucional das entidades instituídas a partir do art. 25, §3º da CRFB/88 e o modo como a autonomia municipal, no quadro do federalismo brasileiro, produz obrigações de gestão compartilhada”²⁷⁷.

No mérito, a ADPF nº 863 foi julgada procedente, por unanimidade, com declaração de inconstitucionalidade total de atos administrativos normativos (Resoluções AM nº 05/2019 e nº 01/2020, ambas da Assembleia Metropolitana da Região Metropolitana de Maceió; e, Resoluções CD nº 04/2019 e nº 01/2020, ambas do Conselho de Desenvolvimento Metropolitano da Região Metropolitana da Maceió), bem como de inconstitucionalidade parcial de atos administrativos não normativos (itens 1.1, “i”, 6.1, “h” e 10.3 do Convênio de Cooperação firmado entre o Estado de Alagoas e a Região Metropolitana de Maceió; e, Cláusula 8ª do Contrato de Concessão firmado entre o Estado de Alagoas e a BRK Ambiental)²⁷⁸.

²⁷⁷ STF, ADPF nº 863, pp. 24 e 25.

²⁷⁸ O acórdão recebeu a seguinte ementa: “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. SANEAMENTO BÁSICO. REGIÃO METROPOLITANA DE MACEIÓ. RESOLUÇÕES AM 05/2019 E 01/2020 DA ASSEMBLEIA METROPOLITANA DA REGIÃO METROPOLITANA DE MACEIÓ. RESOLUÇÕES CD 04/2019 E 01/2020 DO CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO METROPOLITANO DA REGIÃO METROPOLITANA DE MACEIÓ. ITENS 1.1, “I”, 6.1, “H”, E 10.3 DO CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO FIRMADO ENTRE O ESTADO DE ALAGOAS E A REGIÃO METROPOLITANA DE MACEIÓ. CLÁUSULA 8ª DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE O ESTADO DE ALAGOAS E A BRK AMBIENTAL. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. SUBSIDIARIEDADE. MODALIDADE DE DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS REFERENTES A CONTRATO DE CONCESSÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. COMPATIBILIDADE COM A INSTITUIÇÃO DE REGIÕES METROPOLITANAS DESDE QUE GARANTIDA A PARTICIPAÇÃO MUNICIPAL. TITULARIDADE DO INTERESSE PÚBLICO METROPOLITANO E DO PODER CONCEDENTE. COMPETÊNCIA CONJUNTA. PROIBIÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE PODER DECISÓRIO EM UM ÚNICO ENTE-FEDERADO. CONSECTÁRIO LÓGICO-NORMATIVO. FRUTOS DA EMPREITADA METROPOLITANA COMUM. COMPARTILHAMENTO CONSTITUCIONALMENTE NECESSÁRIO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO

Entendeu-se que, no contexto de uma Região Metropolitana instituída na forma do art. 25, § 3º, da Constituição Federal²⁷⁹, não pode haver concentração de poder decisório em um só ente federado e, conseqüentemente, os frutos percebidos pela empreitada metropolitana comum não podem ser geridos e aproveitados também por um único ente federado²⁸⁰.

FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL JULGADO PREJUDICADO. 1. Os dispositivos vergastados ostentam tese de fundo que diz respeito ao próprio arranjo federativo, pelo que a análise de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico extrapola o exame da legislação ordinária. Em igual medida, não há que se falar em violação ao princípio da subsidiariedade, uma vez que os atos do poder público atacados não podem ser combatidos com a mesma extensão e como a mesma significância com ações de outra natureza. Preliminares rejeitadas. 2. No julgamento da ADI nº 1.842, a Corte se posicionou sobre a titularidade do interesse público metropolitano, afastando as posições extremadas que alocavam esta titularidade quer seja no Município, quer seja no conjunto de Municípios, quer seja no Estado-federado. Prevaleceu a tese da competência e da titularidade conjuntas, a qual implica que deva existir, no seio da região metropolitana, estrutura colegiada assecuratória da participação dos Municípios. Ainda que o Supremo Tribunal Federal não tenha definido, de maneira positiva, o desenho institucional a ser adotado pelas regiões metropolitanas, assentou-se a proibição de que as instituições colegiadas concentrem poder decisório em um só ente-federado. 3. O princípio da proibição de concentração de poder acarreta um outro, seu consectário lógico-normativo: não se pode admitir que a percepção dos frutos da empreitada metropolitana comum aproveite a apenas um dos entes-federados. Se a autonomia municipal significa autonomia política, autonomia financeira e autonomia administrativa, só se pode afirmar a proibição à concentração de poder afirmando, também, o compartilhamento da gestão e da percepção dos frutos da empreitada comum. 4. Por analogia à proibição de concentração de poder decisório, também quanto à partilha dos frutos da empreitada metropolitana a Constituição da República não impõe um único modelo pré-fixado: há apenas a vedação a que um só ente absorva a integralidade das competências e das benesses, podendo a partilha obedecer a critérios outros que a paridade estrita. 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das Resoluções AM 05/2019 e 01/2020 da Assembleia Metropolitana da Região Metropolitana de Maceió; das Resoluções CD 04/2019 e 01/2020 do Conselho de Desenvolvimento Metropolitano da Região Metropolitana de Maceió; dos itens 1.1, “i”, 6.1, “h”, e 10.3 do Convênio de Cooperação firmado entre o Estado de Alagoas e a Região Metropolitana de Maceió; e da Cláusula 8ª do Contrato de Concessão firmado entre o Estado de Alagoas e a BRK Ambiental. 6. Agravo regimental julgado prejudicado” (STF, ADPF nº 863, relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 16/05/2022).

²⁷⁹ JOSÉ AFONSO DA SILVA (2013, p. 669) diferencia os agrupamentos municipais previstos na Carta de 1988: “Região Metropolitana constitui-se de um conjunto de Municípios cujas sedes se unem com certa continuidade urbana em torno de um Município pólo. Microrregiões formam-se de grupos de Municípios limítrofes com certa homogeneidade e problemas administrativos comuns, cujas sedes não sejam unidas por continuidade. Aglomerados urbanos carecem de conceituação, mas, de logo, se percebe que se trata de áreas urbanas, sem um pólo de atração urbana, quer tais áreas sejam cidades sedes dos Municípios, como na baixada santista (em São Paulo), ou não”.

²⁸⁰ Nesse sentido é a lição de ALAÔR CAFFÉ ALVES (1999, pp. 187 e 188), parcialmente citada no voto do Ministro Edson Fachin (STF, ADPF nº 863, p. 38): “A criação por lei complementar da Constituição do Estado, conforme o dispositivo da Carta Federal, das referidas figuras regionais, induz ao entendimento de que aquelas funções públicas de interesse comum não são de exclusiva competência local. E mais, não são também de competência exclusiva do Estado. Se fossem de competência exclusiva do Estado, reduzidas a sua competência residual (remanescente), este não necessitaria, em tese, de editar lei complementar para a execução de funções ou serviços regionais de que seria normalmente o titular, e sobre o qual já haveria mesmo a gestão unificada supramunicipal. O que não é do Município nem da União, é do Estado em razão da competência residual deste. Se o entendimento fosse de ordem tradicional, unilinear e sem interpretação sistemática, ao Estado simplesmente seria adjudicada a titularidade daqueles serviços cujo controle e execução demandassem ação administrativa supralocal. Neste caso, não haveria a necessidade da participação dos Municípios na gestão e controle de tais funções públicas, uma vez que, sendo de caráter

A revelar o reconhecimento de apenas inconstitucionalidade parcial dos atos administrativos não normativos, cumpre dizer que o Convênio de Cooperação firmado entre o Estado de Alagoas e a Região Metropolitana de Maceió continha dez cláusulas, todas com diversos itens, e foi reconhecida a desconformidade material com o conteúdo da Carta Política somente dos itens 1.1, “i”, 6.1, “h” e 10.3. O mesmo vale para o Contrato de Concessão firmado entre o Estado de Alagoas e a BRK Ambiental, que continha mais de 50 cláusulas, além de anexos, e foi reconhecida a inconstitucionalidade somente da sua Cláusula 8ª.

Em suma, observado o critério da amplitude, é possível o reconhecimento de inconstitucionalidade total ou parcial do ato administrativo, normativo ou não normativo. A inconstitucionalidade do ato administrativo não normativo se consubstancia em diplomas que contenham disposições específicas para o caso concreto que regulam, como convênios, contratos e licenças e apenas algumas delas são reputadas inconstitucionais, sem que o todo fique comprometido.

regional, não seria, na forma da perspectiva tradicional, de sua pertinência normativa e executiva. Seria inteira e privativamente de competência do Estado, com exclusão dos Municípios. Porém, por já não estarmos sob a égide do federalismo dual, estanque e centralizador, a interpretação não pode ser essa, sob pena de se admitir a inutilidade jurídica das referidas figuras regionais, no plano da Constituição. Como essa linha seria um despautério hermenêutico, não há como deixar de interpretar que aquelas funções públicas de interesse comum são da competência conjunta (comum) dos Municípios metropolitanos e do Estado que os integra. Por isso é que são chamadas ‘funções públicas de interesse comum’. Seu exercício, entretanto, é peculiar, visto que os Municípios não poderão exercê-las de modo isolado, senão conjuntamente, numa espécie de cogestão entre eles e o Estado que tem a responsabilidade de organizá-las originariamente, mediante lei complementar”.

CAPÍTULO 5 – O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como anteriormente exposto²⁸¹, o controle concentrado de constitucionalidade dos atos da Administração Pública no Brasil é aquele realizado por meio de uma ação proposta diretamente perante a mais alta corte país – o Supremo Tribunal Federal - que a julga em única instância, sem possibilidade de revisão por qualquer outro órgão jurisdicional, verificando a compatibilidade desses atos com a Constituição, “para a solução de uma controvérsia intersubjetiva” (TAVARES, 2020, p. 188) (controle concreto/incidental) ou “independente da necessidade real de um caso concreto” (TAVARES, 2020, p. 188) (controle abstrato/principal), não importando, ainda, a eficácia subjetiva da decisão de controle (*inter partes* ou *erga omnes*).

Em outras palavras, haverá controle concentrado sempre que arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato da Administração Pública, como questão prejudicial à solução de determinado litígio (controle concreto) ou como objeto principal da demanda (controle abstrato), diretamente junto ao STF, que atuará como juiz constitucional de única instância.

No controle concentrado concreto, a eficácia da decisão é, pela sistemática/interpretação atual, somente *inter partes*, podendo passar a ter eficácia contra todos apenas se houver suspensão do ato normativo pelo Senado Federal (CF, art. 52, X)²⁸². No controle concentrado abstrato a eficácia é *erga omnes* e vinculante.

Assim, pode-se afirmar que, afora nas hipóteses de verificação de constitucionalidade realizadas nos processos objetivos – as ações diretas previstas nas normas insertas no art. 102, I, “a”, e § 1º, da Constituição (ADI, ADC, ADPF) –, o controle concentrado de constitucionalidade importa em limitada eficácia subjetiva da decisão proferida, restrita àqueles que atuaram no feito de competência originária do STF.

Neste capítulo serão analisados os posicionamentos emanados pelo Supremo Tribunal Federal nos meios de controle concentrado de constitucionalidade dos atos da

²⁸¹ Vide Capítulo 1.

²⁸² Vide item 6.3.

Administração Pública, tanto nas ações diretas constitucionais (controle abstrato) quanto nas demandas concretas de sua competência originária.

Cumprir observar que não haverá abordagem em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista o objeto da pesquisa e o corte metodológico proposto.

Essa análise é relevante para identificação de pontos que, no nosso sentir, merecem aprimoramento e serão objeto de sugestões no capítulo seguinte.

Antes contudo, tendo em vista a possibilidade de sua aplicação em todas as ações de controle concentrado, principal e abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental) e, por interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal, também àquelas em que pode haver controle concentrado, incidental e concreto de constitucionalidade (demais ações originárias da competência do STF)²⁸³, passa-se a dedicar algumas palavras no próximo item para rememorar a modulação dos efeitos nas decisões de fiscalização dessa natureza.

5.1. Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade

Reconhecida a inconstitucionalidade de disposição normativa (emenda constitucional, lei, atos administrativos normativos), poderá o Supremo Tribunal Federal, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, limitar os efeitos retroativos da declaração ou estabelecer-lhe apenas aplicação futura.

Trata-se de hipótese de modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, idealizada no direito estadunidense, com, as técnicas da *prospectivity overruling* (ou *pure prospectivity*), *limited retrospectivity* e *limited prospectivity*, iniciadas em *Linkletter vs. Water*, 381 US 318, em 7 de junho de 1965²⁸⁴.

²⁸³ E ainda, apesar de não ser objeto deste estudo, às ações de controle difuso de constitucionalidade

²⁸⁴ Victor Linkletter, foi preso por suspeita de roubo. Na época em que foi preso, a polícia suspeitava que ele estava envolvido em outros crimes de "arrombamento". Na delegacia, os policiais confiscaram suas chaves durante uma busca em sua pessoa. Sem um mandado, os policiais entraram na casa de Linkletter e se apropriaram de alguns de seus pertences pessoais. Também confiscaram seus objetos pessoais durante uma busca em seu local de trabalho. Essas invasões foram justificadas de acordo com o Tribunal Distrital da Louisiana, pois os policiais tinham "causa razoável para a prisão sob a lei de Louisiana" e, portanto, "causa provável" para busca e apreensão. Baseado nessas provas apreendidas, Victor Linkletter foi considerado culpado de roubo pelo Tribunal Distrital de Louisiana. A decisão foi confirmada, nove meses depois, pela Suprema Corte da Louisiana. Dois anos depois, em *Mapp v. Ohio* (1961), a Suprema Corte

Como ressaltam NICOLA GENNAIOLI e ANDREI SHLEIFER (2007, pp. 309 e 310), na *Common Law*, o direito evolui através da criação e revisão de precedentes pelos tribunais, por meio de duas formas principais de revisão. A primeira, e mais típica, é a *distinguishing*, pela qual um tribunal aceita o anterior precedente, mas limita o alcance de sua aplicabilidade e estabelece uma nova regra para as circunstâncias em que o precedente anterior não mais se aplica. A segunda forma, e menos típica, é o *overruling*, pelo qual um tribunal simplesmente substitui o precedente por uma nova regra²⁸⁵.

Quanto à *prospectivity overruling*, ensina LUIZ GUILHERME MARINONI (2016, p, 266) que

A revogação de um precedente (*overruling*) tem, em regra, efeitos retroativos nos Estados Unidos e no *common law*.

[...] As decisões do *common law* são normalmente retroativas, no sentido de que a nova regra, estabelecida para o caso sob julgamento, é aplicável às situações que ocorreram antes da decisão que a fixou, bem como a todas aquelas que lhes são similares e, assim, estão expostas à mesma *ratio decidendi*.

Porém, a prática judicial americana tem chamado a atenção para hipóteses em que é necessário não permitir a retroatividade da nova regra, firmada na decisão que revogou o precedente.

Nestas situações, as Cortes mostram-se particularmente preocupadas em tutelar o princípio da segurança – especialmente na sua feição de garante da previsibilidade – e a confiança depositada pelos jurisdicionados nos atos do Poder Público

dos EUA considerou inadmissíveis em tribunais federais e estaduais todas as provas obtidas por buscas e apreensões em violação da Constituição (Quarta Emenda). Ressalte-se que, embora a regra de exclusão tenha sido estabelecida em *Weeks v. United States* (1914), a decisão do caso *Mapp* prorrogou e esclareceu a aplicação da regra de exclusão em tribunais federais e tribunais estaduais, estabelecendo um precedente que ordenou a exclusão de todas as provas obtidas ilegalmente durante o julgamento. Linkletter, então, solicitou, em *habeas corpus*, a reconsideração de seu caso com base na regra de exclusão reconhecida e estendida a todos os tribunais pela decisão do caso *Mapp*. Seu pedido, contudo, foi rejeitado pelos tribunais da Louisiana e pelo tribunal distrital dos EUA. O recurso de Linkletter ao tribunal de apelações dos EUA rendeu uma constatação que admitiu que a busca e apreensão em seu caso era ilegal, mas também argumentou que "a exigência constitucional de exclusão das provas sob *Mapp* não era retrospectiva. Em *certiorari*, o advogado de Victor Linkletter argumentou perante a Suprema Corte dos EUA que o tribunal de apelação cometeu um erro ao não aplicar retroativamente a decisão *Mapp*, observado que o delito supostamente cometido por Linkletter ocorreu mais de um ano depois do crime cometido por *Mapp*, apesar de condenação ter sido proferida antes da decisão de *Mapp*. A maioria dos juízes (7x2), contudo denegou o pedido, nos termos do voto do *Justice* Tom C. Clark. Entendeu-se que na Constituição Estadunidense não havia circunstâncias que exigiam a implementação retroativa da regra excludente de *Mapp*. Decidiu, a Suprema Corte Americana, pois, que a Constituição não proíbe nem exige efeito retroativo, e em cada caso, o Tribunal determina se a aplicação retroativa ou prospectiva é adequada (*The Constitution neither prohibits nor requires retroactive effect, and in each case, the Court determines whether retroactive or prospective application is appropriate*).

²⁸⁵ No original: *In the common law tradition, the law evolves through the creation and revision of precedents by appellate courts [...]. There are two principal forms of such revision in common law. The first, and more typical, is distinguishing, whereby an appellate court accepts the previous precedent, but limits the scope of its applicability and establishes a new rule for the circumstances in which the previous precedent no longer applies. The second, and less typical, form is overruling, whereby an appellate court simply replaces the precedent with a new rule.*

A *prospectivity overruling* (ou *pure prospectivity*) “exclui toda a retroatividade, não se aplicando ao processo de origem”. Já pela técnica da *limited prospectivity*, “a sentença é aplicável somente aos processos iniciados após a decisão, inclusive afetando o processo que originou a questão” (OSWALDO LUIZ PALU, 2001, p. 173). E, pela *limited retrospectivity*, a decisão de inconstitucionalidade tem efeitos retroativos limitados.

Lembra, contudo, MORGANA HENICKA GALIO (2016, p. 366), citando LUIZ GUILHERME MARINONI (2016, p. 783 a 812) e RAVI PEIXOTO (2015, p. 267), que

a técnica de modulação dos efeitos, apesar de semelhante, não se confunde com a eficácia prospectiva da superação do precedente. A verdade é que ambas as técnicas se aproximam em razão de seu objetivo, que é a proteção da segurança jurídica, mas se diferenciam em razão do cabimento: a primeira no controle concentrado de constitucionalidade; a segunda na superação de precedentes.

A técnica da modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade encontra suporte constitucional, por exemplo, nas Cartas Políticas da Itália de 1947²⁸⁶, de Portugal de 1976²⁸⁷ e de Áustria de 1920²⁸⁸.

²⁸⁶ Art. 136. *Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali* (“Art. 136. Quando a Corte declara a inconstitucionalidade de uma norma legal ou de um ato com força de lei, a regra deixa de produzir efeito a partir do dia seguinte à publicação da decisão. A decisão do Tribunal será publicada e comunicada às Câmaras e Conselhos Regionais em causa, de modo que, quando julgarem necessário, forneçam as formas constitucionais”).

²⁸⁷ Art. 282º:

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reconstituição das normas que ela, eventualmente, haja revogado.
2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.
3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.
4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de exceção releva, que devera ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.

²⁸⁸ Artikel 140 (5) *Das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, mit dem ein Gesetz als verfassungswidrig aufgehoben wird, verpflichtet den Bundeskanzler oder den zuständigen Landeshauptmann zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung.[...]Die Aufhebung tritt mit Ablauf des Tages der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Außerkrafttreten eine Frist bestimmt. Diese Frist darf 18 Monate nicht überschreiten* (“Art. 140 (5). O acórdão do Tribunal Constitucional que rescinde uma lei por ser inconstitucional impõe ao Chanceler Federal ou ao competente Estado-Governador a obrigação de publicar a rescisão sem demora. [...] A rescisão entra em vigor no dia da publicação se o Tribunal não estabelecer um prazo para a rescisão. Esse prazo não pode exceder dezoito meses”).

No Brasil, apesar de nenhuma disposição constitucional explicitamente discipliná-la, está prevista nas regras insertas no art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (para a ação direta de inconstitucionalidade e para a ação declaratória de constitucionalidade)²⁸⁹, e no art. 11 da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (para a arguição de descumprimento de preceito fundamental)²⁹⁰.

De acordo com referidos preceitos legais, reconhecida inconstitucionalidade, poderá o Supremo Tribunal Federal, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, pelo voto de dois terços de seus Ministros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Sobre a modulação dos efeitos da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade (aplicável também à decisão exarada na ADC e na ADPF), ensina LUÍS ROBERTO BARROSO (2012, pp. 238 a 240):

O dispositivo permite [...] que o Tribunal: a) restrinja os efeitos da decisão, excluindo de seu alcance, por exemplo, categoria de pessoas que sofreriam ônus ponderado como excessivo ou insuportável; b) não atribua efeito retroativo a sua decisão, fazendo-a incidir apenas a partir de seu trânsito em julgado; e c) até mesmo que fixe algum momento específico como marco inicial para a produção dos efeitos da decisão, no passado ou mesmo no futuro, dando à norma uma sobrevida. Seria possível cogitar de uma quinta hipótese, referente aos casos em que o Tribunal declara que determinado dispositivo de lei ou ato normativo editado na vigência da ordem constitucional anterior não foi recepcionado pela nova Constituição. Nessa situação, porém, a Corte tem adotado o entendimento de que a modulação será impossível, apegando-se a sua própria jurisprudência tradicional que estabelece uma distinção conceitual rígida entre a declaração de inconstitucionalidade e a não recepção. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 produz, como se percebe claramente, a formalização de um mecanismo de ponderação de valores. Mas há aqui uma sutileza que não deve passar despercebida. Poderia parecer, à primeira vista, que se pondera, de um lado, o princípio da supremacia da Constituição e, de outro, a segurança jurídica ou o excepcional interesse social. Na verdade, não é bem assim. O princípio da supremacia da Constituição é fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade, uma de suas premissas lógicas [...]. Não pode, portanto, ser afastado ou ponderado sem comprometer a ordem e a unidade do sistema. O que o Supremo Tribunal Federal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei

²⁸⁹ Art. 27 (Lei nº 9.868/1999) 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.

²⁹⁰ Art. 11 (Lei nº 9.882/1999) Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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.

inconstitucional. Como por exemplo: boa-fé, moralidade; coisa julgada; irredutibilidade dos vencimentos, razoabilidade.

A modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade já foi aplicada pela Corte Suprema Brasileira em diversas ocasiões, como nos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n^{os} 2.240, 2.501, 2.904, 2.907, 3.022, 3.315, 3.316, 3.430, 3.458, 3.489, 3.660, 3.682, 3.689, 3.819, 4.001, 4.009, 4.029 e 4.357 e 4.425.

Ressalte que todas as referidas ações diretas de inconstitucionalidade foram julgadas pelo STF após o advento da Lei n^o 9.868/1999. Até a edição do referido diploma normativo, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, lembra OSWALDO LUIZ PALU (2001, p. 175), tinham

posição firme a respeito, consentâneas com o matiz norte-americano, de nosso sistema de controle de constitucionalidade, e sempre entenderam que, sendo nula a lei inconstitucional, a decisão que a declara tem efeitos retroativos até a data de sua edição (*ex tunc*), inapelavelmente.

Salienta ainda o referido autor (2001, p. 175), que “na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há centenas de casos nos quais o ato normativo declarado inconstitucional é nulo *ipso jure, ex tunc e erga omnes*” e cita, nesse sentido, por exemplo, a decisão proferida no Recurso em Mandado de Segurança n^o 17.976, da relatoria do Ministro Amaral Santos: “Imposto. Declaração de inconstitucionalidade. Efeitos. Da suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional”²⁹¹.

O Supremo Tribunal Federal, antes da edição das Leis n^{os} 9.868/1999 e 9.882/1999, admitia apenas a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade em provimento cautelar de ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, “p”)²⁹², mas não por ocasião da prolação da decisão final.

²⁹¹ OSWALDO LUIZ PALU (2001, p. 176), contudo, em seguida, destaca que “o STF já vinha, por sinal, antes da citada lei, mitigando a doutrina da irretroatividade total da norma inconstitucional”, mencionando a decisão proferida no Recurso Extraordinário n^o 122.202, da relatoria do Ministro Francisco Rezek, julgado em 10/08/1993 e assim ementado: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigiou lei estadual a revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte”.

²⁹² Nesse sentido, por exemplo, foi a decisão proferida em 29 de agosto de 1996, no julgamento da Medida Cautelar da ADI n^o 1.434, relatada pelo Ministro Celso de Mello.

A mitigação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, com restrição de sua retroatividade ou aplicação somente prospectiva, eventualmente se justifica²⁹³ para resguardo da segurança jurídica²⁹⁴ ou de outros valores constitucionais também relevantes, evitando-se a instabilidade institucional do ordenamento jurídico e prestigiando-se a confiança²⁹⁵.

Como ensina RICHARD PAE KIM (2020, p. 526): “a segurança é tão imprescindível à manutenção da ordem e da paz social que foi erigida pelo legislador ao *status* de garantia constitucional”, pois, apesar da inexistência de expressa previsão normativa a seu respeito, “o texto da Lei Maior traz diversas menções a esse valor” como se extrai do seu Preâmbulo e das regras inseridas no seu art. 2º (separação de poderes) e art. 5º, *caput* (igualdade perante a lei), II (regra da legalidade), XXXVI (previsão da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido), LV (acesso à justiça), LV (direitos ao contraditório e à ampla defesa) e de “uma série de outras previsões normativas das quais decorre, de uma forma ou de outra, a necessidade de observância e preservação da segurança jurídica”.

Assim, prossegue em seu pensamento RICHARD PAE KIM (2020, p. 529), na hipótese de declaração de inconstitucionalidade de norma, deve-se proteger o jurisdicionado “contra alterações de grande monta que impliquem mudança inesperada em sua esfera de direitos”, pois, por vezes, a alteração da “legislação de regência de maneira sobressaltada [pode gerar] um quadro de incerteza e instabilidade”.

²⁹³ Ressalta GUSTAVO BINENBOJM (2010, p. 203) que “Os conceitos e institutos jurídicos são criados para conformar a realidade; em inúmeras situações, todavia, os fatos derrotam as normas, obrigando o jurista a reavaliar suas noções teóricas, de modo a adequá-las às novas necessidades e aspirações sociais. A flexibilização dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é uma dessas imposições da experiência à lógica jurídica. Inobstante, como mitigação do princípio da constitucionalidade em determinado lapso de tempo, deve ser encarada como medida excepcional — jamais como regra —, utilizável apenas para a preservação de outros valores e princípios constitucionais que seriam colocados em risco pela pronúncia da nulidade da lei inconstitucional”.

²⁹⁴ Nesse sentido, GILMAR FERREIRA MENDES (2005, 305) afirma que “muitas vezes, a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade, recomendada a adoção de alguma técnica alternativa, com base no próprio princípio constitucional da segurança jurídica. Aqui, o princípio da nulidade deixa de ser aplicado com base no princípio da segurança jurídica”.

²⁹⁵ KARL LARENZ (1985, pp. 95 e 96), como lembrado no voto do Ministro GILMAR MENDES, relator do Recurso nº 636.553, proferido em 19 de fevereiro de 2020, ensina que “o ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar [...] é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica”. E prossegue, ao tratar do princípio da boa-fé: “Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança”.

As normas constantes no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e no art. 11 da Lei nº 9.882/1999, com inspiração no direito comparado, pois, como dito, visaram facultar ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, permitindo que a Suprema Corte, ao declarar a incompatibilidade de lei ou ato normativo com a Lei Maior, tendo em conta motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, pelo voto da maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos retroativos da declaração ou estabelecer apenas efeitos prospectivos, a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

As regras em comento, para desviar o caminho natural dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (*ex tunc* irrestritos) exigem o preenchimento de dois requisitos: a) um de natureza formal, relativo à necessidade da decisão modulatória ser tomada pelo voto da maioria qualificada de dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal; e, b) outro de natureza material, consubstanciado na verificação de motivos de ordem de segurança jurídica ou de excepcional interesse social para justificar a mitigação.

É certo que referidas disposições normativas não restaram imunes a críticas.

De um lado, argumenta-se, como consignado nas petições iniciais das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.154 e 2.258, ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal respectivamente em 22 de fevereiro de 2000 e 27 de julho do mesmo ano, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), haver inconstitucionalidade na própria regra constante do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, por ofensa aos princípios da legalidade e da igualdade (CF, art. 5º, I e II), na medida em que a modulação permite que atos normativos inconstitucionais, nulos *ipso jure e ex tunc*, produzam efeitos em algum momento do tempo, criando situações desiguais observado que, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, foi rejeitada a proposta do então Senador Maurício Corrêa para inclusão, na Constituição, de regra prevendo que “quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória”²⁹⁶. Houve, portanto, pode-se dizer, nessa visão, um silêncio eloquente na

²⁹⁶ Cita-se, inclusive, na vestibular da ADI nº 2.154, manifestação de repúdio apresentada pelo Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO na aula inaugural sobre “A reforma do judiciário – observações sobre o parecer do relator”, proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em junho de 1996: “seria preciso não conhecer o Brasil para supor motivada por questões de alta indagação científica essa proposta [relativa à introdução da regra inserta no art. 27 da Lei nº 9.868/1999]. Conhecendo-

Lei Maior, relativo à possibilidade da regulação, pela Suprema Corte brasileira, dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de atos normativos.

Sob outro aspecto, a constitucionalidade da norma constante do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 é contestada porque impõe ao Supremo Tribunal Federal a necessidade de obtenção do voto da maioria de dois terços de seus membros para promover a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no julgamento das ações de controle abstrato, quando essa possibilidade, como visto, decorre da garantia constitucional da segurança jurídica.

As ADIs nºs 2.154 e 2.258 ainda não foram definitivamente julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. Em relação à disposição contida no art. 27 da Lei nº 9.868/1999, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, em 16 de agosto de 2007, votou pela sua inconstitucionalidade, por entender que a norma somente poderia ter sido criada por meio de emenda constitucional (vício formal)²⁹⁷ e, quanto ao seu conteúdo, há necessidade de dar-se interpretação conforme, para evitar que a sua aplicação atinja o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. O julgamento, contudo, foi interrompido pelo pedido de vista da Ministra Cármen Lúcia e ainda não encerrado. No entanto, já foi formada uma maioria na Suprema Corte brasileira pela afirmação da constitucionalidade da regra legal mencionada, tendo em vista os votos proferidos pela própria Ministra Carmen Lúcia e pelos Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Nunes Marques.

E, de fato, não parecem inconstitucionais as regras insertas no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e no art. 11 da Lei nº 9.882/1999.

Não se pode perder de vista que em nenhuma outra instituição o elo direto entre Direito e Política é tão claro quanto na jurisdição constitucional. Por meio de sua

o, fácil é descobrir o que têm em mente os proponentes dessa ‘nulidade’ ou ‘anulação’ diferida. É sempre o ângulo governamental. Com base nessa regra, toda vez que um tributo correr o risco de ser julgado inconstitucional – e essas coisas se sabem com antecedência em Brasília – invocando o pesado ônus da devolução do já recebido, o Poder Público pleiteará que a eficácia da decisão seja a partir do trânsito em julgado. Assim não terá de devolver o já recebido”.

²⁹⁷ Lembra JORGE MIRANDA (1988, p. 385), “o problema da eficácia das decisões de inconstitucionalidade não é um problema de Direito processual, mas sim um problema de Direito substantivo, porque se traduz em saber quais alterações efectivas que a decisão provoca ou deixa de provocar quer no respeitante às normas a que se refere quer no conjunto do ordenamento jurídico estadual”. Logo, por se tratar de matéria que atinge todo o sistema jurídico de um país, deve ser disciplinada no âmbito constitucional. Não cabe, pois, conferir ao legislador ordinário o poder de reger a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, pois ele pode aumentar ou reduzir seu alcance, inclusive de acordo com a matéria analisada.

jurisprudência, os tribunais constitucionais necessariamente interagem e ajudam a moldar o sistema político. Por outro lado, como ensina OTTO BACHOF (1963, pp. 41 e 42)

as decisões invalidatórias de uma lei podem ocasionar catástrofes, não apenas para o caso concreto, mas também para um invisível número de casos, quando essas decisões são politicamente equivocadas” e que “mais que os juízes dos outros âmbitos da Justiça, pode e deve o juiz constitucional não perder de vista as consequências – e tão frequentemente consequências políticas – de suas sentenças”

Prudente, pois, a lei facultar ao Supremo Tribunal Federal, pelo voto da maioria qualificada de seus membros (ao menos oito votos dos onze ministros que compõe a Corte), estabelecer, excepcionalmente, efeitos *ex tunc* restritos, *ex nunc* ou prospectivos no reconhecimento de inconstitucionalidade realizado em sede de ações diretas, considerando que a norma invalidada, bem ou mal, foi observada e sua aplicação gerou consequências.

Nesse sentido manifestou-se o Chief Justice Chales Hughes no julgamento do caso *Chicot County Drainage Dist. V. Baxter State Bank* (308 U. S. 371 (1940)):

É bastante claro, no entanto, que tais declarações amplas quanto ao efeito de uma decisão de inconstitucionalidade devem ser tomadas com ressalvas. A existência real de uma lei, antes da referida decisão, é um fato operacional, e pode ter consequências que não podem ser ignoradas. O passado nem sempre pode ser apagado pelo advento de uma decisão judicial. O efeito da decisão subsequente quanto à invalidez pode ter que ser considerado em vários aspectos - no que diz respeito às relações particulares, individuais e corporativas, e condutas particulares, privadas e oficiais. Alegadas questões de direitos investidos, de *status*, de determinações prévias consideradas como finais e aplicadas nessa conformidade, de políticas públicas adotadas antes e depois da lei questionada exigem exame. Essas questões estão entre as mais difíceis das que têm chamado a atenção dos tribunais, estaduais e federais, e manifesta-se a partir de inúmeras decisões no sentido de que um princípio de absoluta invalidez retroativa não pode ser justificado²⁹⁸.

²⁹⁸ No original: *It is quite clear, however, that such broad statements as to the effect of a determination of unconstitutionality must be taken with qualifications. The actual existence of a statute, prior to such a determination, is an operative fact, and may have consequences which cannot justly be ignored. The past cannot always be erased by a new judicial declaration. The effect of the subsequent ruling as to invalidity may have to be considered in various aspects -- with respect to particular relations, individual and corporate, and particular conduct, private and official. Questions of rights claimed to have become vested, of status, of prior determinations deemed to have finality and acted upon accordingly, of public policy in the light of the nature both of the statute and of its previous application, demand examination. These questions are among the most difficult of those which have engaged the attention of courts, state and federal, and it is manifest from numerous decisions that an all-inclusive statement of a principle of absolute retroactive invalidity cannot be justified.*

Por outro lado, apesar da falta de previsão legal, o Supremo Tribunal Federal passou a aplicar a modulação de efeitos tratada também nas ações de controle incidental de constitucionalidade.

O primeiro caso de importação da modulação de efeitos prevista para as ações de controle principal e abstrato para ação de controle incidental e concreto, foi realizado quando do julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário nº 197.917, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, em 06 de junho de 2002, ocasião em que a Suprema Corte decidiu reduzir de onze para nove o número de vereadores do município de Mira Estrela/SP, mas estabeleceu que os efeitos da decisão proferida, por representarem grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente, atingiriam apenas a legislatura seguinte.

Admita a importação, cumpre lembrar que, adotada a interpretação tradicional da regra inserta no art. 52, X, da Constituição Federal, a modulação dos efeitos, no controle incidental, será apenas *inter partes*, até que a execução da lei seja suspensa pelo Senado Federal²⁹⁹.

Em suma, as normas constantes no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e no art. 11 da Lei nº 9.882/1999, com inspiração no direito comparado, visaram facultar ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, permitindo que a Suprema Corte, ao declarar a incompatibilidade de lei ou ato normativo com a Lei Maior, tendo em conta motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, pelo voto da maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos retroativos da declaração ou estabelecer apenas efeitos prospectivos, a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, passou a aplicar a modulação de efeitos tratada também nas ações de controle incidental/concreto de constitucionalidade.

5.2. Ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) está prevista nas normas constantes nos arts. 102, I, “a” e “p”, e § 2º, e 103 da Lei Maior. É regulada, no campo infraconstitucional, pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Objetiva o controle

²⁹⁹ Quanto ao ato administrativo normativo, vide a sugestão feita no item 6.3.

abstrato da constitucionalidade, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A Constituição de 1988 aumentou a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade: do modelo anterior, em que o único capaz de intentá-la era o Procurador-Geral da República, passou-se a contemplar um amplo rol de legitimados a ajuizar a ADI, conforme preceitua a regra inserta 103, *caput* e incisos, da Constituição Federal: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o 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, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional³⁰⁰.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, na ação direta de inconstitucionalidade, possuem capacidade postulatória excepcional, ou seja, podem praticar atos privativos de advogado, o Presidente da República³⁰¹, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil³⁰². Essa capacidade

³⁰⁰ Ressaltam GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, pp. 1951 e 1952) que “a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que muitas controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. Portanto, parece quase intuitivo que, por essa forma, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade processual do modelo abstrato, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado”.

³⁰¹ Não se pode deixar de mencionar, contudo, que a recente a ADI nº 6.764, ajuizada em 19/03/2021 pelo Presidente da República, mediante petição por si subscrita, para buscar interpretação conforme à Constituição Federal aos artigos 2º, incisos I, II e IV, 3º, incisos I e II, da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 – Lei de liberdade econômica –, 2º, incisos I e II, e 3º, incisos II e VI, da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, a versar medidas de enfrentamento à crise sanitária decorrente do novo coronavírus, e a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos nº 41.874/2021 do Distrito Federal; 20.233/2021 elaborado pelo Governador do Estado da Bahia; 55.782/2021 e 55.789/2021, do Estado do Rio Grande do Sul, por meio dos quais determinado fechamento total e toque de recolher em virtude da pandemia Covid-19, teve a petição inicial indeferida por decisão monocrática proferida pelo Ministro Marco Aurélio em 23/03/2021, por falta de capacidade postulatória.

³⁰² Nesse sentido: a) STF, ADI nº 127 MC-QO, relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgada em 20/11/1989; b) STF, ADI nº 2.098 ED-AgR, relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgada em

postulatória, inclusive, se estende-se para a apresentação de reclamação para buscar garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (CPC, art. 988, III)³⁰³. Os partidos políticos³⁰⁴, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional³⁰⁵, contudo, necessitam da representação de profissionais da advocacia, a quem devem outorgar procuração com expressa indicação das normas questionadas ou remissão àquelas mencionadas na petição inicial³⁰⁶, para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade³⁰⁷.

A Suprema Corte brasileira exige, ainda, em relação às ações diretas de inconstitucionalidade intentadas pelas Mesas das Assembleias Legislativas dos Estados ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelos Governadores dos Estados ou do Distrito Federal e pelas confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, a demonstração de um liame de pertinência temática entre a pretensão

18/03/2002; e, c) STF, ADI nº 4.409, relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgada em 06/06/2018.

³⁰³ “RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal [...]” (STF, Rcl nº 1.987, relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgada em 01/10/2003).

³⁰⁴ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA 'AD-PROCESSUM' E 'AD-CAUSAM'. PARTIDO POLÍTICO. REPRESENTAÇÃO. CAPACIDADE POSTULATORIA. ART. 103, VIII, DA C.F. DE 1988. NÃO SENDO A SIGNATÁRIA DA INICIAL REPRESENTANTE LEGAL DE PARTIDO POLÍTICO, NÃO PODENDO, COMO VEREADORA, AJUIZAR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E NÃO ESTANDO SEQUER REPRESENTADA POR ADVOGADO, FALTANDO-LHE, ADEMAIS, CAPACIDADE POSTULATORIA, NÃO TEM LEGITIMIDADE ATIVA 'AD-PROCESSUM' E 'AD-CAUSAM' PARA A PROPOSITURA” (STF, ADI nº 131, relator Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgada em 20/11/1989).

³⁰⁵ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUI A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.773/89 - ESPECIFICAMENTE ALINEAS, INCISOS E PARAGRAFOS DO SEU ART. 17. PETIÇÃO INICIAL ASSINADA POR ENGENHEIRO CIVIL, PRESIDENTE DA COMISSAO PROVISORIA DO PLP. FALTA DE CAPACIDADE POSTULATORIA, EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO VALIDO DO PROCESSO (ART. 267, IV, DO CPC)” (STF, ADI nº 109, relator Ministro Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgada em 26/10/1989).

³⁰⁶ Nesse sentido: a) STF, ADI nº 2.187, relator Ministro Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, julgada em 15/06/2000; e, b) STF, ADI nº 2.728, relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgada em 28/05/2003).

³⁰⁷ Para um estudo mais aprofundado sobre as noções de confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, sob a ótica do Supremo Tribunal Federal, com legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, ver DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES (2018, pp. 34 a 37) e GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, pp. 1953 a 1952).

formulada por eles e seus interesses jurídicos³⁰⁸. Quanto aos demais legitimados (Presidente da República, Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Partido Político com representação no Congresso Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), a legitimação ativa, segundo o entendimento do STF, é universal³⁰⁹, ou seja, podem questionar a constitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo federal ou estadual, independentemente de seu conteúdo material.

Quanto ao objeto da ação direta de inconstitucionalidade, reza o art. 102, I, “a”, da Carta Política que por meio dela podem ser impugnados leis ou atos normativos federais e estaduais.

Constata-se, pois, de plano, que as leis e atos normativos municipais fogem ao controle de constitucionalidade realizado por ADI pelo Supremo Tribunal Federal³¹⁰.

No que tange às leis do Distrito Federal, que detém as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios (CF, art. 32, § 1º), entende o Pretório Excelso, que somente cabe ADI para questionar atos normativos derivados de sua competência estadual³¹¹. Assim, somente contra as leis e atos normativos distritais que, no restante da Federação, seriam da competência dos Estados, cabe o ajuizamento de ação direta de

³⁰⁸ Nesse sentido: STF, ADI nº 202 MC, relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgada em 23/03/1990); b) STF, ADI nº 1.307 MC, relator Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, julgada em 19/12/1995); c) STF, ADI nº 902 MC, relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgada em 03/03/1994); e, STF, ADI nº 5.037, relator Ministro Marco Aurélio, relator p/ acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgada em 30/11/2017.

³⁰⁹ Nesse sentido: STF, ADI nº 1.096 MC, relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgada em 16/03/1995.

³¹⁰ Com ensina ALEXANDRE DE MORAES (2022, pp. 1002 e 1003), “A Constituição Federal, nas previsões dos arts. 102, I, a, e 125, § 2º, somente deixa em aberto uma possibilidade de impugnação em relação ao objeto, relacionada à competência para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais contrários, diretamente, à Constituição Federal. Nessas hipóteses, será inadmissível ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal ou perante o Tribunal de Justiça local, inexistindo, portanto, essa espécie de controle concentrado de constitucionalidade, pois o único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite, em regra, é o difuso, exercido *incidenter tantum*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto; e, excepcionalmente, presente observado princípio da subsidiariedade, mediante o controle concentrado de lei municipal a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação [...]. O Supremo Tribunal Federal entende não ser possível nessa hipótese o controle concentrado pelo Tribunal de Justiça, pois tendo as decisões efeitos *erga omnes*, no âmbito estadual, a elas estaria vinculado o próprio Supremo Tribunal Federal, que deixaria de exercer sua missão constitucional de guardião da Constituição”.

³¹¹ Conforme consta na sua Súmula nº 642 do STF: “Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal”.

inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Muitas vezes, contudo, haverá dificuldade de se distinguir se determinada lei ou ato normativo do Distrito Federal foi emanado no exercício de competência estadual ou municipal, pois pode referida unidade da Federação tratar matérias de modo singular que, nos Estados, seriam abordadas em parte por eles e, em outra parte, pelos seus municípios, como aquelas concernentes à organização administrativa³¹². Na dúvida, ante essa dualidade de competências normativas do Distrito Federal, deve ser admitido o controle de constitucionalidade via ADI, pois visa a guarda da Constituição.

Quanto ao aspecto temporal, apesar da Constituição de 1988 silenciar a respeito³¹³, o Supremo Tribunal Federal, em especial nos julgamentos da ADI nº 7, realizado em 7 de fevereiro de 1992, relator Min. Celso de Mello, e da ADI nº 2, realizado em 21 de novembro de 1997, rel. Min. Paulo Brossard, na linha do que a Excelsa Corte sempre decidiu na realidade político-jurídica pré-1988, definiu que somente são passíveis de controle de constitucionalidade pela via da ação direta prevista no art. 102, I, “a” da Lei Maior, atos normativos editados após sua promulgação. Isso porque “as leis pré-existentes e havidas como incompatíveis com a Constituição são leis revogadas, que escapam do tratamento da declaração da inconstitucionalidade” (JOSÉ DE CASTRO NUNES, 1943, pp. 600 e 601). Há, no caso, um conflito de normas no tempo, revogando-se a lei anterior (pré-constitucional) pela posterior (a nova Constituição), ainda que hierarquicamente superior, se inconciliáveis.

A respeito, relevante o magistério de VICTOR NUNES LEAL (1947. pp. 389 a 391):

Ainda no que respeita a leis existentes, mas que ficaram parcialmente revogadas pela Constituição, ou não se inspiram na mesma orientação doutrinária, cumpre recordar uma controvérsia doutrinária sobre o problema de vigência. No caso de colisão entre o texto constitucional e leis preexistentes,

³¹² Nesse sentido observou o Ministro Sepúlveda Pertence, relator da ADI nº 611, julgada pelo Pleno do STF 06 de novembro de 1992.

³¹³ Cumpre registrar que as Constituições Brasileiras de 1891, 1934 e 1937 dispunham expressamente que as leis anteriores aos seus advenços continuariam em vigor se não contrariassem suas disposições, o que importa concluir, em sentido contrário, que as leis incompatíveis com a nova Constituição seriam abrogadas:

- a) Art. 83 (CF/1891). Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema do Governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados.
- b) Art 187 (CF/1934). Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariarem as disposições desta Constituição.
- c) Art 183 (CF/1937). Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição.

é evidente que estas não podem ser aplicadas. Mas a questão doutrinária consiste em saber se, no caso, a lei incompatível com a Constituição deve ser declarada inconstitucional, ou se apenas deve ser tida como revogada.

O problema não é bizantino, porque a Constituição exige maioria qualificada para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais [...] e permite que o Senado suspenda, no todo ou em parte, a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal [...]. Se se tratar, porém, de mera revogação no caso em que a lei anterior colidir com o texto constitucional, nem se exige maioria especial para que a lei deixe de ser aplicada pelos órgãos judiciários, nem tampouco pode o Senado suspender a sua execução. Nesta hipótese, portanto, mesmo que o Supremo Tribunal dê pela colisão entre a norma legal anterior e os preceitos constitucionais, qualquer juiz poderá ulteriormente, decidir que a lei continua válida por não existir a alegada incompatibilidade. É, pois, uma questão aparentemente de somenos importância, mas que tem relevantes consequências práticas.

Parece-nos mais acertada a corrente que vê na incompatibilidade entre a lei anterior e a Constituição nova um simples caso de revogação e não de inconstitucionalidade. Em primeiro lugar, porque o conflito que aí se abre é tipicamente um conflito de normas no tempo: a norma anterior considera-se revogada pela promulgação da norma posterior com ela incompatível.

Pouco importa que, na hipótese, a norma posterior não tenha apenas este caráter de norma posterior, mas seja também uma norma superior do ponto de vista hierárquico. A razão parece clara. O vício de inconstitucionalidade importa nulidade da lei. A lei que ofende a Constituição é como se não existisse, e a sua nulidade resulta da incompetência do órgão que a editou, já que o legislador ordinário não tem poder para emendar a Constituição. Mas. Se a norma constitucional, com a qual a norma legal é incompatível, for posterior a esta, então não era incompetente o órgão que promulgou a norma legal, porque o tempo de sua promulgação o legislador ordinário não exorbitara de sua competência: como a norma questionada não era incompatível com a Constituição vigente na época, não pertencia ela à competência do legislador constituinte, mas justamente à competência do legislador ordinário que a decretou.

Nessas condições, como é possível considerar que uma lei seja válida até o momento da promulgação do novo texto constitucional e daí por diante se considere nula ou inexistente? Se nulidade houvesse, essa nulidade atingiria a lei desde o seu nascimento, e conseqüentemente deveriam ser desfeitas todas as relações jurídicas constituídas sob a sua égide. Mas tal não acontece. As relações jurídicas que se constituíram ao amparo da norma em questão até o momento de ser promulgado o novo texto constitucional com ela incompatível, são plenamente válidas e subsistentes. Desse momento em diante é que a lei deixa de operar, mas não por um motivo de nulidade. E sempre que uma lei opere validamente até determinado momento e daí por adiante deixe de operar em virtude da expedição de uma norma nova, o fenômeno jurídico que temos é o da revogação, pouco importando que a norma nova seja de categoria igual ou superior à da norma anterior revogada. O mesmo fenômeno se passa quando uma lei nova é incompatível com uma norma regulamentar anterior, expedida legitimamente nos limites do poder regulamentar. A norma do regulamento, no caso, não se tornou ilegal em virtude da norma legal nova, mas simplesmente foi revogada.

Ressalte-se ainda que, mesmo quanto à lei ou ao ato normativo editado após a Constituição de 1988, somente, pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade se ainda eficaz e não revogado³¹⁴, de acordo com a jurisprudência do STF, malgrado haja

³¹⁴ Nesse sentido: a) STF, ADI nº 709, relator Ministro Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgada em 07/10/1992; e, b) STF, ADI nº 534, relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgada em 26/08/1992.

julgado da Corte afastando a prejudicialidade de ADI na hipótese de revogação de lei objeto de impugnação perto do seu julgamento com o intuito de convalidar atos administrativos praticados ao seu amparo, em verdadeira fraude processual³¹⁵.

Extrai-se também do texto constitucional (CF, art. 102, I, “a”) e das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que a ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto apenas atos normativos, ou seja, dotados de generalidade e abstração. Portanto, outros atos estatais destituídos de normatividade, de efeitos concretos³¹⁶, ainda que vestidos com a capa de “leis” (meramente formais)³¹⁷ não são passíveis de controle via

³¹⁵ A decisão foi proferida pelo STF, por unanimidade, em 14 de agosto de 2008, no julgamento das ADIs nºs 3232, 3990 e 3983, todas da relatoria do Min. Cezar Peluso. Foi declarada a inconstitucionalidade, por afronta às normas constantes no art. 61, § 1º, II, “a”, “b” e “f”, da Carta Política, do art. 5º da Lei Estadual Tocantinense nº 1.124, de 1º de fevereiro de 2000, que delegava ao Governador do Estado o poder de criar, sem limitação, cargos públicos e fixar-lhes as competências, denominações e atribuições por via de decreto, sem necessidade de lei, reconhecendo-se, por arrastamento, a inconstitucionalidade de todos os decretos de execução do referido preceito legal. Mencionada lei do Estado de Tocantins, contudo, havia sido revogada dias antes pela Lei Estadual nº 1.950, de 7 de agosto de 2008. O acórdão recebeu a seguinte ementa: “EMENTAS: 1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, “a”, e 84, inc. VI, “a”, da CF. Precedentes. Ações julgadas precedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução” (STF, ADI 3232, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2008). Interessante observar que a Lei Estadual nº 1.950/2008 também teve diversos de seus dispositivos, posteriormente, declarados inconstitucionais pelo STF em 10 de junho de 2010, no julgamento da ADI nº 4125, porque criou milhares de cargos em comissão em afronta ao disposto no art. 37, II e V, da Constituição, com o claro intuito de subverter o decidido nas ações diretas de inconstitucionalidade anteriormente citadas.

³¹⁶ Nesse sentido: “Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Item 2 - no que se refere a créditos provenientes do Estado do Amazonas - e Anexo II, item 1.1, do Comunicado CAT 36, da Coordenadoria da Administração Tributária do Estado de São Paulo. 2. O Comunicado CAT-36/2004, da Coordenadoria de Administração Tributária do Estado de São Paulo, constitui mero ato administrativo despido de normatividade, isto é, não é ato normativo autônomo, geral e abstrato e, portanto, não pode ser submetido à fiscalização abstrata de sua constitucionalidade, conforme a consolidada jurisprudência desta Corte. 3. Agravo regimental desprovido” (STF, ADI nº 3.350 AgR, relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgada em 28/08/2008).

³¹⁷ A respeito: “Ação direta de inconstitucionalidade. Arguição de inconstitucionalidade parcial dos artigos 7º e 9º da Lei 8.029/90, bem como dos incisos III e IV do artigo 2º do Decreto 99240/90. Medida liminar requerida. - A ação direta de inconstitucionalidade é o meio pelo qual se procede, por intermédio do Poder Judiciário, ao controle da constitucionalidade das normas jurídicas “in abstrato”. Não se presta ela, portanto, ao controle da constitucionalidade de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei - as leis meramente formais, porque tem forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstrato. - No caso, tanto o artigo 7º como o artigo 9º da Lei 8.029 são leis meramente formais, pois, em verdade, têm por objeto atos administrativos concretos. - Por outro lado, no tocante aos incisos III e IV do artigo 2º do

ADI³¹⁸. Admite-se, contudo, nas palavras de ALEXANDRE DE MORAES (2022, p. 833), questionamento, via ação direta de inconstitucionalidade, de “atos estatais de conteúdo meramente derogatório, como as resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo”³¹⁹, pois, conforme ensina HANS Kelsen (1999, p. 134), a norma derogante “não estatui um dever-ser, mas um não-dever-ser”.

De acordo com a doutrina³²⁰ e com apoio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois, pode-se apresentar o seguinte rol (não exaustivo) de espécies normativas aptas a ser impugnadas por meio de ação direta de inconstitucionalidade: a) emendas constitucionais (inclusive das Constituições Estaduais)³²¹; b) disposições originárias das Constituições Estaduais³²²; c) disposições originárias e emendas da Lei Orgânica do

Decreto 99240, de 7 de maio de 1990, são eles de natureza regulamentar – disciplinam a competência dos inventariantes que promoverão os atos de extinção das autarquias e fundações declarados extintos por esse mesmo Decreto com base na autorização da Lei 8.029, e 12 de abril de 1990, não sendo assim, segundo a firme jurisprudência desta Corte, susceptíveis de ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida” (STF, ADI nº 647, relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgada em 18/12/1991).

³¹⁸ GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, pp. 1973 a 1976) criticam essa orientação do STF de afastar do controle de constitucionalidade via ADI leis de efeitos concretos. Argumentam, em suma, que há atos que, por expressa disposição constitucional, devem ser editados sob a forma de lei, ainda que despojados das características da generalidade e abstração. Apresentam como exemplos as leis orçamentárias e as que criam entes da administração indireta. Ressaltam que “se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária”.

³¹⁹ A respeito: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DECRETO LEGISLATIVO 170/92 E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA 186/92, ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MARANHÃO - REMUNERAÇÃO DOS DEPUTADOS ESTADUAIS - REVOGAÇÃO DA VINCULAÇÃO DO REAJUSTE DOS SEUS VENCIMENTOS A DATA E AO PERCENTUAL DO REAJUSTAMENTO DOS SALÁRIOS DOS SERVIDORES DO ESTADO - IDONEIDADE DO ATO DEROGATORIO PARA IMPUGNAÇÃO PELA VIA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – [...]” (STF, ADI 769 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/1993).

³²⁰ Nesse sentido, confira-se: ALEXANDRE DE MORAES (2022, p. 831); GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, pp. 1965 a 1983); e, DIMITRI DIMOULIS e SORAYA LUNARDI (2019, pp.132 a 138).

³²¹ Confira-se: a) STF, ADI nº 4.307, relator Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgada em 11/04/2013);b) STF, ADI nº 926 MC, relator Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgada em 01/09/1993; b) STF, ADI nº 2.031, relator Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgada em 03/10/2002; e, c) STF, ADI nº 4.425, relator Ministro Ayres Britto, relator(a) p/ acórdão Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgada em 14/03/2013. Em relação A ADI para impugnar emenda a Constituição Estadual: STF, ADI nº 6,746, relator Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgada em 31/05/2021.

³²² Nessa linha: STF, ADI nº 4.223, relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgada em 13/03/2020.

Distrito Federal (observado o anteriormente exposto)³²³; d) tratados internacionais³²⁴ incorporados ao direito nacional; e) leis complementares federais, estaduais ou distritais (observado, quanto às distritais, o exercício de competência legislativa estadual); f) leis ordinárias federais, estaduais ou distritais (inclusive as leis orçamentárias³²⁵ e aquelas que criam municípios³²⁶, observado ainda, quanto às distritais, o que já explanado); g) leis delegadas federais ou estaduais³²⁷; h) medidas provisórias (observado que, se rejeitada, a ADI fica prejudicada; e, se convertida em lei, basta aditamento da inicial para seguimento da ADI, desde que não seja substancial a alteração³²⁸); i) decretos legislativos federais, estaduais ou distritais (inclusive os que sustentam atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar³²⁹ ou dos limites de delegação legislativa, observado, quanto aos distritais, o exercício de competência normativa atribuída aos Estados); j) resoluções da Câmara dos Deputados, do Senado Federal³³⁰, das Assembleias Legislativas dos Estados³³¹ ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; k) decretos presidenciais e governamentais (inclusive os que promulgam tratados e convenções); l) resoluções do Conselho Nacional de Justiça³³² e do Conselho Nacional do Ministério

³²³ Nesse sentido: STF, ADI 5.579, relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgada em 21/06/2021).

³²⁴ A respeito: STF, ADI nº 1.480 MC, relator Ministro Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgada em 04/09/1997).

³²⁵ Confira-se: STF, ADI nº 5.449 MC-Ref, relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgada em 10/03/2016.

³²⁶ Nesse sentido: ADI nº 733, relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgada em 17/06/1992.

³²⁷ Alguns Estados contemplam, em suas constituições, a possibilidade de elaboração de lei delegada, como Minas Gerais (CE/MG, art. 63, IV). Não há, por outro lado, previsão de edição de lei delegada na Lei Orgânica do Distrito Federal (LO/DF, art. 69).

³²⁸ A respeito: a) STF, ADI nº 3.090, relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgada em 22/04/2022; e, b) STF, ADI nº 991 MC, relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgada em 26/05/1994.

³²⁹ Nessa linha: STF, ADI nº 748 MC, relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1992.

³³⁰ A respeito: STF, ADI nº 4.858, relator Ministro Edson Fachin, relator(a) p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgada em 17/08/2021.

³³¹ Nesse sentido: STF, ADI nº 1.222, relator Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgada em 06/02/2003.

³³² Nessa linha: STF, ADI nº 3.854, relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgada em 07/12/2020.

Público³³³; m) regimentos internos dos tribunais³³⁴; n) resoluções do Tribunal Superior Eleitoral³³⁵; o) outras deliberações administrativas de órgãos judiciários (salvo as convenções coletivas de trabalho expedidas pela Justiça Trabalhista); p) outros atos normativos editados por órgãos da União, Estados ou Distrito Federal ou por pessoas jurídicas de direito público por eles criadas; e, q) pareceres com força normativa.

Por outro lado, não estão sujeitos ao controle de constitucionalidade por via da ação direta ora estudada: a) disposições originárias da Constituição Federal (por representarem manifestação do Poder Constituinte originário e estabelecerem os parâmetros do controle de constitucionalidade)³³⁶; b) leis e atos normativos municipais; c) leis e atos normativos do Distrito Federal, no exercício de competência normativa municipal³³⁷; d) leis e atos normativos anteriores ao advento da Constituição de 1988; e) leis revogadas (observada a ressalva anteriormente mencionada); f) normas já declaradas anteriormente inconstitucionais em sede de controle abstrato de constitucionalidade³³⁸; g) atos normativos que violem indiretamente dispositivos constitucionais (pois, neste caso, o controle é da legalidade)³³⁹; h) atos estatais destituídos de normatividade (inclusive as leis de efeitos concretos, com as ressalvas apresentadas); i) omissões inconstitucionais (questionáveis, eventualmente, via ação direta de inconstitucionalidade por omissão – CF, art. 103, § 2º, e Lei nº 9.868/1999, arts. 12-A a 12-H); j) súmulas vinculantes (gozam de procedimento específico para modificação ou cancelamento – CF, art 103-A, e Lei nº

³³³ A respeito: STF, ADI nº 4.263, relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgada em 25/04/2018.

³³⁴ Nesse sentido: STF, ADI nº 4.455, relator Ministro Gilmar Mendes, relator(a) p/acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2021).

³³⁵ Nesse sentido: STF, ADI nº 6.032, relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgada em 05/12/2019).

³³⁶ Nesse sentido: a) ADI nº 4.097 AgR, relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgada em 08/10/2008); b) STF, ADI nº 815, relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgada em 28/03/1996; c) STF, ADI nº 815, relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996.

³³⁷ A respeito: STF, ADI nº 611, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgada em 06/11/1992.

³³⁸ Nessa linha foi a decisão monocrática proferida pelo Min. Luiz Fux na Adi nº 5678 em 20/06/2017, assim ementada: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE OBJETO. DISPOSITIVO SUPRIMIDO DO ORDENAMENTO JURÍDICO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. PRECEDENTE. DOUTRINA. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO”.

³³⁹ Confira-se: STF, ADI nº 2.714, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2003).

11.417/2006); k) súmulas comuns (pois não têm força normativa)³⁴⁰; l) projetos de lei (a ADI tem apenas aspecto repressivo)³⁴¹; e, m) respostas de consultas feitas ao Tribunal Superior Eleitoral (trata-se de orientação, sem força vinculante)³⁴².

É importante lembrar, quanto aos efeitos da decisão definitiva proferida na ação direta de inconstitucionalidade que a Constituição Federal estabelece, desde o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, na disposição consignada em seu art. 102, § 2º, que, assim como na ação declaratória de constitucionalidade, é *erga omnes* e vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal³⁴³.

No que tange à abrangência objetiva do efeito vinculante da decisão definitiva proferida na ação direta de inconstitucionalidade, há dois pontos a destacar que interessam ao objeto deste trabalho: a) se alcança a decisão cautelar eventualmente emanada na própria ADI; b) se se estende aos fundamentos determinantes da decisão prolatada.

Em relação ao primeiro ponto, a Constituição de 1988, na sua redação original, contemplou a possibilidade do Supremo Tribunal Federal apreciar medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, “p”). As normas previstas nos arts. 10 a 12 da Lei nº 9.868/1999 regulam seu procedimento.

³⁴⁰ Nessa trilha: STF, ADI nº 594, relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgada em 19/02/1992.

³⁴¹ A respeito: STF, ADI nº 466 MC, relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgada em 03/04/1991.

³⁴²: Nesse sentido: STF, ADI nº 1805 MC, relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgada em 26/03/1998.

³⁴³ No plano infraconstitucional, os referidos efeitos já foram previstos desde a edição da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, conforme norma inserta em seu artigo 28, parágrafo único. A redação original da Constituição Federal não contemplava os efeitos *erga omnes* e vinculante para a ação direta de inconstitucionalidade. Foi a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993 que os introduziu no domínio constitucional, ao acrescentar o parágrafo 2º ao art. 102 da Carta Política, porém apenas em relação à então criada ação declaratória de constitucionalidade. Coube à EC nº45/2004 estendê-lo à ADI. Contudo, como observam DIMITRI DIMOULIS e SORAYA LUNARDI (2019, p. 206), “a mesma emenda restringiu o alcance do efeito vinculante, substituindo a expressão *Poder Executivo* [constante na redação original do § 2º do art. 102 da Constituição] por *administração pública direta e indireta*. Em razão disso, a cúpula do Executivo, que toma decisões de peculiar relevância política fica fora do alcance do efeito vinculante. Isso causa estranheza em um Estado constitucional, mas é a interpretação que permite dar um significado útil a essa mudança do texto constitucional”. A redação atual do art. 102, § 2º, da Lei Maior é:

Art. 102 (CF) [...]

§ 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.

A Carta Política silencia quanto aos efeitos da decisão cautelar proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade. E, como a norma inserta no seu art. 102, §2º, reza que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas referidas ações produzem 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, poder-se-ia dizer que esses efeitos não integram as decisões cautelares exaradas nas ADIs.

A Carta Política, contudo, não proibiu expressamente o legislador infraconstitucional de disciplinar o assunto.

E a Lei nº 9.868/1999, na disposição constante no seu art. 11, § 1º, expressa que a medida cautelar concedida pelo STF terá eficácia contra todos. Ressalte-se que a decisão deve ser tomada pela maioria absoluta dos integrantes da corte, salvo no período de recesso (Lei nº 9.868/1999, art. 10, *caput*).

Mas a Lei 9.868/1999 também é omissa em relação à existência de eventual efeito vinculante nas decisões cautelares proferida nas ações diretas de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, porém, tem concedido efeito vinculante nessas hipóteses, admitindo, inclusive, o manejo de reclamação. Nesse sentido podem ser conferidas as decisões proferidas na Medida Cautelar na Reclamação nº 2.653, da relatoria do Ministro Cezar Peluso (decisão monocrática proferida em 30 de junho e 2004) e na Reclamação nº 2.256, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgada em 11 de setembro de 2003.

Quanto ao segundo ponto, a questão cinge-se a compreender se o efeito vinculante da decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade diz respeito apenas à sua parte dispositiva ou se estende aos motivos nela apresentados, à *ratio decidendi*. Trata-se da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal parece oscilar a respeito do tema. Há decisões proferidas pela Corte que aplicaram a teoria da transcendência dos motivos determinantes e outros a refutaram.

Como exposto pelo Ministro Celso de Mello na decisão monocrática que proferira em 11 de março de 2005 na Reclamação nº 2.986, a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes garante a força normativa da Constituição. Ademais, no plano infraconstitucional, como observa DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES (2018 pp. 74 e 75), a regra inscrita no art. 927, I, Código de Processo Civil, ao determinar a observância, pelos juízes e tribunais, das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal

Federal em controle concentrado de constitucionalidade aponta também nessa direção³⁴⁴, inclusive, diga-se, em relação às decisões proferidas em medidas cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Seria conveniente, contudo, dada a falta de um posicionamento ainda claro do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, uma vez que a norma processual mencionada não se estende à Administração Pública, tendo em vista sua imensa polarização, a necessidade de orientações claras sobre assuntos jurídicos e diante das consequências que o acolhimento de uma reclamação pode causar, inclusive com possibilidade de instauração de processo de *impeachment*, (Lei nº 1.079/1950, art. 4º, VIII), que a lei expressamente consignasse que os fundamentos subjacentes das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, cautelares ou meritórias, têm efeito transcendente³⁴⁵.

Feitas essas observações introdutórias, especificamente quanto ao estudo do controle da constitucionalidade dos atos da Administração Pública por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, realizou-se uma pesquisa de jurimetria, fundada no exame dos julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, para, por meio dos dados estatísticos colhidos, obter um panorama da realidade do sistema e das eventuais necessidades de melhoramento, a fim de permitir a apresentação de eventuais propostas de aprimoramento, crente na lição secular de OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (1897, p. 469)³⁴⁶ de que o estudo racional e o desenvolvimento do direito são também apoiados

³⁴⁴ O enunciado 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis reza que “os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”.

³⁴⁵ Vide itens 6.1 e 6.2.

³⁴⁶ Pronuncia OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (1897, p. 469): *At present, in very many cases, if we want to know why a rule of law has taken its particular shape, and more or less if we want to know why it exists at all, we go to tradition. We follow it into the Year Books, and perhaps beyond them to the customs of the Salian Franks, and somewhere in the past, in the German forests, in the needs of Norman kings, in the assumptions of a dominant class, in the absence of generalized ideas, we find out the practical motive for what now best is justified by the mere fact of its acceptance and that men are accustomed to it. The rational study of law is still to a large extent the study of history. History must be a part of the study, because without it we cannot know the precise scope of rules which it is our business to know. It is a part of the rational study, because it is the first step toward an enlightened scepticism, that is, toward a deliberate reconsideration of the worth of those rules. When you get the dragon out of his cave on to the plain and in the daylight, you can count his teeth and claws, and see just what is his strength. But to get him out is only the first step. The next is either to kill him, or to tame him and make him a useful animal. For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics. It is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds upon*

no estudo da história e que, conforme leciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (2004), o suporte em dados científicos é primordial para as recomendações de mudanças no ordenamento jurídico³⁴⁷.

Assim, foram analisadas, no período compreendido desde o advento da Constituição de 1988 até 12 de dezembro de 2022, 5.703 (cinco mil, setecentas e três) ementas de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Tribunal Pleno do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Desse universo, selecionou-se 360 (trezentos e sessenta) julgados de ADIs que interessaram ao objeto desta pesquisa.

Os critérios para escolha das decisões foram: a) não terem deixado de conhecer os pedidos deduzidos nas ações de controle objetivo pelo fundamento único de ilegitimidade das partes postulantes ou em razão de defeitos das petições iniciais (porque, nesses casos, as decisões proferidas não justificaram sequer o não conhecimento das ações em virtude dos seus objetos ou não apreciaram os méritos dos pedidos); b) referirem-se, exclusivamente, ao controle de constitucionalidade de atos da Administração Pública (ou seja, não existir apreciação de vício de lei ou outro ato legislativo, inclusive dispositivos de constituições estaduais, em conjunto, o que poderia implicar apenas na inconstitucionalidade por arrastamento dos atos administrativos normativos); c) terem sido proferidas pelo Plenário do STF (não foram consideradas decisões monocráticas dos Ministros ou das Turmas, por não representarem, necessariamente, todo o entendimento do Colegiado); e, d) serem finais.

Os julgados selecionados foram agrupados de acordo com os órgãos emissores dos atos questionados, a fim de propiciar uma inicial visão global conforme o Poder (ou ente autônomo, nos casos dos Tribunais de Contas e Ministério Público) dos quais emanaram, considerando a divisão das funções estatais. No âmbito do Poder Executivo, foram, também, separadas, em razão da quantidade e da especialidade presente nas demandas do segundo grupo, as ações diretas movidas contra atos administrativos

which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation of the past.

³⁴⁷ Ao tratar das reformas das leis processuais no início do milênio, mas em lição aplicável a esta investigação, afirma HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (2004): “Sem o apoio em dados cientificamente pesquisados e analisados, a reforma legislativa dos procedimentos é pura inutilidade, que só serve para frustrar, ainda mais, os anseios da sociedade por uma profunda e inadiável modernização da Justiça. Sem estatística idônea, qualquer movimento reformista perde-se no empirismo e no desperdício de energias por resultados aleatórios e decepcionantes” (Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em 20/10/2022).

editados pelo Chefe do Poder Executivo e aquelas que impugnaram atos surgidos pela atuação de outros órgãos atrelados ao referido Poder. Houve, ainda, destaque em relação ao Conselho Nacional de Justiça em virtude da centralização das questões administrativas que a criação desse órgão de sobreposição propiciou no âmbito da administração do Poder Judiciário, atomizado em quase uma centena de tribunais. Isso não foi feito, contudo, em relação ao Conselho Nacional do Ministério Público em razão de pequena quantidade de casos vinculados à instituição como um todo.

Assim, dos 360 (trezentos e sessenta) julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade que questionaram exclusivamente atos da Administração Pública no período analisado, chegou-se ao seguinte resultado:

- 105 (cento e cinco) desses atos contestados foram editados pelo Presidente da República ou pelos Governadores de Estados/Distrito Federal³⁴⁸;
- 59 (cinquenta e nove) surgiram em razão de atuações de outros órgãos vinculados ao Poder Executivo³⁴⁹;
- 10 (dez) foram expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça³⁵⁰;
- 164 (cento e sessenta e quatro) partiram de deliberações dos tribunais do Poder Judiciário no exercício de função administrativa normativa³⁵¹;

³⁴⁸ ADIs n^{os} 99, 309, 316, 460, 482, 485, 520, 519, 313, 566, 589, 3, 670, 710, 409, 649, 47, 800, 545, 811, 977, 996, 982, 1.248, 1.306, 1.327, 561, 1.339, 1.405, 1.537, 1.538, 1.607, 1.544, 1.866, 1.969, 2.002, 1.979, 2.097, 2.121, 2.352, 2.387, 2.376, 921, 1.670, 2.334, 2.564, 254, 2.950, 3.340, 3.389, 3.147, 3.183, 1.633, 3.614, 3.235, 3.944, 4.176, 4.677, 4.040, 3.950, 4.127, 4.061, 3.239, 1.335, 5.874, 5.495, 5.937, 6.012, 5.852, 5.942, 5.609, 6.543, 5.086, 6.476, 5.458, 6.013, 5.987, 5.676, 4.857, 7.133, 7.041, 6.828, 2.489, 4.218, 1.258, 3.312, 3.410, 3.389, 2.376, 3.702, 3.664, 4.152, 3.416, 5.593, 3.676, 4.985, 2.044, 6.222, 4.281, 5.145, 6.479, 6.144, 1.131, 224 e 1.990.

³⁴⁹ ADIs n^{os} 311, 360, 365, 418, 4, 432, 536, 539, 531, 264, 986, 1.347, 1.388, 8, 1.056, 1.653, 1.672, 1.827, 1.880, 2.714, 3.353, 3.206, 2.398, 3.691, 2.999, 3.805, 4.644, 4.095, 5.904, 4.819, 6.111, 4.120, 4.735, 5.543, 5.903, 5.582, 6.368, 6.117, 3.033, 6.407, 3.481, 6.754, 6.749, 3.074, 5.547, 6.288, 51, 310, 715, 1.089, 1.851, 2.224, 3.103, 4.628, 4.171, 5.858, 1.601, 5.439 e 5.464.

³⁵⁰ ADIs n^{os} 3.854, 4.145, 4.938, 4.410, 5.221, 4.412, 5.519, 4.709, 4.580 e 5.153.

³⁵¹ ADIs n^{as} 29, 27, 189, 25, 527, 587, 654, 661, 662, 681, 684, 663, 664, 666, 695, 693, 729, 726, 727, 721, 728, 730, 758, 683, 694, 1.088, 841, 1.098, 1.203, 1.244, 1.147, 696, 1.352, 658, 1.367, 1.383, 1.451, 1.481, 1.503, 577, 1.450, 1.444, 740, 1.618, 1.614, 1.658, 1.662, 1.684, 1.732, 1.709, 1.777, 1.776, 1.751, 1.797, 1.712, 1.793, 1.845, 1.610, 1.727, 1.710, 1.936, 1.985, 1.612, 2.098, 2.107, 2.052, 1.968, 2.093, 2.104, 2.151, 2.201, 2.323, 2.071, 2.415, 87, 1.500, 923, 2.608, 857, 2.753, 2.602, 1.919, 2.880, 2.579, 2.874, 2.958, 2.951, 2.792, 2.618, 2.103, 3.331, 2.763, 2.333, 3.339, 3.401, 3.376, 3.443, 2.924, 3.490, 3.132, 3.190, 2.885, 3.566, 2.480, 3.508, 3.778, 2.862, 2.907, 4.140, 3.265, 3.202, 5.240, 5.310, 3.544, 3.812, 3.785, 4.693, 4.975, 5.046, 2.974, 5.175, 4.213, 3.261, 3.504, 4.320, 5.681, 6.766, 2.932, 4.455, 3.557, 7.083, 4.662, 1.660, 1.603, 1.613, 1.616, 381, 1.493, 2.243, 2.269, 2.278, 2.266, 2.283, 2.267, 2.275, 2.285, 2.280, 2.628, 2.993, 2.626, 3.345, 3.999, 5.028, 4.965, 4.947, 5.020, 5.081, 5.571, 5.122, 6.032, 6.395, 4.583, 7.214 e 1.154.

- 03 (três) originaram-se de atos do Poder Legislativo, também no exercício de função administrativa normativa³⁵²;
- 11 (onze) foram editados pelo Tribunal de Contas da União ou dos Estados/Distrito Federal³⁵³; e,
- 08 (oito) surgiram de posturas do Ministério Público (incluídos os atos do CNMP)³⁵⁴.

Esses números revelam, de pronto, uma grande quantidade de ações voltadas a impugnar atos administrativos expedidos pelos Chefes do Poder Executivo da União e dos Estados (especialmente decretos), o que é compreensível, uma vez que a eles compete primordialmente expedir atos regulamentares e realizar ações de governo e políticas públicas, o que importa em intensa normatização.

Os dados também indicam um expressivo volume de ações diretas de inconstitucionalidade intentadas para questionar atos administrativos editados diretamente por outros órgãos vinculados ao Poder Executivo Federal Estaduais/Distrital. Neles se incluem ADIs manejadas contra atos expedidos pelo(a)(por): Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Infraestrutura, Ministério da Fazenda, Ministério da Educação e Desporto, Ministério da Justiça, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Saúde, Ministério da Previdência Social, Conselho Interministerial de Preços, Secretaria de Segurança e Saúde do Trabalho, Secretaria de Segurança e Saúde do Trabalho, autoridades fiscais [especialmente Receita Federal do Brasil e Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ)], Banco Central do Brasil, Consultoria Geral da República, Conselho Nacional de Saúde, Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CPGC), Conselho Monetário Nacional (CMN), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Conselho Federal de Psicologia (CFP), Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), Conselho Estadual do Meio Ambiente do Ceará (COEMA-CE), Universidade Federal do Rio de Janeiro, Conselho de Política de Pessoal, da Secretaria de Administração do

³⁵² 416, 18 e 6.751.

³⁵³ ADIs n^{os} 697, 870, 1.249, 1.685, 1.691, 1.782, 4.081, 5.899, 5.691, 3.377 e 3977.

³⁵⁴ ADIs n^{os} 4.219, 1.289, 2.426, 3.460, 3.831, 5.434, 5.454 e 5.125.

Governo do Distrito Federal, Secretaria de Segurança Pública do Maranhão, Secretaria da Agricultura e dos Abastecimento do Paraná, Secretaria de Educação do Paraná, Departamento Estadual de Trânsito do Tocantins (DETRAN-TO) e Departamento Estadual de Trânsito do Distrito Federal (DETRAN-DF).

As informações tabeladas ainda realçam um significativo montante de ADIs para contestar atos administrativos expedidos no seio do Poder Judiciário, o que se justifica em razão da capacidade de autogoverno dos tribunais e da sua competência para expedir atos administrativos normativos autônomos, bem como da atribuição dada pela Constituição Federal ao Conselho Nacional de Justiça para editar atos administrativos normativos independentes.

Contudo, em relação ao Poder Legislativo (no exercício de função administrativa normativa), Tribunais de Contas e órgãos do Ministério Público, os números apresentados são pouco expressivos [totalizam aproximadamente 6% (seis por cento) dos julgados].

Outros importantes elementos relacionados ao controle concentrado de constitucionalidade dos atos da Administração Pública ainda foram colhidos da análise mais detalhada das decisões selecionadas³⁵⁵.

Em mais de 1/3 (um terço) das ações diretas que visaram impugnar atos expedidos pelo Presidente da República ou por Governadores das unidades da Federação³⁵⁶ e em mais de 40% (quarenta por cento) daquelas movidas para questionar atuações de outros órgãos vinculados ao Poder Executivo³⁵⁷, o Plenário do Supremo Tribunal Federal não conheceu dos pedidos por considerar que a inconstitucionalidade alegada era apenas indireta e a questão deveria ser discutida na via difusa/concreta, por configurar ilegalidade. Esse número é sensivelmente menor nas ADIs intentadas contra atos

³⁵⁵ Os dados seguintes se apoiaram no principal argumento apresentado em cada acórdão examinado. Muitas vezes, contudo, as conclusões obtidas nos julgados se basearam em mais de um fundamento. Uma ação direta pode, por exemplo, não ter sido conhecida por considerar o ato administrativo impugnado secundário, mas também de efeitos concretos e já revogado.

³⁵⁶ Foram localizados 37 (trinta e sete) casos: ADIs n^{os} 99, 485, 589, 710, 708, 545, 977, 996, 1.253, 1.248, 1.327, 561, 1.339, 1.405, 1.537, 1.538, 1.544, 1.866, 2.121, 2.387, 1.670, 2.334, 4.176, 3.950, 4.127, 5.495, 5.937, 5.086, 5.458, 6.013, 7.133, 7.041, 2.489, 4.218, 1.258, 5.593 e 1.990.

³⁵⁷ Foram encontrados 24 (vinte e quatro) julgados: ADIs n^{os} 311, 360, 365, 418, 536, 531, 264, 1.347, 1.338, 1.653, 1.880, 2.714, 2.398, 2.999, 4.644, 4.095, 5.904, 4.819, 6.111, 4.120, 5.903, 5.582, 6.117 e 3.074.

normativos editados pelas Cortes Judiciárias, totalizando menos de 10% (dez por cento)³⁵⁸.

Essa estatística se justifica dado o caráter ancilar e secundário que ordinariamente assumem os atos normativos expedidos no âmbito do Poder Executivo e a alma autônoma daqueles emanados no Poder Judiciário.

Por outro lado, é inegável que a rejeição, pelo Supremo Tribunal Federal, do controle concentrado abstrato de constitucionalidade de atos administrativos normativos em razão da violação apenas indireta do conteúdo deles com a Constituição, com a consequente remessa da questão deduzida para as vias difusas, importa, muitas vezes, na multiplicação de demandas, ante a ausência de um sistema de controle concentrado e abstrato da legalidade desses normativos³⁵⁹.

Sob outro prisma, foram constados nas decisões analisadas 21 (vinte e um) casos de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas prejudicadas devido à revogação superveniente, expressa ou tácita, dos atos administrativos impugnados ou porque seus efeitos cessaram pelo decurso do prazo de validade³⁶⁰. A respeito, tem entendido o Supremo Tribunal Federal que o ulterior exaurimento da eficácia do ato normativo, ou sua alteração substancial, antes do julgamento da ação de controle concentrado, importa na sua prejudicialidade, independentemente da verificação dos efeitos concretos que o ato tenha produzido, relevantes somente no plano das relações jurídicas individuais, mas não no controle abstrato de normas.

Da análise dos julgados selecionados acima mencionados também podem ser observados 12 (doze) casos de não conhecimento das ações diretas por disporem os atos administrativos impugnados de situações individuais e concretas, sem densidade

³⁵⁸ Somente 15 (quinze) decisões foram detectadas: ADIs n^os 1751, 1793, 1845, 1968, 2151, 2792, 2618, 3376, 3132, 2862, 3812, 2243, 2628, 2626, 1154.

³⁵⁹ Vide item 6.4.

³⁶⁰ 17 (dezessete) julgados de atos administrativos expedidos pelo Presidente da República ou por Governadores de Estados/Distrito Federal (ADIs n^os 460, 482, 520, 519, 670, 649, 1.607, 2.002, 1.979, 2.097, 2.352, 921, 254, 4.061, 5.987, 3.416 e 5.145); 4 (quatro) decisões relativas a atos expedidos por outros órgãos ligados ao Poder Executivo (ADIs n^os 539, 8, 1.056 e 715); 12 (doze) casos vinculados a atos das Cortes Judiciárias (ADIs n^os 1.203, 1.451, 87, 2.608, 3.339, 3.778, 3.265, 4.213, 3.261, 1.603, 5.571 e 4.583); 3 (três) julgados de ADIs contra atos administrativos dos Tribunais de Contas (ADIs n^os 870, 1.685 e 1.691); e, 1 (uma) decisão referente ao CNMP (ADI n^o 3.831).

normativa³⁶¹. Não dotado o ato questionado das características da abstração e da generalidade, incabível seu controle pela via concentrada e abstrata.

Nesse grupo foi incluído a curiosa situação analisada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 432, da relatoria do Ministro Celso de Mello, julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 15 de maio de 1991. Na referida ação foram impugnadas portarias do Ministro da Infraestrutura que, segundo a parte autora, estimulavam, sobretudo diante dos seus *consideranda*, a participação da iniciativa privada na prestação de serviços de telecomunicações, o que seria vedado constitucionalmente, ante o teor da regra inserta no art. 21, XI, da Carta Política, na sua redação original³⁶², anterior à modificação promovida pela Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995³⁶³. Entendeu a Suprema Corte, conteúdo, que a ação de controle concentrado e abstrato não poderia ser conhecida porque as portarias ministeriais questionadas se limitaram a veicular ordens administrativas destinadas ao Secretário Nacional de Comunicação³⁶⁴, não possuindo recheio nomológico. Por outro lado, decidiu o STF que não há, em nosso ordenamento jurídico, o fenômeno da inconstitucionalidade potencial ou esperada. Logo, a verificação de incompatibilidade constitucional deve ocorrer somente em relação a atos normativos existentes e não àqueles que possam ser editados, “não obstante a potencialidade de sua superveniência como efeito consequencial imediatamente derivado de determinado comportamento do Poder Público”. Ademais, a motivação do ato administrativo (os *consideranda*) não integram seu conteúdo e não tem densidade normativa³⁶⁵.

³⁶¹ ADIs nºs 545, 811, 4.677 e 4.040 (Chefe do Poder Executivo); ADIs nºs 432, 1.827 e 6368 (outros órgãos do Poder Executivo); e, ADIs nºs 527, 587, 1.658, 1.712 e 2.071 (Poder Judiciário).

³⁶² Dispunha o referido preceito constitucional competir à União “explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União”.

³⁶³ A disposição contida no art. 21, XI, da Constituição Federal passou a ter, após a EC nº 8/1995, a seguinte redação: “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

³⁶⁴ Para rever regulamentos e normas técnicas disciplinadores da prestação de serviços de telecomunicações, com o objetivo de eliminar restrições ao acesso da iniciativa privada à prestação deles, bem como concluir os estudos necessários para a fixação de critérios para a outorga, mediante licitação, do serviço de radiocomunicação móvel terrestre restrito celular (serviço móvel celular).

³⁶⁵ O acórdão recebeu a seguinte ementa: “ADIN - PORTARIAS MINISTERIAIS - SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES - SERVIÇO DE RADIOCOMUNICAÇÃO MOVEL TERRESTRE RESTRITO

Quanto às ações diretas de inconstitucionalidade que tiveram seus méritos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, foram observados 205 (duzentos e cinco) julgados, divididos nos grupos definidos da seguinte forma:

- 41 (quarenta e um) relativos a atos administrativos normativos editados pelo Presidente da República ou pelos Governadores de Estados/Distrito Federal: 29 (vinte e nove) ao menos em parte procedentes³⁶⁶ e 12 (doze) improcedentes³⁶⁷;
- 20 (vinte) referentes a atos administrativos normativos originados de outros órgãos vinculados ao Poder Executivo: 16 (dezesseis) ao menos em parte procedentes³⁶⁸ e 04 (quatro) improcedentes³⁶⁹;
- 09 (nove) concernentes a atos administrativos normativos expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça: 02 (dois) ao menos em parte procedentes³⁷⁰ e 07 (sete) improcedentes³⁷¹;

CELULAR - SERVIÇO MOVEL CELULAR - ATOS ADMINISTRATIVOS SEM CONTEUDO NORMATIVO - INEXISTÊNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE POTENCIAL - A QUESTÃO DOS 'CONSIDERANDA' DO ATO ESTATAL E O JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - Portarias ministeriais, que se limitam a veicular ordens administrativas destinadas a determinado agente público, não se revestem de conteúdo normativo. Traduzem meras determinações de serviço que não se alcançam, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade, a estatura de atos normativos. - Inexiste, em nosso Direito, o fenômeno jurídico da inconstitucionalidade potencial ou da inconstitucionalidade esperada. O juízo de ilegitimidade constitucional, por supor conflito hierárquico atual entre atos estatais ordinários e o texto da Constituição, não pode ter por objeto situações normativas ainda não existentes, não obstante a potencialidade de sua superveniência como efeito consequencial imediatamente derivado de determinado comportamento do Poder Público. A expectativa de comportamentos inconstitucionais, materializada pela possibilidade de a Administração Pública, em atendimento a prescrições ordinatorias destinadas a seus agentes, vir a produzir atos eivados de inconstitucionalidade, não justifica que, com base nela, se venha a aparelhar, perante o Supremo Tribunal Federal, a ação direta, cujo pressuposto de atuação e a existência, efetiva e atual, de atos estatais dotados de conteúdo normativo. - Meros 'consideranda', que correspondem a motivação do ato administrativo, não lhe integram o conteúdo e nem se revestem de eficácia normativa. Eventuais vícios que se possam verificar nos motivos do ato estatal não contagiam as normas nele veiculadas. O juízo de constitucionalidade não incide sobre os motivos subjacentes a formulação do ato estatal" (STF, ADI nº 432, relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgada em 15/05/1991).

³⁶⁶ ADIs nºs 313, 1.969, 2.376, 2.950, 3.389, 3.147, 3.183, 3.614, 3.235, 1.335, 6.012, 5.852, 5.609, 6.543, 6.476, 5.676, 4.857, 6.828, 3.312, 3.389, 2.376, 3.702, 3.664, 4.152, 4.985, 6.222, 4.281, 6.479 e 6.144.

³⁶⁷ ADIs nºs 47, 800, 1.306, 2.564, 3.944, 3.299, 5.874, 5.942, 3.410, 3.676, 2.044 e 1.131.

³⁶⁸ ADIs nºs 3.353, 3.206, 3.691, 4.735, 5.543, 6.407, 3.481, 6.754, 6.749, 6.288, 51, 310, 1.089, 4.628, 4.171 e 1.601.

³⁶⁹ ADIs nºs 3.033, 5.547, 1.851 e 3.103.

³⁷⁰ ADIs nºs 3.854 e 4.145.

³⁷¹ ADIs nºs 4.938, 4.410, 5.221, 4.412, 5.119, 4.709 e 4.580.

- 120 (cento e vinte) tocantes a atos administrativos normativos oriundos dos tribunais do Poder Judiciário no exercício de função administrativa normativa: 92 (noventa e dois) ao menos em parte procedentes³⁷² e 28 (vinte e oito) improcedentes³⁷³;
- 02 (dois) relativos a atos administrativos normativos emanados do Poder Legislativo no exercício de função administrativa normativa: 01 (um) procedente³⁷⁴ e 01 (um) improcedente³⁷⁵;
- 07 (sete) referentes a atos administrativos normativos editados pelos Tribunais de Contas da União ou dos Estados/Distrito Federal: 05 (cinco) ao menos em parte procedentes³⁷⁶ e 02 (dois) improcedentes³⁷⁷; e,
- 06 (seis) concernentes a atos administrativos normativos expedidos pelos órgãos do Ministério Público (inclusive CNMP): 01 (um) parcialmente procedente³⁷⁸ e 05 (cinco) improcedentes³⁷⁹.

Esses números representam mais da metade de todas as ações diretas escolhidas, mas é inflacionado pela quantidade de ADIs com apreciação de mérito relativas a impugnação de atos administrativos expedidos no âmbito do Poder Judiciário, incluindo o Conselho Nacional de Justiça [total de 129 (cento e vinte e nove) decisões], fato que se justifica dado o caráter autônomo ou independente dos atos administrativos normativos que proclamam.

³⁷² ADIs nºs 29, 27, 189, 654, 661, 662, 681, 684, 663, 664, 666, 693, 729, 726, 727, 721, 728, 730, 683, 694, 1.088, 841, 1.098, 1.147, 696, 1.352, 658, 1.481, 1.503, 577, 1.444, 740, 1.618, 1.614, 1.662, 1.732, 1.777, 1.776, 1.797, 1.610, 1.727, 1.710, 1.985, 1.612, 2.098, 2.107, 2.052, 2.093, 2.104, 2.201, 2.323, 1.500, 857, 2.753, 2.602, 2.880, 2.579, 2.874, 2.958, 2.951, 2.103, 3.331, 2.763, 3.401, 3.443, 2.924, 3.190, 2.885, 3.566, 3.508, 2.907, 4.140, 3.202, 5.310, 3.544, 3.785, 4.693, 2.974, 5.681, 6.766, 2.932, 4.662, 1.660, 1.613, 1.616, 2.993, 5.028, 4.965, 4.947, 5.020, 5.081 e 6.032.

³⁷³ ADIs nºs 25, 758, 1.450, 1.936, 2.415, 2.480, 5.240, 4.975, 5.046, 5.175, 3.504, 4.320, 4.455, 3.557, 7.083, 2.269, 2.278, 2.266, 2.283, 2.267, 2.275, 2.285, 2.280, 3.345, 3.999, 5.122, 6.395 e 7.214.

³⁷⁴ ADI nº 18.

³⁷⁵ ADI nº 6.751.

³⁷⁶ ADIs nºs 697, 1.249, 1.782, 4.081 e 5.691.

³⁷⁷ ADIs nºs 3.377 e 3.977.

³⁷⁸ ADI nº 5.125.

³⁷⁹ ADIs nºs 1.289, 4.219, 3.460, 5.434 e 5.454.

Uma verificação mais profunda dos referidos julgados revela outras importantes informações³⁸⁰.

Das 205 (duzentas e cinco) ações diretas selecionadas, 146 (cento e quarenta e seis) foram julgadas procedentes, ainda que parcialmente, o que representa mais de 70% (setenta por cento) dos casos.

E, desses 146 (cento e quarenta e seis) julgamentos de procedência (ainda que apenas parcial) das ações diretas de inconstitucionalidade destacadas, somente 43 (quarenta e três) tiveram como principal fundamento a constatação de incompatibilidades do ato administrativo normativo com o conteúdo da Constituição (inconstitucionalidade material)³⁸¹. Nos outros 103 (cento e três) casos, o equivalente a também mais de 70% (setenta por cento), o primeiro motivo levantado para inquirir de inconstitucional o ato administrativo normativo impugnado foi a falta de competência do ente que o expediu, pois deveria ter sido disciplinada por lei (inconstitucionalidade orgânica)³⁸².

Esses dados revelam uma tendência por parte do Administrador Público, sobretudo daqueles que detém capacidade de expedição de atos normativos administrativos autônomos, como as Cortes Judiciárias, a extrapolar a sua competência normativa, invadindo campo reservado à atuação legislativa.

Mas, nesse ponto, uma outra informação também é relevante: das 164 (cento e sessenta e quatro) ações diretas de inconstitucionalidade manejadas para impugnar exclusivamente atos administrativos normativos expedidos pelos tribunais do Poder Judiciário, somente 32 (trinta e duas) delas foram intentadas³⁸³ após a criação e instalação

³⁸⁰ Como anteriormente alertado, os dados seguintes também se escoraram no motivo mais relevante indicado em cada decisão para alicerçá-la. Mas em diversos julgados foram declarados outros fundamentos para justificar as decisões proferidas, principalmente quando houve julgamento de procedência das ADIs. Afinal, é plenamente possível, por exemplo, constatar inconstitucionalidades formal e orgânica ao lado de inconstitucionalidades materiais no mesmo ato normativo questionado.

³⁸¹ ADIs n^os 313, 1.969, 3.389, 3.614, 3.235, 1.335, 6.012, 5.852, 6.543, 6.476, 4.857, 3.389, 6.222, 6.479, 4.735, 5.543, 3.481, 6.288, 310, 4.628, 4.171, 1.601, 3.854, 29, 27, 189, 654, 1.088, 1.098, 1.662, 2.201, 2.602, 2.579, 2.874, 2.958, 2.763, 3.443, 2.924, 3.190, 2.993, 5.081, 18 e 5.125.

³⁸² ADIs n^os 2.376, 2.950, 3.147, 3.183, 5.609, 5.676, 6.828, 3.312, 2.376, 3.702, 3.664, 4.152, 4.985, 4.281, 6.144, 3.353, 3.206, 3.691, 6.407, 6.754, 6.749, 51, 1.089, 4.145, 661, 662, 681, 684, 663, 664, 666, 693, 729, 726, 727, 721, 728, 730, 683, 694, 841, 1.147, 696, 1.352, 658, 1.481, 1.503, 577, 1.444, 740, 1.618, 1.614, 1.732, 1.777, 1.776, 1.797, 1.610, 1.727, 1.710, 1.985, 1.612, 2.098, 2.107, 2.052, 2.093, 2.104, 2.323, 1.500, 857, 2.753, 2.880, 2.951, 2.103, 3.331, 3.401, 2.885, 3.566, 3.508, 2.907, 4.140, 3.202, 5.310, 3.544, 3.785, 4.693, 2.974, 5.681, 6.766, 2.932, 4.662, 1.660, 1.613, 1.616, 5.028, 4.965, 4.947, 5.020, 6.032, 697, 1.249, 1.782, 4.081 e 5.691.

³⁸³ ADIs n^os 3.544, 3.557, 3.566, 3.778, 3.785, 3.812, 3.999, 4.140, 4.213, 4.320, 4.455, 4.583, 4.662, 4.693, 4.947, 4.965, 4.975, 5.020, 5.028, 5.046, 5.081, 5.122, 5.175, 5.240, 5.310, 5.571, 5.681, 6.032, 6.395, 6.766, 7.083 e 7.214.

do Conselho Nacional de Justiça³⁸⁴. E nesse grupo ainda foram somados 12 (doze) julgados referentes a questionamentos de resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral no exercício de sua competência normativa³⁸⁵ e que não se sujeitam ao controle administrativo realizado pelo CNJ³⁸⁶.

Pode-se concluir que a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle administrativo e financeiro de todos os tribunais do país, exceto do Supremo Tribunal Federal, teve o mérito de, no seio do Poder Judiciário, por meio de suas resoluções, uniformizar diversas ações administrativas normativas adotadas antes de forma variada nas Cortes Judiciárias brasileiras (e cujo controle abstrato, antes, somente podia ser realizado por meio de questionamento em ação direta junto ao STF). O CNJ também, em razão do seu poder fiscalizatório, fez migrar o questionamento de abusos de poder normativo dos tribunais para a sua esfera de controle administrativo, esvaziando a necessidade de constante manejo de ações diretas de inconstitucionalidade junto à Suprema Corte brasileira.

Nota-se, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal tem, em regra, chancelado a atuação normativa do Conselho Nacional de Justiça, tanto é que, pelos dados colhidos, das 09 (nove) ações diretas de inconstitucionalidade movidas para contestar atos

³⁸⁴ O CNJ foi criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, e foi instalado e inaugurado oficialmente no dia 14 de junho de 2005, durante solenidade realizada no Supremo Tribunal Federal.

³⁸⁵ ADIs nºs 3.999, 4.583, 4.947, 4.965, 5.020, 5.028, 5.081, 5.122, 5.571, 6.032, 6.395 e 7.214.

³⁸⁶ Nesse sentido, teve-se a oportunidade de defender em dissertação de Mestrado (BOSSLER, 2015, p. 216): “[...] entendemos que o Conselho Nacional de Justiça não tem competência para exercer controle sobre os órgãos da Justiça Eleitoral quanto às matérias que possuem disciplina específica nessa Justiça Especializada pois: a) a Constituição Federal determinou que Lei Complementar estabelece-se a organização e a competência dos Tribunais, dos juízes de direito e das Juntas Eleitorais; b) o Código Eleitoral fixa essas competências e, em nenhum momento, confere alguma ao Conselho Nacional de Justiça; c) a ‘jurisdição’, no âmbito eleitoral, não consiste apenas em aplicar a lei e decidir um caso concreto e controvertido, mas compreende, também, funções administrativas e normativas; d) as especificidades da matéria eleitoral e seu escopo maior – a efetivação da Democracia – não recomendam que mais de um órgão de sobreposição a regulamente, sobretudo quando um deles – o CNJ – não tem a experiência acumulada ao longo de anos de administração de eleições; e, e) qualquer determinação do CNJ relativa a matéria eleitoral dirigida a órgão da Justiça Especializada pode ser modificada pelo Tribunal Superior Eleitoral – competente para expedir instruções para a execução de matéria eleitoral, responder consultas sobre matéria eleitoral e tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral (Código Eleitoral, art. 23, IX, XII e XVIII) – e, como visto, não pode o Conselho controlar o TSE, composto e dirigido por Ministros do Supremo Tribunal Federal”.

administrativos normativos expedidos pelo Colegiado Administrativo e que tiveram seu mérito apreciado, 07 (sete) foram declaradas improcedentes³⁸⁷.

A pergunta que surge neste ponto é: há necessidade de criação de um órgão semelhante, ao menos consultivo, para deliberar sobre a constitucionalidade de atos administrativos normativos expedidos no âmbito do Poder Executivo?³⁸⁸ Um órgão que poderia se espelhar, por exemplo, na função consultiva do *Conseil d'État* francês, para orientação e sem características de controle³⁸⁹. Os dados colhidos indicam, *prima facie*, que sim. Mas seria necessário fazer um estudo mais aprofundado para chegar a essa conclusão de forma definitiva. Por esse motivo, apesar de cogitado, optou-se em não fazer qualquer proposta a esse respeito³⁹⁰.

Um último ponto relevante colhido do levantamento realizado e que, por certo, espalha-se em outras demandas submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal é

³⁸⁷ O mesmo raciocínio vale para o Conselho Nacional do Ministério Público, apesar dos poucos julgados localizados em relação à questionamentos em ADIs de normativos expedidos pelos diversos órgãos do Ministério Público. De 05 (cinco) casos (ADIs n°s 4.219, 3.460, 5.434, 5.454 e 5125) somente em 01 (um) deles foi dado parcial provimento para dar interpretação conforme à Constituição de norma inserta no Regimento Interno do CNMP (ADI n° 5.125).

³⁸⁸ E, talvez, outros temas relevantes para a Administração Pública, sobretudo para as pequenas e desparelhadas máquinas estatais municipais do Brasil.

³⁸⁹ A não sugestão de criação de mais um órgão de controle foi desde logo ponderada em razão das reflexões trazidas pelo excelente artigo de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES FILHO e JULIANA BONACORSI E PALMA (2017, pp. 21 a 38) intitulado “Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil”. No referido texto, os doutrinadores destacam que os problemas na gestão pública que o exagerado controle exercido sobre órgãos administrativos no Brasil tem causado: 1) Captura das competências públicas: as competências administrativas deslocam-se para órgãos e entes com maior prestígio (não raro sem capacidade institucional para lidar com a gestão pública); 2) Neopatrimonialismo: o controle é orientado pelas predileções pessoais e orientação jurídica do funcionário controlador; 3) Desvirtuamento da atividade-fim: os gestores públicos priorizam mais atender às demandas dos controladores do que cumprir com as atividades-fim da Administração Pública; 4) Reais efeitos do combate à corrupção: a cultura do controle é realmente eficaz no combate à corrupção? (argumentam que a cultura do controle tem se baseado em truismos [a] Quanto maior a margem de liberdade conferida aos gestores públicos para atuar (discricionariedade), maior o risco de corrupção; b) Quanto maior a incidência de controles, maior a certeza de que a Administração atue dentro dos quadrantes da legalidade; c) Instituições de controle fortes, dotadas de irrestrita independência funcional e avantajados recursos, barram a corrupção; e, d) A corrupção na máquina pública é contida por meio de punições exemplares: é o efeito simbólico de sanções pesadas que constrange novas práticas delitivas e infrações públicas], sem comprovação empírica e do custo para realização do controle a respeito deles; 5) Gestão de defesa: o administrador de boa-fé é refém do controle; 6) Competição institucional: os órgãos de controle competem entre si; e, 7) Decisões instáveis: a estrutura do sistema de controle desfavorece decisões definitivas. Concluem que “é fundamental a mudança cultural em torno do papel da burocracia pública no sistema jurídico” e sugerem algumas frentes para se afirmar: I) as competências institucionais precisam ser claramente definidas; II) a corrupção precisa ser exterminada; III) É preciso ter uma maior reflexão sobre discurso de combate à corrupção (nem todas as falhas de gestão pública são atos de corrupção); A pesquisa sobre os limites, falhas e necessários aperfeiçoamentos do controle da Administração Pública precisa ser disseminada nas Faculdades de Direito e centros de pesquisa para mapeamento dos problemas concretos.

³⁹⁰ Vide Capítulo 6 quanto às propostas apresentadas neste trabalho.

importante mencionar: a demora no julgamento definitivo de algumas ações diretas de inconstitucionalidade. Somente dentre os julgados relativos a ADIs movidas contra atos administrativos normativos editados pelo Presidente da República ou pelos Governadores de Estados/Distrito Federal, bem como por outros órgãos vinculados ao Poder Executivo [total de 164 (cento e sessenta e quatro casos), foram extraídos 27 (vinte e sete) acórdãos proferidos pelo Plenário da Suprema Corte mais de 06 (seis) anos após o ajuizamento dos pedidos³⁹¹. Algumas ações diretas chamam a atenção por terem sido julgadas mais de 20 (vinte) anos após serem intentadas. O universo de consultado para análise foi pequeno, mas já revela um sério problema que afronta o princípio da celeridade e da razoável duração do processo inserto na regra constante no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal³⁹².

5.3. Ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de inconstitucionalidade (ADC) tem previsão constitucional na norma constante no art. 102, I, “a”, da Lei Maior, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, e é disciplinada também pela Lei nº 9.868/1999³⁹³. Objetiva afastar a insegurança jurídica quanto à constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo federal sobre o qual surgiu controvérsia judicial.

³⁹¹ ADIs nºs 8, 4.819, 4.120, 4.735, 3.033, 3.481, 3.074, 310, 1.601, 520, 519, 800, 1.306, 1.969, 2.352, 2.376, 921, 2.334, 254, 3.239, 1.335, 4.857, 2.376, 5.593, 3.676, 2.044 e 4.281.

³⁹² Aqui, fica o registro, pensou-se também em apresentar alguma proposta para agilização dos julgamentos, no STF, das ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, como por exemplo, a fixação de prazo na lei (ou na Constituição) para encaminhamento do processo à mesa para votação e a alteração da sistemática prevista na norma inserta no art. 12 da Lei nº 9.868/1999, cuja inegável intenção é acelerar o trâmite da ADI e permitir a apreciação da medida cautelar pedida junto com o mérito da ação direta, mas acaba, na prática, levando muitas vezes à pura não apreciação pelo relator do pedido cautelar formulado e ao mesmo trâmite moroso das demais ações diretas de inconstitucionalidade. A falta de maiores dados, contudo, inibiu a formulação de qualquer sugestão a respeito. Louva-se, contudo, as alterações regimentais promovidas pelos Ministros da Corte Suprema brasileira na sessão administrativa virtual realizada entre 7 e 14 de dezembro de 2022, quando decidiram que as decisões urgentes tomadas individualmente por um deles deverão ser submetidas imediatamente para avaliação do Plenário ou de uma das turmas, prestigiando a colegialidade, bem como a devolução de processos, após pedido de vista, no prazo de 90 (noventa) dias, em homenagem à celeridade processual. A respeito, confira-se notícia no Portal DW (*Deutsche Welle*) disponível em <<https://www.dw.com/pt-br/stf-restringe-decis%C3%B5es-individuais-de-ministros/a-64218331>>, acesso em 26/12/2022. As alterações regimentais, até a data do depósito desta tese ainda não haviam sido publicadas.

³⁹³ A constitucionalidade da emenda constitucional que introduziu a ADC no ordenamento jurídico brasileiro foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 27 de outubro de 1993, ao apreciar a questão de ordem suscitada na ADC nº 1, da relatoria do Ministro Moreira Alves.

Citado por LUÍS ROBERTO BARROSO (2014, pp. 258 e 259), JORGE MIRANDA (2001, t. 6, p. 72), assinala que

a declaração de não inconstitucionalidade não tem, na generalidade dos países, qualquer eficácia. Quando muito, produz caso julgado formal relativamente ao respectivo processo de fiscalização. Ao Tribunal Constitucional ou a órgão homólogo compete declarar – e somente lhe pode ser pedido que declare – a inconstitucionalidade, não a constitucionalidade ou a não inconstitucionalidade. [...]

Contudo, na Alemanha admite-se a declaração de constitucionalidade e no Brasil foi-se ao ponto de criar uma ação declaratória de lei ou acto normativo federal [...]

Voltado para a certeza do direito e a economia processual, o instituto brasileiro apresenta-se bastante vulnerável: desde logo, porque, para tanto, bastaria atribuir força obrigatória geral à não declaração de inconstitucionalidade; depois, porque diminui o campo de fiscalização difusa; e, sobretudo, porque o seu sentido útil acaba por se traduzir num acréscimo de legitimidade, numa espécie de sanção judiciária, a medidas legislativas provenientes dos órgãos (salvo o Procurador-Geral da República) a quem se reserva a iniciativa. Não admira que seja controvertido.

A Constituição de 1988 estabelece, após a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, idêntica legitimação para propositura da ação declaratória de constitucionalidade da prevista para a ação direta de inconstitucionalidade³⁹⁴.

Aplicam-se à ação declaratória de constitucionalidade os mesmos posicionamentos do STF quanto à capacidade postulatória excepcional e a necessidade ou não de demonstração de liame de pertinência temática relativos à ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto ao objeto da ação declaratória de constitucionalidade, é mais restrito que o da ação direta de inconstitucionalidade: reza o art. 102, I, “a”, da Carta Política que por meio da ADC podem ser impugnados somente leis ou atos normativos federais.

Ressaltam DIMITRI DIMOULIS e SORAYA LUNARDI (2019, p. 175) que

a exclusão dos textos normativos estaduais do campo de incidência da ADC dificilmente se justifica. Uma explicação poderia ser o respeito ao princípio federativo, no entanto, o mesmo argumento valeria para limitar a ADIn em âmbito normativo federal, o que não ocorre.

³⁹⁴ A Emenda Constitucional nº 3/93 conferiu, inicialmente, legitimação ativa para propositura da ADC somente ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República, conforme redação prevista no § 4º do art. 103 da Constituição Federal, incluído por referida emenda na Carta Política. A EC nº 45/2004 ampliou essa legitimidade ativa, igualando-a àquela prevista para a ADI: além dos quatro anteriores, também Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa, Governador de Estado ou Distrito Federal, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Pode-se apresentar o seguinte rol (não exaustivo) de espécies normativas aptas a ser objeto de ação declaratória de constitucionalidade: a) emendas à Constituição Federal; b) tratados internacionais incorporados ao direito nacional; c) leis complementares federais; d) leis ordinárias federais, (inclusive as orçamentárias); e) leis delegadas federais; f) medidas provisórias; g) decretos legislativos federais (inclusive os que sustentam atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; h) resoluções da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; i) decretos presidenciais (inclusive os que promulgam tratados e convenções); j) resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público; k) regimentos internos dos tribunais federais; l) resoluções do Tribunal Superior Eleitoral; m) outras deliberações administrativas de órgãos judiciários federais (salvo as convenções coletivas de trabalho expedidas pela Justiça Trabalhista); n) outros atos normativos editados por órgãos da União ou pessoas jurídicas de direito público por ela criadas; e, o) pareceres expedidos por órgãos da União com força normativa.

No que tange ao aspecto temporal, na mesma linha de pensamento do Supremo Tribunal Federal em relação à ação direta de inconstitucionalidade, somente são passíveis de declaração de constitucionalidade pela via da referida ação direta, atos normativos federais editados após a promulgação da Constituição de 1988.

Ressalte-se que, desde o julgamento da ADC nº 1, da relatoria do Ministro Moreira Alves, quando o Pleno do STF declarou, em 1º de dezembro de 1993, a constitucionalidade de disposições da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, não prevalece o entendimento de descabimento da ação declaratória de constitucionalidade em relação a normas federais surgidas entre o período posterior à promulgação da Carta de 1988 e o advento da Emenda Constitucional nº 3/1993³⁹⁵.

Por outro lado, não estão sujeitos ao controle de constitucionalidade por via da ação declaratória ora estudada: a) disposições originárias da Constituição Federal; b) leis e atos normativos estaduais e municipais; c) leis e atos normativos do Distrito Federal; d)

³⁹⁵ Em sentido contrário defendem SYLVIO CLEMENTE DA MOTTA FILHO e WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS (2004, p. 144): “[...] é natural que se perceba que o objeto dessa modalidade de controle reservado [em referência à ação declaratória de constitucionalidade] sofre intensas limitações tanto de ordem espacial quanto de ordem temporal. É limitado espacialmente porque admite apenas a análise de atos normativos abstratos emanados da União, e sua limitação temporal decorre da aplicação do princípio da irretroatividade da norma constitucional que não permite, em princípio, que normas federais com data anterior à da promulgação da Emenda Constitucional nº 03/93 possam ser submetidas a esse novo instituto. Neste aspecto, aliás, reside outra diferença entre essa ação e a ação direta de inconstitucionalidade, o objeto da segunda sofre limitações espaciais (atos normativos emanados dos estados e da União) e temporais (editados após 05/10/1988) de menor envergadura”.

leis e atos normativos anteriores ao advento da Constituição de 1988; e) leis revogadas; f) normas já declaradas anteriormente inconstitucionais em sede de controle abstrato de constitucionalidade; g) atos normativos que tenham fundamento de validade indireto na Constituição (pois, neste caso, o controle é da legalidade); h) atos estatais destituídos de normatividade; i) omissões inconstitucionais; j) súmulas vinculantes; k) súmulas comuns; l) projetos de lei; e, m) respostas de consultas feitas ao Tribunal Superior Eleitoral.

O manejo da ação declaratória de constitucionalidade, no entanto, exige um requisito específico, desnecessário na ação direta de inconstitucionalidade: a demonstração de existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ADC (Lei nº 9.868/1999, art. 14, III).

A fim de afastar o uso da ação declaratória de constitucionalidade como instância de consulta da validade de lei ou de ato normativo federal, na ADC nº 8, da relatoria do Ministro Celso de Mello, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, em julgamento realizado em 13 de outubro de 1999, que a imposição prevista na regra inserta no art. 14, III, da Lei nº 9.868/1999 é demonstrada pela comprovação da existência de um volume expressivo de decisões judiciais conflitantes, criador de um estado de insegurança jurídica capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de grave comprometimento da estabilidade do sistema de direito positivo vigente no país.

A demonstração dessa condição posterga no tempo a interposição da ação declaratória de constitucionalidade, pois há necessidade de se aguardar pronunciamentos de juízes e tribunais a respeito da constitucionalidade/inconstitucionalidade da norma que se pretende que o Supremo Tribunal Federal declare conforme com a Constituição (de forma absoluta) por meio da ADC, como destacam DIMITRI DIMOULIS e SORAYA LUNARDI (2009, p. 171). Se, por um lado, isso se justifica em razão da presunção relativa de constitucionalidade que a norma possui, não havendo, como lembram os mencionados autores, “utilidade o pedido de confirmar, mediante ADC, a validade de norma antes que haja sérios questionamentos forenses”, por outro, essa exigência acaba por reduzir consideravelmente o interesse no ajuizamento de ações declaratórias de constitucionalidade, uma vez que, se há desejo imediato de determinado legitimado de questionar a constitucionalidade de alguma disposição normativa federal³⁹⁶,

³⁹⁶ Não se pode descartar até a possibilidade de um dos legitimados ativos manejar a ADI para, logo após a edição de norma federal, procurar dar-lhe presunção absoluta de constitucionalidade, impedindo juízo diverso no controle difuso. A afirmação que ora se faz pode causar certa estranheza, ainda mais em um processo com causa de pedir aberta no sentido de que “o STF não se limita aos fundamentos apresentados pelo autor na petição inicial” (DIMOULIS e LUNARDI, 2019, p. 129), mas pode-se vislumbrar, observada

independentemente do surgimento de controvérsias judiciais a seu respeito, poderá, prontamente, intentar a ação direta de inconstitucionalidade, cujos efeitos finais serão os mesmos da ADC, ainda que com “sinais invertidos” dado o caráter dúplice dessas ações³⁹⁷. Evidencia o ora afirmado a baixa quantidade de ADCs intentadas desde sua criação em 1993: apenas 83 (oitenta e três) ações até 18 de dezembro de 2022.

Não obstante, cumpre observar que na ADC nº 49, da relatoria do Ministro Edson Fachin, julgada pelo Pleno do STF em 19 de abril de 2021, a Corte Suprema, por votação unânime, entendeu que a mera divergência entre os posicionamentos do Poder Legislativo (expostas nas disposições legais) e do Poder Judiciário (emanadas em decisões que vão de encontro a essas disposições legais), causadora de desconfiança na validade da norma, é suficiente para a satisfação do requisito contido no art. 14, III, da Lei nº 9.868/1999 e o conhecimento da ação declaratória de constitucionalidade.

Nesse sentido, foi citado, no voto condutor do julgado, trecho da doutrina de LUIZ GUILHERME MARINONI (2013, pp. 1047 e 1048):

Controvérsia judicial não significa desacordo entre os tribunais acerca da aplicação da norma. Isso porque a justificativa da ação declaratória está na existência de dúvida sobre a constitucionalidade da norma. A dúvida sobre aplicação da norma é dúvida sobre sua constitucionalidade. O pressuposto da declaração de constitucionalidade não está na divergência entre os tribunais, mas na divergência entre o Judiciário e o Legislativo. Em outras palavras, a razão de ser da declaração de constitucionalidade não está na insegurança propiciada pela incoerência das decisões, mas na falta de previsibilidade acerca da validade da norma. É a desconfiança na validade da norma, gerada por decisões judiciais, que justifica a declaração de que a norma é válida e, portanto, aplicável.

Portanto, a existência de controvérsia judicial relevante reclama decisões, proferidas por órgãos judiciais distintos, expressando inconstitucionalidade. É evidente que decisões neste sentido revelam controvérsia judicial relevante ou dúvida judicial relevante acerca da aplicação de norma. [...]

Quando se analisa o pressuposto da declaração de constitucionalidade cabe saber, antes de tudo, o que recomenda. Ora, o que exige a declaração de constitucionalidade é a incerteza sobre a validade de determinada norma, motivo pelo qual é preciso não esquecer que a incerteza decorre da afirmação judicial de inconstitucionalidade, a pôr em xeque a presunção de constitucionalidade.

a caracterização de eventual má-fé processual (muitas vezes de difícil comprovação), o ajuizamento de uma ADI com fundamentos precários justamente para se obter um juízo de improcedência no STF e, conseqüentemente, trazer presunção absoluta à norma “questionada”.

³⁹⁷ Se a ADI é julgada improcedente, declara-se a constitucionalidade da norma. Se a ADI é julgada procedente, afirma-se sua inconstitucionalidade. Na ADC ocorre o inverso: se julgada procedente, anuncia-se a constitucionalidade da norma; se julgada improcedente, sua inconstitucionalidade.

Essa mesma orientação pode ser aplicada para justificar o manejo de ações declaratórias de constitucionalidade que visem confirmar a integridade de atos administrativos normativos em relação ao conteúdo da Constituição caso passem a ser reiteradamente declarados inconstitucionais em sede de controle difuso, uma vez que haverá divergência entre a Administração Pública, normalmente afeta ao Poder Executivo, e o Poder Judiciário, apesar de não se poder descartar até a possibilidade de divergência entre o Poder Judiciário, no exercício de função administrativa (por exemplo, uma norma editada por Tribunal Regional Federal que imponha certo dever aos jurisdicionados) e o Poder Judiciário no exercício de função jurisdicional (as decisões proferidas em sede de controle difuso que afastem a incidência dessa norma).

Curiosamente, a matéria discutida na ADC nº 49 – se há incidência de ICMS sobre o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos localizados em estados distintos – já havia, inclusive, sido objeto de análise no julgamento realizado pelo próprio Plenário da Suprema Corte brasileira do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.255.885, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário da Corte no Tema 1.099, sendo firmada a mesma tese (“não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia”), motivo pelo qual a ADC nº 49 foi julgada improcedente. A justificativa para o conhecimento da ADC também foi o fato da decisão proferida no mencionado recurso não ter eficácia geral e vinculante, podendo se presumir que a intenção foi atingir a Administração Pública, tendo em vista que os órgãos judiciários já tinham que observar a tese definida no ARE nº 1.255.885, ante o disposto no art. 927, III, do Código de Processo Civil.

Se prevalecer, pois, o entendimento firmado na ADC nº 49, não haverá mais necessidade de demonstrar, para cumprimento da imposição contida no art. 14, III, da Lei nº 9.868/1999, que há julgados conflitantes a respeito da constitucionalidade ou não de determinada lei ou ato normativo federal, bastando a comprovação da existência de decisões que reconheçam a inconstitucionalidade da disposição objeto da ação declaratória de constitucionalidade.

Por fim, ainda no que tange às questões introdutórias da ADC, cumpre assinalar que as considerações apresentadas quanto aos efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões cautelares e definitivas em relação à ação direta de inconstitucionalidade também valem para a ação declaratória de constitucionalidade, observado que, apesar da falta de previsão constitucional, o art. 21 da Lei nº 9.868/1999 regra a medida cautelar na

ação declaratória de constitucionalidade e, malgrado referido dispositivo legal nada disponha sobre a atribuição de eficácia para todos e vinculante na cautelar na ADC, uma vez que apenas estabelece, em seu *caput*, que, deferida a medida, consistirá na determinação de que os demais órgãos judiciários suspendam o julgamento de causas que tratem da aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ADC até seu julgamento definitivo³⁹⁸, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado os mencionados efeitos³⁹⁹.

Ressalte-se que a regra prevista na norma inserta no art. 21, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, que fixa prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o Supremo Tribunal Federal julgar a ação declaratória de constitucionalidade se concedida a medida cautelar tem se revelado, totalmente despicienda, pois o STF, na prática, ou renovou o prazo da cautela (ADC nº 18), ou mudou o termo final de sua validade (ADC nº 12), ou tomou as duas atitudes (ADC nº 11), ou simplesmente ignorou referido prazo (ADC nº 4 e Reclamação nº 2416).

Com essas observações, cumpre dizer que, analisados 58 (cinquenta e oito) acórdãos proferidos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em ações declaratórias de constitucionalidade desde a Emenda Constitucional nº 3/1993 e até 19 de dezembro de 2022, somente foram encontrados 05 (cinco) casos que tiveram como específicos objetos atos administrativos normativos (ou seja, não atrelados a pedidos de reconhecimento de constitucionalidade de normas legais em conjunto).

³⁹⁸ Art. 21 (Lei nº 9.868/1999) O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

³⁹⁹ Nesse sentido: “[...] AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - OUTORGA DE MEDIDA CAUTELAR COM EFEITO VINCULANTE - POSSIBILIDADE. - O Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para exercer, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o poder geral de cautela de que se acham investidos todos os órgãos judiciários, independentemente de expressa previsão constitucional. A prática da jurisdição cautelar, nesse contexto, acha-se essencialmente vocacionada a conferir tutela efetiva e garantia plena ao resultado que deverá emanar da decisão final a ser proferida no processo objetivo de controle abstrato. Precedente. - O provimento cautelar deferido, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, além de produzir eficácia "erga omnes", reveste-se de efeito vinculante, relativamente ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Precedente. - A eficácia vinculante, que qualifica tal decisão - precisamente por derivar do vínculo subordinante que lhe é inerente -, legitima o uso da reclamação, se e quando a integridade e a autoridade desse julgamento forem desrespeitadas” (STF, Medida Cautelar na ADC nº 8, relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgada em 13/10/1999). No mesmo sentido: Medida Cautelar na ADC nº 4, relator Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgada em 11/02/1998; Medida Cautelar na ADC nº 9, relator Ministro Néri da Silveira, relatora para o acórdão Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgada em 26/08/2001; Medida Cautelar na ADC nº 12, relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgada em 16/02/2006.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, da relatoria do Ministro Carlos Britto, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplinou o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Judiciário, vedando o “nepotismo”⁴⁰⁰ no seio do referido Poder, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 20 de agosto de 2008, julgou procedente o pedido, por unanimidade⁴⁰¹, reconhecendo o poder normativo primário do CNJ para regular a matéria e a adequação das suas disposições aos princípios constitucionais insculpidos na norma constante no art. 37 da Constituição Federal, que podiam ser imediatamente implementados, independentemente da existência de lei, nos órgãos judiciários sujeitos à sua esfera de competência.

Nota-se, pois, que o STF, nessa ADC, reafirmou o caráter de ato administrativo normativo independente do CNJ e a constitucionalidade material das disposições da Resolução nº 07/2005, ante os princípios constitucionais da Administração Pública insertos na Carta Política.

No Agravo Regimental na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 23, interposto em face de decisão monocrática proferida pelo então relator, Ministro Ricardo Lewandowski, que não conheceu da ação, o Pleno da Suprema Corte negou provimento ao recurso, mantendo a decisão proferida. A ADC foi ajuizada para questionar normas da Resolução nº 15, de 18 de maio de 2005, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Entendeu o Colegiado Supremo, por unanimidade, no julgamento realizado em 02 de dezembro de 2015, nos termos do voto do novo relator da causa, Ministro Edson Fachin, manter a decisão singular prolatada porque não indicada a

⁴⁰⁰ Conforme também destacado em dissertação de Mestrado (BOSSLER, 2015, p. 340), como afirmado pelo Ministro Cezar Peluso em seu voto na Medida Cautelar na ADC nº 12, “historicamente todo mundo sabe que o nepotismo nasceu do hábito de alguns Papas que nomeavam os sobrinhos (e também outros parentes)”. De fato, segundo o Dicionário Houaiss (disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=nepotismo>>. Acesso em 26.12.2014), a primeira definição de nepotismo (do latim nepos = neto ou descendente) é autoridade exercida pelos sobrinhos ou demais parentes do papa na administração eclesiástica. No julgamento da ADC nº 12, a Ministra Cármen Lúcia lembrou que já se afirmou que, ao final da carta endereçada por Pedro Vaz de Caminha ao Rei de Portugal, dando notícia do descobrimento do Brasil, havia pleito nepotista: “E pois que Senhor He certo que asy neeste careguo que leuo como em outra qualquer coussa que de vosso serucio for uosa alteza há de seer de my mujto seruída, aela peci que por me fazer singular mercee made viyr dajha de Sam thomme Jorge dosoiro meu jenro, o que dela receberey em mujta mercee. Beijo as mãos de vossa alteza. Deste porto seguro da vossa jilha de vera cruz oje sesta feita primeiro dia de mayo de 1500”.

⁴⁰¹ Houve apenas uma pequena divergência, deduzindo a maioria a função de chefia do substantivo “direção” constante dos incisos II, III, IV e V do art. 2º da Resolução CNJ nº 7/2005.

existência de controvérsia judicial relevante para o manejo da ação declaratória de constitucionalidade, observado que não foi aceito o argumento da parte recorrente no sentido de que a dúvida acerca da constitucionalidade do ato administrativo normativo mencionado surgiu após o julgamento de improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.359, da relatoria do Ministro Eros Grau, em que o STF afirmou a inexistência de lei geral sobre a matéria tratada na resolução da ANP e em outras expedidas pela referida agência reguladora. Concluiu-se que a pretensão da parte requerente não poderia prosperar pois representaria converter a ação declaratória de constitucionalidade em embargos declaratórios à decisão colegiada proferida na ADI nº 2.359, ou em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal⁴⁰². Ressalte-se que na decisão monocrática proferida, o Ministro Ricardo Lewandowski também não conheceu da ADC nº 23 porque a questão envolvia eventual ofensa reflexa à Constituição, pois a compatibilidade das regras constantes na Resolução ANP nº 15/2005 primeiro teriam que ser cotejadas com o conteúdo da Lei nº 9.478/1997.

Assim, dois fundamentos levaram ao não conhecimento da ADC nº 23: a conformidade (ou não) somente obliqua das normas administrativas tratadas com as disposições da Lei Maior (inconstitucionalidade indireta) e a não demonstração do requisito específico da ação declaratória de constitucionalidade de existência de controvérsia judicial.

O primeiro argumento anteriormente mencionado (inconstitucionalidade indireta) também serviu de base para o Supremo Tribunal Federal, em 11 de setembro de 2019, negar provimento ao Agravo Regimental na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 60, da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, interposto contra a decisão

⁴⁰² Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. RESOLUÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP. LIMITES AO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS. AUSÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL EM PROPORÇÕES RELEVANTES. OMISSÃO NA ADI 2.359. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. ART. 14, III, DA LEI 9.868/99. INDEFERIMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. 1. Acolher a pretensão da parte Agravante representaria converter a ação declaratória de constitucionalidade em embargos declaratórios opostos em face de decisão colegiada proferida em ação direta de inconstitucionalidade ou em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Precedente: ADC-MC 8, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJ 04.04.2003. 2. Os acórdãos acostados aos autos não possuem aptidão para comprovar a existência de dissídio judicial em proporções relevantes, para fins de ajuizamento de uma ação declaratória de constitucionalidade. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, ADC nº 23 AgR, relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgada em 02/12/2015).

monocrática proferida por Sua Excelência no referido feito. Na referida ADC, a requerente sustentou a constitucionalidade da transferência dos ativos de iluminação pública registrados como Ativo Imobilizado em Serviço (AIS) aos Municípios, nos termos da regra prevista no art. 218 da Resolução Normativa nº 414, de 9 de setembro de 2010, com a redação que lhe foi dada pela Resolução Normativa nº 479/2012, expedidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Entendeu o Plenário do STF, no entanto, que os atos administrativos normativos mencionados não gozavam de normatividade autônoma, pois extraíam seu fundamento de validade da Lei nº 9.427/1996, bem como dos Decretos-lei nºs 3.763/1941 e 41.019/1957⁴⁰³.

Interessante observar que, tanto na ADC nº 23 quanto na ADC nº 60, o fundamento legal de validade das disposições cuja constitucionalidade se pretendeu afirmar, considerado para afastar o conhecimento de ambas as ações declaratórias, foram “leis-quadro” que estabelecem as balizas de atuação de agências reguladoras, mas a elas confere amplo poder normativo.

Também no Agravo Regimental na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 70, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Plenário da Suprema Corte brasileira, em 24 de agosto de 2020, desproveu o recurso interposto contra a decisão monocrática proferida pelo relator que negou seguimento ao pedido formulado, por entender não ter a

⁴⁰³ O STF, na ocasião, também rejeitou o pedido subsidiário da autora para conhecimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 60 como arguição de descumprimento de preceito fundamental (ante o princípio da fungibilidade entre as ações de controle concentrado de constitucionalidade), pois inexistente controvérsia constitucional relevante. O julgado recebe a seguinte ementa: “AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 218 DA RESOLUÇÃO NORMATIVA 414/2010 DA ANEEL. TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA PARA OS MUNICÍPIOS. CONFRONTO ENTRE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. CONTROLE DE LEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. RECEBIMENTO DE ADC COMO ADPF. FUNGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO EM ANÁLISE. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL RELEVANTE. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. O objeto das ações concentradas na jurisdição constitucional brasileira, além das espécies normativas primárias previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo e autônomo (CASTANHEIRA NEVES, A. O problema da constitucionalidade dos assentos. Coimbra: Coimbra, 1994). 2. A Resolução Normativa 414/2010, com a redação dada pela Resolução Normativa 479/2012, ambas editadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), não detém caráter normativo autônomo, pois extrai seu fundamento de validade da Lei 9.427/1996, do Decreto-lei 3.763/1941 e do Decreto 41.019/1957, o que demandaria prévio controle de legalidade. Precedentes. 3. Pedido subsidiário de recebimento de Ação Declaratória de Constitucionalidade como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: não cabimento na hipótese em razão da ausência de controvérsia constitucional relevante. 4. No caso, o conteúdo do ato normativo em análise afeta um universo delimitado de destinatários, o que não tem o condão de desencadear o controle abstrato desta SUPREMA CORTE sobre o tema, sob pena de tornar-se uma nova instância recursal para todos os julgados dos tribunais superiores e inferiores. 5. Agravo regimental desprovido” (STF, ADC nº 60 AgR, relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2019).

requerente legitimidade ativa para a propositura da ação de controle concentrado. No caso a Associação Nacional dos Prefeitos e Vice-Prefeitos da República Federativa do Brasil ajuizou a ADC nº 70 para assentar a harmonia com a Constituição Federal de decreto do Presidente da República datado de 27 de abril de 2020 que nomeou para o cargo de diretor-geral da Polícia Federal o ex-diretor-geral da Agência Brasileira de Inteligência (Abin). Entendeu-se o STF faltar pertinência temática à associação autora para o pedido deduzido⁴⁰⁴.

Ressalte que outros dois fundamentos ainda justificariam o não seguimento da ADC nº 70: a) o ato não poderia ser considerado normativo, pois, tratando-se de nomeação de funcionário para cargo de confiança, não era dotado das características da generalidade e da abstração; e, b) foi indicada apenas uma causa para configurar o requisito da “existência de controvérsia judicial relevante, a decisão singular proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes no Mandado de Segurança nº 37.097 em que reconheceu, em sede liminar, a inconstitucionalidade finalística do ato discricionário presidencial, suspendendo-o, por aparente violação aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa⁴⁰⁵.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal ainda desproveu, em 15 de dezembro de 2020, o Agravo Regimental na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 73, interposto para reformar a decisão do relator, Ministro Alexandre de Moraes, que negou seguimento ao pedido pela norma questionada não ter caráter autônomo (inconstitucionalidade indireta). No caso, pretendia afirmar a constitucionalidade da Norma Regulamentar 16 da Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho ante decisões controversas da Justiça do Trabalho a seu respeito de sua interpretação em cotejo com a disposição contida no art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Entendeu-se que o caso envolveria, quando muito inconstitucionalidade reflexa, pois não se questionava a constitucionalidade da regra legal (CLT, art. 193) que dava suporte de validade à norma administrativa técnica⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ Ementa: “LEGITIMIDADE – PROCESSO OBJETIVO – ASSOCIAÇÃO – PERTINÊNCIA TEMÁTICA. As associações não têm legitimidade universal, devendo haver pertinência temática, ou seja, elo entre objeto social e norma atacada” (ADC nº 70 AgR, relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2020).

⁴⁰⁵ Vide item 4.3.4.

⁴⁰⁶ Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. TRANSPORTE DE INFLAMÁVEIS. ART. 193 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. NORMA REGULAMENTAR 16 DA PORTARIA 3.214/1978 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. CÔMPUTO

5.4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é mencionada na Constituição Federal na norma constante no seu art. 102, § 1º.

Como a Carta Política apenas afirma que a ADPF deve ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei, referida ação direta somente passou a ser admitida pelo Supremo Tribunal Federal a partir da sua regulação, o que ocorreu com o advento da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Visa a ADPF evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, impedindo que “condutas ou normas contrárias a preceitos fundamentais decorrentes da Constituição comprometam a regularidade do sistema normativo, afetando a supremacia constitucional” (DIMITRI DIMOULIS e SORAYA LUNARDI, 2019, p. 184).

A Lei nº 9.882/1999 criou duas espécies procedimentais de APDF: a) a principal ou autônoma, proposta para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, decorrente de ato do Poder Público (Lei nº 9.882/1999, art. 1º, *caput*); e, b) a derivada ou incidental, cabível como incidente de um processo judicial em curso, quando houver relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo das três esferas governamentais, inclusive os anteriores à Constituição (Lei nº 9.882/1999, art. 1º, parágrafo único, I)⁴⁰⁷.

DO COMBUSTÍVEL TRANSPORTADO PARA CONSUMO DO PRÓPRIO VEÍCULO. DECISÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO QUE RECONHECEM O DIREITO AO ADICIONAL. INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO DE CONTROLE EM SEDE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. As decisões da Justiça do Trabalho que cuidam da interpretação da norma técnica (NR 16) que estabelece o critério de aferição da periculosidade a que exposto o trabalhador para efeito de percepção de adicional, entendendo que a mesma não diferenciaria o transporte de combustível inflamável seja como carga ou como insumo do veículo que realiza o transporte, não colocam em dúvida a constitucionalidade do art. 193 da CLT, pelo que ausente o requisito da controvérsia judicial sobre a validade de lei ou ato normativo federal (art. 14, III, da Lei 9.868/1999). 2. A Norma Regulamentadora 16 da Portaria 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego, não detém caráter normativo autônomo, pois extrai seu fundamento de validade no art. 193 da CLT, o que demandaria prévio controle de legalidade. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido” (ADC nº 73 AgR, relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2020).

⁴⁰⁷ A constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882/1999 também foi impugnada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 27 de junho de 2000 por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231. Argumentou o CFOAB, em relação à norma em comento, que o dispositivo alargou o conceito constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ampliando a competência do STF, o que somente poderia ter sido feito por emenda constitucional. Porém, infelizmente, depois de mais de vinte e dois anos, a ADI nº 2.231 ainda não foi definitivamente julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

A regra inserta no art. 2º, I, da Lei nº 9.882/1999 fixa, como legitimados para propor a ADPF, aqueles estabelecidos para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade.

A respeito, adverte LUÍS ROBERTO BARROSO (2012, p. 310) que

com o veto ao dispositivo que previa a possibilidade de ajuizamento de ação por qualquer pessoa lesada ou ameaçada (art. 2º, II, do PL nº 17/99)⁴⁰⁸, o direito de propositura de ambas as arguições concentrou-se no mesmo elenco de legitimados: as pessoas e órgãos que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I, da lei), que são aqueles previstos no art. 103 da Constituição. Diante disso, o emprego da arguição incidental fica muito limitado: se os legitimados são os mesmos, não se vislumbra por qual razão não optariam pela via autônoma, cujos requisitos são menos rígidos.

De fato, enquanto o ajuizamento da ADPF na sua modalidade principal (autônoma) depende da demonstração da (a) existência de ameaça ou ofensa a preceito fundamental (b) causada por qualquer ato do Poder Público (normativo ou não normativo), e da (c) ausência de qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade questionada (Lei nº 9.882/1999, art. 4º, § 1º), requisito último que lhe confere um caráter subsidiário (muitas vezes considerado pelo Supremo Tribunal Federal para não conhecer de ADPFs), o manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental derivada (incidental) depende da (a) presença de um litígio judicial (b) com relevante fundamento de controvérsia constitucional (c) exclusivamente sobre lei ou ato normativo (objeto

⁴⁰⁸ O referido veto presidencial foi manifestado por meio da mensagem nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999, com as seguintes razões: “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público’. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento”.

menos amplo), além também da inexistência de outro meio idôneo para reparar a lesividade (subsidiariedade).

Como os legitimados para a arguição de descumprimento de preceito fundamental são idênticos aos ação direta de inconstitucionalidade, aplicam-se também à ADPF os mesmos entendimentos do STF quanto à capacidade postulatória excepcional e a necessidade ou não de comprovação de vínculo de pertinência temática relativos à ADI.

Como também observa LUÍS ROBERTO BARROSO (2012, p. 309), a ADPF é uma ação semelhante à ADI e à ADC, pela qual se suscita o controle concentrado de constitucionalidade junto ao STF. Seu parâmetro de controle é mais restrito, pois limitado somente às normas que contemplam preceitos fundamentais. Mas seu objeto é mais amplo, contemplando atos normativos e não normativos federais, estaduais e municipais, inclusive os anteriores à Constituição Federal.

Dada a amplitude do objeto da ADPF – qualquer ato do Poder Público, inclusive os anteriores à Constituição de 1988 – é praticamente impossível fixar um rol exaustivo de atos que podem ser questionados pela referida ação de controle concentrado de constitucionalidade.

Observado, por outro lado, o caráter subsidiário da ADPF, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela possibilidade de conhecê-la como ADI, quando “evidente o encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade” (fungibilidade entre as ações)⁴⁰⁹.

Assim, ante o aspecto subsidiário da ADPF, com base na doutrina e na jurisprudência do STF, podem ser destacados os seguintes exemplos de atos do Poder Público sujeitos ao controle por meio da mencionada ação, se não houver outro meio eficaz para sanar a lesividade: a) atos normativos federais, estaduais e municipais anteriores à Constituição Federal; b) atos normativos municipais posteriores ao advento

⁴⁰⁹ Trecho extraído do voto da Ministra Ellen Gracie, relatora da APDF nº 72, prolatado em 1º de junho de 2005, no julgamento da questão de ordem suscitada. O acórdão recebeu a seguinte ementa: “QUESTÃO DE ORDEM EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA Nº 156, DE 05.05.05, DA SECRETARIA EXECUTIVA DA FAZENDA DO ESTADO DO PARÁ. FIXAÇÃO, PARA FINS DE ARRECADAÇÃO DE ICMS, DE NOVO VALOR DE PREÇO MÍNIMO DE MERCADO INTERESTADUAL PARA O PRODUTO CARVÃO VEGETAL. ARTS. 150, I, II E V, 152 E 155, § 2º, XII, i, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O ato normativo impugnado é passível de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta. Precedente: ADI 349, rel. Min. Marco Aurélio. Incidência, no caso, do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99; 2. Questão de ordem resolvida com o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, ante a perfeita satisfação dos requisitos exigidos à sua propositura (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), bem como a relevância da situação trazida aos autos, relativa a conflito entre dois Estados da Federação” (STF, ADPF 72 QO, Relator Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2005).

da Carta de 1988; c) atos administrativos não normativos, inclusive os políticos, como o veto do Chefe do Poder Executivo a projeto de lei⁴¹⁰; d) atos jurisdicionais (que causem lesão a preceito fundamental em razão de mera interpretação judicial ou por decisão proferida sem base legal)⁴¹¹, salvo decisões que formaram coisa julgada; e) enunciados

⁴¹⁰ No julgamento da ADPF nº 1, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, realizado pelo Pleno do STF em 3 de fevereiro de 2000, restou decidido que o veto apostado a dispositivo de projeto de lei, bem como a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, não poderiam ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental, porque “compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos”. No entanto, apesar de ter sido negado provimento ao Agravo Regimental na ADPF nº 330, da relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado pelo Plenário do Supremo em 19 de agosto de 2015, por estar prejudicado o pedido deduzido de suspensão do processo legislativo em razão da promulgação da lei, houve defesa, no voto condutor, da possibilidade de questionamento de vetos governamentais em arguição de descumprimento de preceito fundamental. E, a ADPF nº 714, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e a ADPF nº 893, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia e redator para o acórdão o Ministro Roberto Barroso, respectivamente julgadas em 17 de fevereiro de 2022 e 21 de junho de 2022, foram conhecidas pela Suprema Corte, restando decidido que não poderia haver veto extemporâneo ou arrependimento ao veto por parte do Chefe do Poder Executivo. Em ambos os casos, o Presidente da República republicou lei com novos vetos, após a primeira publicação, o que não foi admitido pelo STF.

⁴¹¹ Ensinam GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, pp. 2147 a 2148) que “pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Nesses casos a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação constitucional. [...] Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1º da Lei n. 9.882/99, essa hipótese poderá ser objeto de arguição de descumprimento – lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público –, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito de controle de constitucionalidade difuso. [...] Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões de única ou de última instância que, por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios da ordem constitucional. Uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afete situação individual revela-se igualmente contrária à ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação (*Auffanggrundrecht*). Se se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos na vertente do princípio da legalidade”.

de súmulas de orientação jurisprudencial⁴¹², exceto súmulas vinculantes; f) omissões legislativas⁴¹³ e executivas⁴¹⁴; e, g) atos normativos revogados⁴¹⁵.

Por outro lado, não podem ser impugnados via arguição de descumprimento de preceito fundamental: a) atos jurídicos de particulares (pois a lei exige que o ato seja emanado pelo Poder Público); b) atos do Poder Público que tenham fundamento de validade indireto na Constituição (pois, neste caso, há mera ofensa reflexa à Lei Maior);

⁴¹² No julgamento do Agravo Regimental em ADPF nº 80, da relatoria do Ministro Eros Grau, realizado pelo Plenário do STF em 12 de junho de 2006, restou decidido que não caberia ADPF para questionar enunciados de súmula do próprio Supremo, por não se consubstanciarem em ato do Poder Público, mas apenas expressão de entendimentos reiterados da Corte. Contudo, o STF alterou seu posicionamento no julgamento da Agravo Regimental na ADPF nº 501, da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, figurando como redator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, realizado em 16 de setembro de 2020.

⁴¹³ O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 4, inicialmente sob a relatoria do Ministro Octavio Gallotti, em 1º de junho de 2005, debateu o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental contra a Medida Provisória nº 2.019, de 20 de abril de 2000, que fixou valor de salário-mínimo supostamente em desacordo com o estabelecido na regra inserta no art. 7º, IV, da Carta Política. O STF, por estreita maioria (os Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Marco Aurélio, Néri da Silveira e Sepúlveda Pertence admitiram a ação; os Ministros Maurício Corrêa, Moreira Alves, Nelson Jobim, Octavio Gallotti e Sydney Sanches ficaram vencidos quanto a essa questão preliminar) a Corte conheceu da arguição por entender que a outra medida judicial existente - ação direta de inconstitucionalidade por omissão - não seria, em princípio, eficaz para sanar a alegada lesividade, não se aplicando, à espécie, o §1º do art. 4º da Lei 9.882/1999 (Informativo STF nº 264, abril/2002). Posteriormente, em 02 de agosto de 2006, a ADPF nº 4, já sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, foi julgada prejudicada em razão da perda do seu objeto.

⁴¹⁴ A ADPF nº 339, da relatoria do Ministro Luiz Fux, foi intentada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep) tendo por objeto ato omissivo atribuído ao Governador do Estado do Piauí, consistente no não repasse da dotação orçamentária da Defensoria Pública daquele ente federativo sob a forma de duodécimos. Foi alegado que referida omissão violava o disposto na regra inserta no art. 134, § 2º, da Constituição Federal, que assegura a autonomia administrativa, funcional e orçamentária da Defensoria Pública, bem como a norma contida no art. 168 da Lei Maior, que prevê o repasse orçamentário dos duodécimos. A ADPF foi conhecida porque o direito de questionar a omissão executiva em sede de mandado de segurança pertencia exclusivamente à Defensoria Pública do Estado do Piauí, que se mantinha inerte. Quanto ao mérito, o pedido foi acolhido porque o imobilismo feria a autonomia financeira constitucionalmente conferida à Defensoria Pública local. A respeito, a lição de REGIS FERNANDES OLIVEIRA (2014, p. 70): “Dispõe o art. 168 da CF: ‘Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.’. A LC 101/2000 disciplinou o assunto. Obriga, todavia, o Executivo a repassar as verbas orçamentárias de cada órgão de Poder até o dia 20 de cada mês. A não liberação constitui exercício irregular de poder e, pois, habilita o órgão preterido a ingressar em juízo para obter os recursos. No caso, o Executivo funciona apenas como órgão de arrecadação. A verba é do Judiciário, do Legislativo, do Ministério Público e da Defensoria Pública, sendo vedado ao Poder Executivo retê-la seja a que título for”. No mesmo sentido, consta também as ADPFs nºs 384 e 504, relatadas, respectivamente, pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, julgadas pelo Plenário do STF em 6 de agosto de 2020 e em 20 de outubro de 2020.

⁴¹⁵ “Tendo em vista o interesse jurídico da solução quanto à legitimidade de sua aplicação no passado. Essa foi a orientação perfilhada pelo Tribunal na ADPF 33, na qual se discutiu eventual incompatibilidade com a Constituição de 1988 de norma estadual revogada em 1999” (GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, 2018, p. 2156).

c) proposta de emenda à Constituição⁴¹⁶; d) outros atos estatais não aperfeiçoados⁴¹⁷; e) atos de hostilidade do governo federal contra diplomatas em território nacional (porque compete ao Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos – CF, art. 84, VII); f) sentenças/acórdãos transitadas(os) em julgado, mesmo quando a decisão tenha sido proferida em confronto com a jurisprudência do STF (pois a ADPF não pode ser utilizada como sucedâneo de ação rescisória e haveria violação ao princípio da segurança jurídica)⁴¹⁸ e inclusive para acórdãos proferidos em outras ações de controle concentrado⁴¹⁹; e, g) súmulas vinculantes (pois gozam de procedimento específico para modificação ou cancelamento – CF, art 103-A, e Lei nº 11.417/2006)⁴²⁰.

Por fim, ainda em relação às exposições introdutórias sobre a ADPF, cumpre destacar que o art. 5º da Lei nº 9.882/1999 trata da possibilidade de concessão de liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental, que pode consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ADPF, salvo se decorrentes da coisa julgada. Apesar do silêncio da lei, o Supremo Tribunal Federal tem atribuído efeitos *erga omnes* e vinculante a essa decisão cautelar, quando assim entende conveniente⁴²¹.

⁴¹⁶ Nesse sentido: STF, ADPF nº 43 AgR, relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgada em 20/11/2003.

⁴¹⁷ No Agravo Regimental na ADPF nº 311, da relatoria do Ministro Teori Zavascki restou decidido pelo Plenário do STF que a demora do Presidente da República na nomeação de magistrados não admite o manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

⁴¹⁸ A respeito: STF, ADPF nº 249 AgR, relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgada em 13/08/2014.

⁴¹⁹ Nesse sentido STF, ADPF nº 649 AgR, relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgada em 02/03/2022.

⁴²⁰ Nessa linha: STF, ADPF nº 147 AgR, relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgada em 24/03/2011.

⁴²¹ Nesse sentido: “EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ELEIÇÕES 2018: MANIFESTAÇÕES EM INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR. ATOS DO PODER PÚBLICO: BUSCAS E APREENSÕES. ALEGADO DESCUMPRIMENTO A PRECEITOS FUNDAMENTAIS: PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DEMONSTRADA. URGÊNCIA QUALIFICADA CONFIGURADA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA E REFERENDADA. 1. Adequada a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental porque respeitado o princípio da subsidiariedade e processualmente viável a impugnação, por seu intermédio, de decisões judiciais ou de interpretações judiciais de textos normativos constitucionais. 2. Suspensos os efeitos de atos judiciais ou administrativos, emanados de autoridade pública que possibilitem, pelos quais se determinem ou promovam o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e

Deve-se ainda assinalar, quanto aos efeitos da decisão definitiva proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental que, observado o silêncio da Constituição, a Lei nº 9.882/1999 reza, na regra inserta em seu art. 10, *caput*, que, julgada, deverá o STF fixar as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, tendo a decisão eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público (§ 3º)⁴²².

No que tange à abrangência objetiva do efeito vinculante da decisão definitiva proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aceita a extensão dos seus fundamentos determinantes deve-se verificar o que ela determina.

Na hipótese da decisão da ADPF declarar um ato normativo não recepcionado pela Constituição Federal ou inconstitucional, tratando-se de regramentos replicados em outras esferas do Poder Público (exemplo, normas administrativas de conteúdo semelhante editadas por secretarias de governo de estados diferentes da federação tendo uma delas sido reconhecida inválida em ADPF), aplicada a teoria da transcendência dos motivos determinantes, todos devem ser tidos por contrários à ordem constitucional, ante o reconhecimento de que um deles violou preceito fundamental, observado que a declaração de não recepção equivale, para esse fim, à de inconstitucionalidade (pois um ato normativo ter sido editado antes da Carta de 1988 e o outro, de mesmo teor, mais de outra esfera de governo, depois)⁴²³.

discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários. 3. Pluralismo não é unanimidade, impedir a manifestação do diferente e à livre manifestação de todas as formas de apreender, aprender e manifestar a sua compreensão de mundo é algemar as liberdades, destruir o direito e exterminar a democracia. 4. O pluralismo de ideias está na base da autonomia universitária como extensão do princípio fundante da democracia brasileira, que é exposta no inc. V do art. 1º da Constituição da República” (STF, Referendo na Medida Cautelar na ADPF 548, relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/2018: “O Tribunal, por unanimidade, reconheceu adequada a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, seja porque respeitado, no caso, o princípio da subsidiariedade, seja, ainda, porque processualmente viável a impugnação, por seu intermédio, de decisões judiciais ou de interpretações judiciais de textos normativos. Em seguida, o Tribunal, também por votação unânime, referendou, integralmente, a decisão proferida pela Relatora, Ministra Cármen Lúcia, decisão essa que se reveste de efeito vinculante e de eficácia contra todos (suspendendo-se os efeitos de atos judiciais ou administrativos”).

⁴²² A redação da norma constante no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/1999 torna mais abrangente o efeito vinculante da decisão proferida na ADPF do que aquela exarada na ADI ou na ADC, porque vincula todos os demais órgãos do Poder Público e, portanto, também as cúpulas dos Poderes, no que tange ao exercício da função administrativa. As disposições previstas no art. 102, 2º, da Constituição e no art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 estendem o efeito vinculante da ADI e da ADC somente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁴²³ Vide itens 6.1 e 6.2.

No caso, no entanto, da decisão da ADPF fixar outras condições e modos de interpretação e aplicação do preceito fundamental, o que é mais comum quando reconhecida violação por ato de efeitos concretos, não normativos, a aplicação da teoria da transcendência deve ser temperada, pois a similaridade de situações ocorre com menos frequência.

Com essas observações, cumpre dizer que, analisados 427 (quatrocentos e vinte e sete) acórdãos proferidos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em arguições de descumprimento de preceito fundamental desde que passou a ser utilizada após seu regramento na Lei nº 9.882/1999 e até 19 de dezembro de 2022, foram selecionados 61 (sessenta e um) julgados que interessaram ao objeto desta investigação.

Os critérios utilizados para a compilação foram semelhantes àqueles considerados para a ação direta de inconstitucionalidade, observadas as peculiaridades da ADPF: a) não terem os julgados deixado de conhecer os pedidos deduzidos nas ADPFs pelo fundamento único de ilegitimidade das partes postulantes ou em razão de defeitos das petições iniciais (porque, nesses casos, as decisões proferidas não justificaram sequer o não conhecimento das ações em virtude dos seus objetos ou não apreciaram os méritos dos pedidos); b) referirem-se as decisões exaradas, exclusivamente, ao controle da violação de preceito fundamental de atos da Administração Pública (ou seja, não existir apreciação de vício de lei ou outro ato legislativo, inclusive dispositivos de constituições estaduais, em conjunto, o que poderia implicar apenas na inconstitucionalidade por arrastamento dos atos administrativos; c) não terem as ADPF como objeto controle de ato emanado do Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional; d) as decisões proferidas não tratarem de omissões do Poder Público (dado o corte inicial estabelecido para a pesquisa); e) terem as decisões sido proferidas pelo Plenário do STF (não foram consideradas decisões monocráticas dos ministros, por não representarem, necessariamente, todo o entendimento do colegiado); f) serem as decisões finais (não foram consideradas decisões de medidas cautelares ou outros incidentes processuais que não encerraram o trâmite das ADPFs).

Cumpre dizer que, ao contrário do que foi feito em relação à ação direta de inconstitucionalidade, os julgados não foram inicialmente selecionados de acordo com os órgãos emissores dos atos questionados, dado o número relativamente baixo de decisões

encontradas e por somente 08 (oito) delas se referirem a atos administrativos emanados fora do Poder Executivo⁴²⁴.

Preferiu-se, aqui, analisar, primeiro, quantas arguições de descumprimento de preceito fundamental não foram conhecidas ou restaram prejudicadas e quantas tiveram seu mérito apreciado, pois esses dados foram importantes para as propostas de aprimoramento do sistema posteriormente apresentadas.

Assim, dos 61 (sessenta e um) julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em arguições de descumprimento de preceito fundamental que tiveram como objeto exclusivo atos da Administração Pública (normativos ou não normativos) no período analisado, chegou-se aos seguintes resultados⁴²⁵:

- 32 (trinta e dois) casos não tiveram seus méritos analisados:
 - 10 (dez) em razão da ofensa à constituição ser reflexa (inconstitucionalidade indireta)⁴²⁶;
 - 17 (dezessete) por existir outro meio eficaz de sanar a lesividade (princípio da subsidiariedade)⁴²⁷;
 - 05 (cinco) porque houve perda do objeto da ADPF⁴²⁸;
- 01(um) caso foi conhecido como ação direta de inconstitucionalidade⁴²⁹;
- 28 (vinte e oito) casos tiveram seus méritos apreciados:
 - 16 (dezesesseis) ADPFs foram julgadas procedentes, ao menos em parte⁴³⁰;
 - 12 (doze) ADPFs foram julgadas improcedentes⁴³¹.

Esses números revelam, de pronto, uma grande quantidade de ADPFs que sequer são conhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, em razão do ato administrativo

⁴²⁴ ADPFs n^os 388, 482, 203, 41, 548, 621, 739 e 661.

⁴²⁵ Foram considerados os principais argumentos lançados nos acórdãos das ADPFs, apesar de, em alguns casos, também terem sido indicados motivos para o resultado alcançado. Por exemplo, em 05 (cinco) julgados (ADPFs n^os 93, 210, 169, 260 e 577), além do não conhecimento do pedido em razão da ofensa reflexa à Constituição, também foi invocado o princípio da subsidiariedade.

⁴²⁶ ADPFs n^os 93, 210, 169, 260, 577, 354, 127, 468, 270 e 559.

⁴²⁷ ADPFs n^os 18, 390, 224, 203, 621, 41, 641, 724, 711, 739, 696, 703, 803, 686, 843, 788, 941.

⁴²⁸ ADPFs n^os 330, 477, 848, 426 e 923.

⁴²⁹ ADPF n^o 72.

⁴³⁰ ADPFs n^os 33, 47, 388, 310, 482, 622, 863, 749, 548, 714, 672, 661, 742, 607, 651 e 893.

⁴³¹ ADPFs n^os 186, 292, 509, 748, 763, 242, 572, 523, 794, 811, 825 e 528.

questionado violar, primeiro, ato normativo infraconstitucional (inconstitucionalidade indireta) ou por haver outro meio processual para buscar tisaná-lo.

Também externam uma leve tendência do Supremo Tribunal Federal de, conhecida a ADPF, reconhecer, ao menos parcialmente, alguma violação de preceito fundamental. Ressalte-se que, das 28 (vinte e oito) ADPFs que tiveram seus méritos examinados, exatamente a metade se referiu a atos administrativos normativos⁴³² e a outra metade a atos de efeitos concretos, administrativos não normativos⁴³³.

Ainda, das ADPFs julgadas procedentes, 08 (oito) impugnaram atos administrativos normativos⁴³⁴. Os anteriores à Constituição de 1988 foram declarados não recepcionados pela Carta Política. Os posteriores foram tidos por inconstitucionais, tal qual nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Quanto às 08 (oito) ADPFs que receberam um juízo de procedência (ao menos parcial) referentes a questionamentos de atos administrativos não normativos, os dispositivos dos julgados variaram de acordo com os atos de efeitos concretos questionados. Em alguns casos foram declaradas nulas decisões tomadas e estabelecida a forma de interpretação de atos normativos⁴³⁵. Em outros, suspensos atos realizados, inclusive vetos a projetos legislativos, restabelecendo redações originais das leis⁴³⁶. Também houve decisões no sentido de reconhecer competências de entes da federação para práticas de atos de efeitos concretos (combate à pandemia do Covid-19)⁴³⁷, fixar regras de procedimento nas Casas Legislativas para tramitação de medidas provisórias⁴³⁸, determinar posturas ativas da Administração Pública (para enfrentamento da pandemia do Covid-19)⁴³⁹, ou apenas declarar inconstitucionais normas administrativas⁴⁴⁰.

⁴³² ADPFs nºs 33, 47, 388, 310, 482, 622, 811, 863, 749, 186, 292, 509, 748 e 763.

⁴³³ ADPFs nºs 548, 714, 672, 661, 742, 607, 651, 893, 242, 572, 523, 794, 825 e 528.

⁴³⁴ ADPFs nºs 33, 47, 388, 310, 482, 622, 863 e 749.

⁴³⁵ ADPFs nº 548 e 607.

⁴³⁶ ADPFs nºs 714 e 893.

⁴³⁷ ADPF nº 672.

⁴³⁸ ADPF nº 661.

⁴³⁹ ADPF nº 742.

⁴⁴⁰ ADPF nº 651.

5.5. Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva (AI)⁴⁴¹, também denominada de ação direta interventiva⁴⁴² ou representação interventiva⁴⁴³, está prevista nas normas constantes no art. 36, III, c.c. art. 34, VI, primeira parte (“prover a execução de lei federal”) e VII, da Lei Constituição Federal. No plano infraconstitucional, é regrada pela Lei nº 12.562, de 23 de dezembro de 2011.

A legitimidade para a propositura da ação direta interventiva é exclusiva do Procurador-Geral da República.

A representação interventiva objetiva, como ensina LUÍS ROBERTO BARROSO (2012, p. 354), “a obtenção de um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da violação de algum princípio constitucional sensível por parte de Estado-membro da Federação” ou do Distrito Federal, para posterior decretação da intervenção federal, a fim de assegurar a observância da (a) forma republicana, do sistema representativo e do regime democrático, (b) dos direitos da pessoa humana, (c) da autonomia municipal, (d) da prestação de contas da administração pública, direta e indireta, (e) da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde, (f) da execução de lei federal.

A representação interventiva não visa o controle direto da constitucionalidade do ato praticado pelo Estado-membro/Distrito Federal (normativo ou não normativo⁴⁴⁴), mas a imposição da “sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política” (ALEXANDRE DE MORAES, 2022, p. 877).

Desse modo, pode-se afirmar que o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato estadual/distrital maculado, “não é o objeto da demanda, embora seja uma questão prejudicial a sua solução. Nesse sentido, há uma declaração incidental de

⁴⁴¹ Utiliza essa denominação ALEXANDRE DE MORAES (2022, p. 876).

⁴⁴² Conforme LUÍS ROBERTO BARROSO (2012, p. 348).

⁴⁴³ De acordo com GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, p. 2092), e ELIVAL DA SILVA RAMOS (2010, p. 424).

⁴⁴⁴ Nesse sentido: ALFREDO BUZAID (1958, p. 120), GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, pp. 2093 a 2097) e LUÍS ROBERTO BARROSO (2012, pp. 355 e 356). A Lei nº 12.562/2011 admite que até omissões justifiquem o manejo da ação direta interventiva (art. 3º, II).

inconstitucionalidade, embora com consequências distintas das que se produzem nas ações subjetivas em geral” (LUÍS ROBERTO BARROSO, 2012, p. 355).

Como ressalta CLÉMERTON MERLIN CLÈVE (2000, p. 130), a ação direta de inconstitucionalidade interventiva é um “procedimento fincado a meio caminho entre a fiscalização da lei *in thesi* e aquela realizada *in casu*. Trata-se, pois, de uma variante de fiscalização concreta realizada por meio de ação direta”.

Julgada a ação direta interventiva, as autoridades ou os órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados serão comunicados do teor da decisão. Se for improcedente, “a União fica impedida de intervir no Estado sob o fundamento de que o ato motivador da ação viola princípio sensível” (LUÍS ROBERTO BARROSO, 2012, p. 360) ou caracteriza indevida recusa à execução de lei federal. Se for procedente, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Presidente da República para decretar a intervenção federal (Lei nº 12.562/2011, art. 11).

A procedência da representação, contudo, não importa na invalidade do ato impugnado. A respeito, ensinam GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, p. 2111): “não se declara a nulidade ou a ineficácia do ato questionado, limitando-se a afirmar a violação do texto constitucional no âmbito de um procedimento complexo que poderá levar à decretação da intervenção federal”.

A própria Constituição afirma, porém, que o decreto de intervenção federal poderá limitar-se a suspender a execução do ato questionado, se for o bastante para restabelecimento da normalidade jurídica, ficando dispensada a apreciação do decreto, nesse caso, pelo Congresso Nacional ou (art. 36, § 3º). Isso se não ocorrer da própria autoridade que expediu o ato inquinado na esfera estadual não o revogar ou suspender, ante a notícia da procedência da ação interventiva.

Cumprе observar que, apesar das advertências de parte da doutrina quanto à impossibilidade de concessão de medida cautelar na representação interventiva, uma vez que importaria em transmutá-la para uma espécie de ação direta de inconstitucionalidade com parâmetro de controle menos amplo (somente os princípios constitucionais sensíveis)⁴⁴⁵ e porque não haveria como antecipar seu efeito final, pois a eventual decisão

⁴⁴⁵ Nesse sentido, doutrina CLÉMERTON MERLIN CLÈVE (2000, p. 134): “Cumprе reafirmar: a ação direta interventiva não se compatibiliza com a medida liminar. Deveras, a sustação liminar do ato impugnado é suficiente para transformar a ação direta interventiva, modelo de fiscalização concreta de constitucionalidade, embora voltado exclusivamente para a proteção dos princípios constitucionais sensíveis”.

de procedência da representação implica apenas na ordem para o Presidente da República decretar a intervenção federal⁴⁴⁶ e, assim, qualquer medida liminar durante seu trâmite conceberia uma crise institucional prefigurada⁴⁴⁷, a Lei nº 12.562/2011, na regra inserta em seu art. 5º, que o STF pode, por decisão da maioria absoluta de seus membros, conceder medida liminar na representação interventiva, consistente na determinação de que se suspenda o andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais ou administrativas ou qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da causa.

Por outro lado, como ressalta LUÍS ROBERTO BARROSO (2012, pp. 351 e 352),

Na atual configuração do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, a ação direta interventiva ocupa um papel de relativa desimportância. É que as leis e os atos normativos de âmbito estadual são passíveis de fiscalização por via de ação direta de inconstitucionalidade, igualmente titularizada pelo Procurador-Geral da República, cuja consequência é retirar do sistema jurídico (ou, pelo menos, paralisar a eficácia com alcance contra todos) as disposições impugnadas. Essa via, portanto, mais ampla e menos traumática, esvazia a opção pela intervenção federal.

De fato, de acordo com levantamento realizado, desde a promulgação da Constituição de 1988 e até os dias atuais, somente 02 (duas) representações interventivas propostas pelo Procurador-Geral da República foram apreciadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal: as Ações Interventivas nºs 114 e 5179.

Na Ação Direta Interventiva nº 114, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, julgada em 13 de março de 1991, foi pedida pelo Procurador-Geral da República a intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana, em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de condição mínima, no Estado, para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida. O mencionado fato teria ocorrido em Matupá/MT em 1990, ocasião em que policiais civis e militares conseguiram fazer com que três ladrões depusessem seus revólveres e saíssem de uma residência onde mantinham crianças e adultos como reféns. Ao deixarem o local, foram presos e colocados em um

⁴⁴⁶ Assinala LUÍS ROBERTO BARROSO (2012, p. 359): “A natureza e a finalidade da ação direta interventiva não são compatíveis com a possibilidade de concessão de medida liminar. Não há como antecipar qualquer tipo de efeito, como a eventual suspensão do ato impugnado, uma vez que a própria decisão de mérito tem como consequência apenas a determinação de que o Chefe do Executivo execute a intervenção”.

⁴⁴⁷ A respeito, STF, Rp. 96, rel. Min. Castro Nunes, *AJ*, 85/31 (32), citada por GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2018, p. 2108).

automóvel para protegê-los de linchamento. Porém, em seguida foram agredidos e tiveram seus corpos incinerados. A representação foi conhecida pelo Supremo Tribunal Federal, ante a alegada inobservância pelo Estado-membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea "b", da Constituição de 1988 ("direitos da pessoa humana"), mas foi julgada improcedente, dada a excepcionalidade da medida interventiva e porque, no caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo informações, passou a apurar o crime. O fato concreto, pois, embora de extrema gravidade e repugnância, não configurava por si só, segundo o julgado, situação bastante a justificar o decreto de intervenção federal no Estado.

Por sua vez, na Ação Direta Interventiva nº 5179, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgada em 30 de junho de 2010, o Procurador-Geral da República pediu a intervenção federal no Distrito Federal em razão de alegada existência de largo esquema de corrupção com envolvimento do ex-governador, deputados distritais e suplentes, o que comprometeu o exercício das funções governamentais no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo da referida unidade da Federação, com ofensa aos princípios inscritos no art. 34, inc. VII, "a", da CF. A representação também foi conhecida, mas julgada improcedente, sob o argumento de que houve adoção, pelas autoridades competentes, de providências legais eficazes para debelar a crise institucional. Desnecessária, pois, a decretação da intervenção, enquanto medida extrema e excepcional.

5.6. Outras ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal (controle concentrado/incidental/concreto)

O Supremo Tribunal Federal não se limita a ser apenas uma Corte Constitucional, no sentido de competir-lhe somente o julgamento de ações de controle abstrato de constitucionalidade e cujas decisões importam efeitos *erga omnes* e vinculantes.

JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES (1994, pp. 51 a 57) arrola as seguintes atribuições do STF: a) juiz de primeira e última instância; b) juiz constitucional; c) tribunal da federação; d) juiz administrativo; e) juiz penal; f) alta corte de justiça; g) tribunal de conflitos; h) juiz de execução; i) autoridade judicial não contenciosa; j) juiz de apelação; e, k) juiz extraordinário ou de cassação.

Essa gama de competências do Supremo Tribunal Federal aliada ao fato de que, no Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade admite que qualquer juiz ou tribunal, obedecidas as disposições sobre competência, possa realizar juízo de adequação

de leis e atos da Administração Pública com a Constituição, o que, obviamente, permite que o STF, como guarda da Constituição⁴⁴⁸, igualmente o faça nas ações de sua competência originária, ainda que não se trate de um processo objetivo, acaba por criar também um abundante sistema de controle concentrado de constitucionalidade junto à referida Alta Corte⁴⁴⁹.

É claro que esse controle concentrado, afora o realizado nos processos objetivos - as ações diretas previstas nas normas inseridas no art. 102, I, “a”, e § 1º, da Constituição, importa, na interpretação clássica da norma constante do art. 52, X, da Carta Política, em limitada eficácia subjetiva da decisão proferida, restringindo-a àqueles que atuaram no feito de competência originária do STF.

Isso, no entanto, não retira a característica da concentração do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal nessas hipóteses.

As ações originárias de causas concretas processadas no STF decorrem das competências que a Constituição Federal lhe definiu nas regras inseridas no seu art. 102, I, “b” a “o”, “q” e “r”. Estabelecem o foro do Supremo Tribunal Federal em razão da prerrogativa da função exercida pela autoridade criminalmente processada (“b”, “c”, “d”, primeira parte, e “i”) ou apontada como responsável por ato impugnado por remédio constitucional (“d”, parte final, “i” e “q”), devido à natureza da causa (“e”, “f”, “g”, “n”, “o” e “r”), ou em razão de assessoriedade processual (“j”, “l” e “m”).

A Resolução nº 456, de 17 de fevereiro de 2011, do Supremo Tribunal Federal⁴⁵⁰, fixa as classes processuais no âmbito da Suprema Corte brasileira. Giro rápido no seu anexo releva a previsão de 56 (cinquenta e seis) categorias diferentes de processos admitidas no âmbito do STF. Dessas, 18 (dezoito) referem-se a ações de competência originária do Supremo, seara onde pode haver, como dito, incidentalmente, controle de atos do Poder Público como questão prejudicial à solução de cada caso.

Como foi exposto, esses questionamentos nessas causas de competência originária do STF também representam forma de controle concentrado de constitucionalidade.

O quadro a seguir apresenta um panorama global da quantidade de ações originárias julgadas somente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Para colheita

⁴⁴⁸ Art. 102 (CF). Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, [...].

⁴⁴⁹ Vide Capítulo 1.

⁴⁵⁰ Com as alterações instituídas pelas Resoluções nºs 466, de 17 de fevereiro de 2011, e 604, de 11 de dezembro de 2017, ambas também da Alta Corte.

das informações, foi utilizada, inicialmente, a ferramenta de pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico do STF (disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2062630>), e lançado, como critério de pesquisa, o verbete correspondente à sigla da classe processual de cada ação originária consultada e os filtros “Tribunal Pleno”, “data de julgamento = de 05/10/1988” e “classe” a correspondente à sigla sondada. Assim, foram obtidos os números de julgados em feitos de competência originária somente pelo Tribunal Pleno do Supremo Corte brasileira após a promulgação da Constituição de 1988 (coluna “Número de julgados pelo Tribunal Pleno do STF”).

Como, contudo, nesse grupo de decisões não houve pronunciamento de inconstitucionalidades em todas elas, uma vez que o Regime Interno do STF, nas disposições previstas em seus arts. 5º e 6º, fixa outras competências ao Plenário da Corte vinculadas a ações originárias⁴⁵¹, e ante a inviabilidade de percorrer todos os milhares de acórdãos encontrados, realizou-se outra pesquisa com base nos critérios anteriores, acrescido sempre da palavra “inconstitucional”. Dessa forma, foram descobertos os números dos grupos inicialmente pesquisados contendo o referido vocábulo na “ementa” ou nos verbetes de indexação dos julgados (coluna “Julgados com termo ‘inconstitucional’”).

Por fim, foram analisados os resultados obtidos e selecionados os casos em que houve exclusivo controle de constitucionalidade de atos da Administração Pública (coluna “Controle de constitucionalidade de atos da AP”)⁴⁵².

Os dados referem-se ao período de 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, a 22 de dezembro de 2022, a fim de se obter informações relativas à realidade constitucional presente.

Foram consideradas somente as decisões proferidas pelo Pleno do STF porque compete ao referido órgão os julgamentos das arguições de inconstitucionalidade (RISTF, art. 6º, II, “a”), em respeito à cláusula constitucional de plenário (CF, art. 97).

Para conseguir elementos mais precisos, foram excluídos os dados integrais das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e

⁴⁵¹ Por exemplo, não necessariamente em um litígio entre a União e determinado Estado-membro (CF, art. 102, I, “f”; RISTF, art. 5º, IV) haverá uma questão constitucional a ser dirimida para julgamento do mérito do pedido.

⁴⁵² O método utilizado não está imune a críticas quanto à sua precisão, mas foi o mais detalhado que se pode utilizar.

arguições de descumprimento de preceito fundamental, porque já estudados em tópicos anteriores e relativos a fiscalização objetiva de constitucionalidade.

Também foi reduzido o valor do campo “Intervenção Federal” em 02 (dois), ante os casos de ação direta de inconstitucionalidade interventiva já apresentados.

Por fim, ainda foram excluídos: a) os dados referentes às ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e mandados de injunção, considerando o corte inicial apresentado para esta pesquisa, que não procura investigar controle de omissões do Poder Público; b) as informações concernentes aos recursos de competência do Supremo Tribunal Federal, pois qualquer discussão a respeito de constitucionalidade neles está atrelada à ideia de controle difuso; e, c) o número de reclamações – 1616 (um mil, seiscentos e dezesseis) casos – porque poderia gerar distorções, uma vez que muito elevado e relativo a demandas que apenas visaram garantir a preservação da competência do STF, a autoridade das suas decisões, a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisões proferidas pela Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade e de acórdãos do Supremo proferidos em julgamentos de incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de incidentes de assunção de competência (CPC, art. 988, I a IV), onde eventuais juízos sobre exames de constitucionalidade de atos do Poder Público já foram feitos, malgrado não se desconheça que a doutrina majoritária atribua a natureza jurídica de ação à reclamação.

Obteve-se, pois, os seguintes dados, com anotação da sigla da classe processual utilizada pelo Supremo Tribunal Federal:

Classe	Descrição	Número de julgados pelo Tribunal Pleno do STF	Julgados com termo “inconstitucional”	Controle de constitucionalidade de atos da AP
AC	Ação Cautelar	146	1	0
ACO	Ação Cível Originária	687	7	1 ⁴⁵³
AO	Ação Originária	223	8	3 ⁴⁵⁴
AOE	Ação Originária Especial	12	0	0
AP	Ação Penal	243	1	1 ⁴⁵⁵
AR	Ação Rescisória	624	20	2 ⁴⁵⁶
CC	Conflito de Competência	105	0	0
Cm	Comunicação	3	0	0
Ext	Extradição	624	11	0
HC	Habeas Corpus	772	22	4 ⁴⁵⁷
HD	Habeas Data	9	0	0
IF	Intervenção Federal	65	0	0
Inq	Inquérito	493	2	0
MS	Mandado de Segurança	1814	32	20 ⁴⁵⁸
Pet	Petição	325	3	1 ⁴⁵⁹
PPE	Prisão Preventiva para Extradição	13	0	0
RvC	Revisão Criminal	40	0	0
TPA	Tutela Provisória Antecedente	5	0	0
TOTAL		6203	107	32

Apesar de terem sido localizados apenas 32 (trinta e dois) casos que interessaram a esta pesquisa, pode-se constatar a relevância de alguns deles, principalmente no que tange ao controle incidental de constitucionalidade de atos administrativos normativos.

Apresenta-se, a seguir, 02 (dois) exemplos para ilustrar o ora afirmado.

⁴⁵³ ACO nº 408.

⁴⁵⁴ Aos nºs 70, 192 e 506.

⁴⁵⁵ AP nº 276.

⁴⁵⁶ Ars nºs 1204 e 2047.

⁴⁵⁷ HCs nºs 74.761, 85.056, 125.768 e 143.333.

⁴⁵⁸ MSs nºs 21.055, 21.360, 21.420, 23.138, 23.670, 25.979, 26.603, 26.604, 26.602, 25.962, 28.273, 28.528, 30.014, 29.270, 27.931, 31.017, 30.943, 35.812, 35.410 e 35.824.

⁴⁵⁹ Pet nº 4.656.

O Habeas Corpus nº 74.761 foi impetrado perante o Supremo Tribunal Federal objetivando a desconstituição de acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, após realizadas três sessões de julgamento, por maioria, não conheceu de recurso especial interposto por um dos pacientes do remédio heroico.

Segundo consta, o julgamento do recurso especial teve início em 5 de novembro de 1996, quando presentes na sessão da Sexta Turma do STJ, o relator, Ministro Vicente Leal, e os Ministros Fernando Gonçalves, Anselmo Santiago e Vicente Cernicchiaro. Ausente o Ministro William Patterson. Após o voto do relator, que conheceu e proveu em parte o recurso especial, o julgamento foi adiado em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro Fernando Gonçalves.

Posteriormente, na sessão realizada no dia 12 de novembro de 1996, quando ainda ausente o Ministro William Patterson, o Ministro Fernando Gonçalves votou pelo não conhecimento do recurso e o Ministro Anselmo Santiago acompanhou o voto do relator. O Ministro Vicente Cernicchiaro declarou-se impedido.

Ocorre que, em vez de ser proclamada a decisão favorável ao paciente na referida sessão (2x1), o julgamento foi suspenso para aguardar o retorno do Ministro William Patterson, a fim de completar o quórum fixado na regra inserta no art. 181 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ), que reza haver a necessidade da decisão da Turma na Corte ser tomada pelo voto da maioria absoluta dos seus membros⁴⁶⁰.

Depois, na sessão de 10 de dezembro de 1996, presentes o relator e os Ministros Fernando Gonçalves, Anselmo Santiago, William Patterson e José Arnaldo da Fonseca, reiniciou-se o julgamento. O Ministro William Patterson proferiu voto pelo não conhecimento do recurso especial interposto e foi acompanhado pelo Ministro José Arnaldo da Fonseca. Então, foi proferido o resultado do julgamento pelo não seguimento, por maioria (3x2), do recurso especial.

O Habeas Corpus nº 74.761 foi distribuído para a Segunda Turma do Supremo, sob a relatoria do Ministro Maurício Corrêa.

⁴⁶⁰ Art. 181 (RISTJ). A decisão da Turma será tomada pelo voto da maioria absoluta dos seus membros.

§ 1º O Presidente da Turma participa dos seus julgamentos com as funções de relator, revisor e vogal.

§ 2º Não alcançada a maioria de que trata este artigo, será adiado o julgamento para o fim de ser tomado o voto do Ministro ausente.

§ 3º Persistindo a ausência, ou havendo vaga, impedimento ou licença, por mais de um mês, convocar-se-á Ministro de outra Turma (art. 55).

§ 4º No habeas corpus e no recurso em habeas corpus, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.

Em sessão ocorrida em 13 de maio de 1997, a Segunda Turma do STF acolheu a proposta do relator e decidiu afetar ao Plenário da Corte o julgamento do pedido, ante a necessidade de elucidar se a norma regimental mencionada (RISTJ, art. 181) é consentânea com a Constituição Federal.

O julgamento Habeas Corpus nº 74.761 foi encerrado na sessão realizada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 11 de junho de 1997.

Prevaleceu o voto do relator, Ministro Maurício Corrêa, que concluiu ser a regra inserta no art. 181, *caput*, do RISTJ ilegal e inconstitucional.

Ilegal e inconstitucional porque não observou, apesar do determinado na disposição do art. 96, I, “a”, da Carta Política⁴⁶¹, a norma constante no art. 615, *caput*, do Código de Processo Penal (CPP), cuja competência para edição é da União, por meio de lei (CF, art. 22, I⁴⁶²). Referida norma fixa que, nos julgamentos dos recursos em sentido estrito e apelações nos tribunais, a tomada de decisão se dá por maioria de votos e, havendo empate, deve ocorrer a colheita do voto do presidente do tribunal, câmara ou turma, se ainda não tiver participado da votação, ou, persistindo a igualdade, a prevalência da decisão mais benéfica ao acusado⁴⁶³. Entendeu-se que não poderia o Regimento Interno do STJ alterar norma cuja competência para edição é da União, por meio de lei federal (inconstitucionalidade orgânica) e que a regra processual penal indica a necessidade de maioria simples e sua aplicação se estende para o julgamento do recurso especial (ilegalidade).

Inconstitucional também porque a Lei Maior exige quórum qualificado de votação nos tribunais de maioria absoluta somente para as decisões disciplinares e para as declarações de inconstitucionalidade, a teor das normas constantes em seus arts. 93, X⁴⁶⁴,

⁴⁶¹ Art. 96 (CF) Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

⁴⁶² Art. 22 (CF). Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

⁴⁶³ Art. 615 (CPP) O tribunal decidirá por maioria de votos.

§ 1º Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.

⁴⁶⁴ Art. 93 (CF) [...]

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

e 97⁴⁶⁵. Logo, por ser exceção, não podem os regimentos internos dos tribunais criar outras hipóteses de quórum diferenciado de votação. A norma inserta no art. 181, *caput*, do RISTJ pois, nesse ponto, afrontou o conteúdo das disposições constitucionais citadas (inconstitucionalidade material).

Ao final, os membros do Supremo Tribunal Federal acolheram, por maioria⁴⁶⁶, o pedido da impetração e ainda declararam, incidentalmente, inconstitucional a expressão “absoluta de seus membros” constante do *caput* no art. 181 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Nota-se que, apesar do *habeas corpus* mencionado, no caso, ter sido utilizado para impugnar decisão judicial, não há dúvida tratar-se de ação originária da competência do STF, ante o disposto no art. 102, I, “i”, da Constituição Federal.

Percebe-se, também, que, no bojo da decisão proferida, houve controle de constitucionalidade de ato administrativo normativo autônomo, a disposição prevista no art. 181, *caput*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, declarada organicamente e materialmente inconstitucional.

No entanto, apesar da expressa declaração incidental da inconstitucionalidade da locução “absoluta de seus membros” constante no dispositivo regimental supramencionado, aprovada pelo voto de nove Ministros do Supremo Tribunal Federal⁴⁶⁷ ante a falta de atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes ao teor da decisão proferida e uma vez que a norma regimental questionada continua em vigor⁴⁶⁸, seu afastamento

⁴⁶⁵ Art. 97 (CF). Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁴⁶⁶ Apresentou voto divergente o Ministro Carlos Velloso e foi acompanhado somente pelo Ministro Octavio Gallotti. Segundo o Ministro Carlos Velloso, o disposto no art. 615 do Código de Processo Penal não se aplicava ao recurso especial, espécie de recurso extraordinário. Ao caso, deveria ser observada a regra inserta no art. 181, *caput*, do RISTJ por força da disposição constante no art. 638 do Estatuto de Ritos Processuais Penais (na época do julgamento, com a redação anterior à introduzida pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019): “O recurso extraordinário será processado e julgado no Supremo Tribunal Federal na forma estabelecida pelo respectivo regimento interno”. Assim, não houve invasão de esfera reservada à lei e nem ofensa ao art. 22, I, da Carta Política. Por outro lado, também, de acordo com o voto vencido, não teria havido inconstitucionalidade material do ato administrativo normativo editado pelo Superior Tribunal de Justiça, porque a Constituição não cuida de quórum de votação nos tribunais.

⁴⁶⁷ Acompanharam o voto do relator Ministro Maurício Corrêa, com algumas observações, os Ministros Celso de Mello, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Nelson Jobim.

⁴⁶⁸ A última alteração do RISTJ ocorreu pela Emenda Regimental nº 41, de 21 de setembro de 2022, sem promoção de qualquer alteração da redação do art. 181, *caput*, do referido Diploma Administrativo Normativo.

definitivo do ordenamento, por tratar-se de ato administrativo normativo autônomo, depende ainda do ajuizamento de ação de controle abstrato de constitucionalidade.

Por outro lado, o Mandado de Segurança nº 35.824 foi impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (SINDIFISCO NACIONAL) contra acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU), os quais concluíram pela inconstitucionalidade no implemento do bônus de eficiência e produtividade previsto nos arts. 7º e 17 da Lei nº 13.464, de 10 de julho de 2017, fruto da conversão da Medida Provisória nº 765, de 29 de dezembro de 2016, determinando a cessação de seu pagamento.

Na sessão realizada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 13 de abril de 2021, triunfou o voto do relator, Ministro Alexandre de Moraes, que concluiu não poder o TCU exercer controle de constitucionalidade de lei.

Conforme consta no voto do Ministro Alexandre de Moraes, o Tribunal de Contas da União é órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, com competência estabelecida no art. 71 da Constituição Federal⁴⁶⁹, e não lhe foi conferido,

⁴⁶⁹ Art. 71 (CF). O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

por não se tratar de órgão jurisdicional, o poder de exercer a fiscalização de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, observado que a Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal⁴⁷⁰, editada em 13 de dezembro de 1963, não sobreviveu à nova ordem constitucional de 1988. Esse alargamento de competência do Tribunal de Contas da União, para permitir-lhe a verificação de compatibilidade de normas com a Carta Política importaria desrespeito ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, inclusive às competências privativas do STF, pois implicaria em usurpação da função jurisdicional.

Ressaltou ainda o Ministro Alexandre de Moraes em seu voto que a aceitação do controle de constitucionalidade de lei pelo TCU ainda implicaria em transcendência dos efeitos da decisão proferida pelo tribunal no caso concreto, pois levaria à determinação para que outros órgãos da administração deixassem de aplicar a mesma lei nos demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes, com violação às competências do STF no exercício do controle abstrato de constitucionalidade e do Senado Federal em relação à possibilidade que lhe confere a Lei Maior de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso (CF. art. 52, X).

O Pleno do Supremo Tribunal Federal concedeu, por maioria, a segurança para determinar ao Tribunal de Contas da União que reapreciasse os julgados que ensejaram a impetração, abstendo-se de afastar a incidência dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória nº 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

⁴⁷⁰ Súmula nº 347 (STF): O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Apresentaram votos divergentes os Ministro Edson Fachin e Marco Aurélio⁴⁷¹. Os demais Ministros acompanharam o voto do relator Ministro Alexandre de Moraes, mas os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber apresentaram algumas ressalvas⁴⁷².

O Ministro Roberto Barroso, acompanhou o relator para assentar a impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União – TCU, tendo a decisão proferida pelo órgão causado efeitos transcendentais, o que equivaleu ao afastamento da eficácia dos arts. 7º, §§ 2º e 3º, e 17 da Lei nº 13.464/2017. Argumentou, contudo, entender possível que autoridades administrativas de nível superior declarem, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, primeiro afirmou que o precedente que amparou a edição da Súmula nº 347 do STF distinguiu “não aplicação de leis inconstitucionais” e “declaração de inconstitucionalidade”. A primeira é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado e a segunda atribuição de competência específica do Supremo Tribunal Federal. Em seguida assentou que a Constituição de 1988 não permite que o TCU exerça fiscalização da validade de lei em caráter abstrato, mas admite que órgão, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, afaste a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, “quando em jogo matéria pacificada [na] Suprema Corte”. No caso julgado, contudo, o Tribunal de Contas da União implementou deliberação dotada de acentuado coeficiente de abstração e afastou a incidência de normas legais sobre matéria não tranquilizada no Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual também votou pela concessão da ordem.

⁴⁷¹ Segundo o Ministro Edson Fachin, “o colorido quase-jurisdicional que as tarefas do TCU assumem, já que não se trata de atividade meramente administrativa, mas de julgamento de contas de várias autoridades e colaboradores do Poder Público, a fim de assegurar a correção e economicidade nos gastos públicos” indica não “desbordar de sua competência que a Corte de Contas verifique a compatibilidade dos atos administrativo submetidos à sua análise, com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”, devendo ser mantida “a redação da Súmula 347 do STF”. Votou, pois, pela denegação da segurança, com o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do artigo 7º, §§ 2º e 3º, e do artigo 17, §§ 2º e 3º da Lei nº 13.464/2017. Por seu turno, o Ministro Marco Aurélio se manifestou nos seguintes termos: “o Tribunal de Contas enfrentou situação concreta e concluiu não prevalecer a lei, mas sim a Constituição, no que a Administração não está compelida a observar norma que entenda incompatível com a Lei Maior. Atuando, não exerceu o controle difuso, propriamente dito, por não ser órgão jurisdicional. Teve como viável julgar caso administrativo concreto de determinada forma. Seria verdadeira incongruência afastar-se essa possibilidade. Prevaleceria, muito embora no campo administrativo, lei inconstitucional. O que não pode o órgão administrativo é exercer o controle concentrado de constitucionalidade. É algo diverso. Divirjo do Relator, para indeferir a ordem”.

⁴⁷² Acompanharam o voto do relator Ministro Alexandre de Moraes, integralmente, os Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Nunes Marques.

Verifica-se que o STF, no julgamento do Mandado de Segurança nº 35824, ação originária de sua competência, nos termos da regra inserta no art. 102, I, “d”, da Constituição de 1988, exerceu controle de constitucionalidade de decisões do Tribunal de Contas da União que, dado o caráter transcendente dos efeitos delas, acabaram por ser dotadas de normatividade administrativa, no sentido de regularem a não aplicação de lei reputada inconstitucional (agiu o TCU como legislador negativo).

Em outras palavras, pode-se afirmar que as decisões do Tribunal de Contas da União normatizaram matéria que não era de sua competência ao reconhecer a não aplicação das disposições legais mencionadas.

Referidas decisões, pois, operaram dupla inconstitucionalidade: a) material, por violarem a reserva de jurisdição conferida pela Lei Maior aos órgãos do Poder Judiciário; e, b) orgânica, por normatizar, de forma negativa, ao exercer controle de constitucionalidade, a invalidade de lei.

Ainda é importante ressaltar um outro ponto relacionado ao julgamento do referido mandado de segurança.

Apesar de não ter sido expressamente declarado, até porque a questão não foi levada ao debate, o resultado da impetração, indiretamente, reconheceu a inconstitucionalidade de disposições do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União que estabelecem competir ao seu Plenário o exame de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público (arts. 16, VI, 17, §§ 2º e 3º, e 28, X)⁴⁷³.

⁴⁷³ Art. 16 (RITCU) Compete ainda ao Plenário:

[...]

VI – deliberar sobre propostas de determinações de caráter normativo, de estudos sobre procedimentos técnicos, bem como daqueles em que se entender necessário o exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público.

Art. 17 (RITCU). Compete à Primeira e à Segunda câmaras deliberar sobre:

§ 2º Não poderão ser apreciados pelas câmaras os processos que contenham propostas de fixação de entendimento sobre questão de direito em determinada matéria, de determinações em caráter normativo e de estudos sobre procedimentos técnicos, bem como aqueles em que se entender necessário o exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público.

§ 3º Realizado, pelo Plenário, o exame incidental de inconstitucionalidade indicado na parte final do parágrafo anterior, o processo retornará à Câmara para continuidade do feito, sem prejuízo do disposto no § 1º.

Art. 28 (RITCU) Compete ao Presidente:

[...]

X – votar quando se apreciar inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público;

Essas normas regimentais, atos administrativos normativos autônomos, continuam em vigor e, assim como no exemplo anterior, dependem do manejo de ação direta de inconstitucionalidade para serem expurgadas do sistema.

CAPÍTULO 6 – PROPOSTAS PARA APRIMORAMENTO DO SISTEMA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Diante de todo o investigado nos capítulos anteriores, da realidade do sistema de controle concentrado de constitucionalidade dos atos da Administração Pública, dos meios pelos quais é realizado e do teor de diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, e dos dados estatísticos colhidos referentes às causas sobre o assunto, ousa-se, nesta parte do trabalho, apresentar algumas propostas decorrentes de necessidades observadas no sistema, tendo como norte a busca de maior segurança jurídica, a uniformização das decisões, o respeito aos fundamentos determinantes expostos nas decisões proferidas em sede de controle concentrado, incidental ou principal, de constitucionalidade de atos da Administração Pública, a necessidade de publicização dessas motivações para orientação e correta observância pelos entes administrativos e a celeridade administrativa e processual.

6.1. Primeira proposta: Necessidade de disciplina normativa para aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes nas decisões proferidas em sede de ações diretas de controle de constitucionalidade

Ao se tratar da abrangência objetiva do efeito vinculante da decisão definitiva proferida na ação direta de inconstitucionalidade, o que também é aplicável à ação declaratória de constitucionalidade e à arguição de descumprimento de preceito fundamental, foi destacado que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda é oscilante quanto à aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes⁴⁷⁴.

O dilema, no caso, é entender se o efeito vinculante da decisão proferida em sede de ação direta (ADI, ADC ou ADPF) restringe-se à sua parte dispositiva ou se estende aos motivos nela apresentados, à *ratio decidendi*.

O alcance da eficácia vinculante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação de controle abstrato de constitucionalidade pode se estender para além da parte dispositiva do acórdão e abranger também os fundamentos subjacentes à decisão emanada?

⁴⁷⁴ Vide item 5.2.

Como também relatado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda é dúbia a respeito.

Em um primeiro momento, o Tribunal Pleno do STF decidiu pela aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, compreendendo que o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade se estende também aos seus fundamentos determinantes, à *ratio decidendi/holding* (em países de idioma inglês), aos *tragende Gründe* (em países de idioma alemão). Assim, não alcança apenas o ato especificamente impugnado na ação direta, mas todos aqueles semelhantes e que afrontem o decidido de forma definitiva pela Corte, sob pena de incentivo ao persistente descumprimento das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal de forma oblíqua, comprometendo sua função de guarda da Constituição. Assim, ainda que o ato equivalente verificado [normativo ou não normativo (se objeto de ADPF)] não seja o especificamente invalidado pelo STF, a eficácia da decisão do Tribunal também irradia a ele efeitos. A decisão exarada na Reclamação nº 390, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, com redator para o acórdão Ministro Néri da Silveira, julgada em 23 de junho de 1993⁴⁷⁵, por exemplo, acolheu esse entendimento.

Contudo, posteriormente, o Plenário do STF, em diversos julgados, passou a rejeitar a aplicação da referida teoria, entendendo que o limite objetivo do mencionado efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão. Ou seja, de acordo com essas decisões, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, a eficácia vinculante dos acórdãos engloba apenas o objeto examinado pela Suprema Corte. Se não existir identidade com o tema paradigma decidido pelo STF, não houver aderência estrita ao conteúdo do julgamento da Suprema Corte, perfeito ajuste, com exatidão e pertinência, não há falar em adoção do efeito vinculante a outras situações jurídicas, ainda que análogas. Segundo esse posicionamento, o direito brasileiro aceita apenas o controle de constitucionalidade de leis ou normas específicas. Não admite a inconstitucionalidade de matéria ou tema. Nesse sentido, por exemplo, dirigiu-se a decisão proferida no Agravo

⁴⁷⁵ Podem ainda ser conferidos, na mesma linha, as seguintes decisões do Plenário do STF: a) Reclamação nº 595, relator Ministro Sydney Sanches, julgada em 28/08/2002; b) Reclamação nº 363, relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 23/10/2003; c) Reclamação nº 1987, relator Ministro Maurício Corrêa, julgada em 01/10/2003; d) Reclamação nº 390, relator Ministro Marco Aurélio, redator para o acórdão Ministro Néri da Silveira, julgada em 23/06/1993; e) Reclamação nº 399, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 07/10/1993; f) Reclamação nº 448, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 19/04/1995; g) Reclamação nº 1923, relator Ministro Maurício Corrêa, julgada em 29/11/2001; h) Reclamação nº 1722, relator Ministro Celso de Mello, julgada em 26/12/2003; i) Reclamação nº 1859, relator Ministro Maurício Corrêa, julgada em 20/05/2002; j) Reclamação nº 1779, relator Ministro Maurício Corrêa, julgada em 20/05/2002.

Regimental em Reclamação nº 2475, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgado em 02 de agosto de 2007⁴⁷⁶.

A questão ganhou novos contornos com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Isso porque, segundo a disposição constante no seu art. 927, I, os demais órgãos judiciários devem observar o teor das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e, de acordo com a regra inserta no art. 988, III, e § 4º⁴⁷⁷, do referido Diploma Legal, cabe reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, compreendendo a aplicação indevida da tese jurídica e sua aplicação aos casos que a ela correspondam.

A expressão “tese jurídica” equivaleria a “fundamentos determinantes” da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade?

Nos dias 5 a 7 de dezembro de 2014, no IV Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), realizado na cidade de Belo Horizonte, ocasião em que 246 (duzentos e

⁴⁷⁶ Também nesse sentido os seguintes julgados do Tribunal Pleno do STF: a) Agravo Regimental na Reclamação nº 6534, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 25/09/2008; b) Agravo Regimental na Reclamação nº 8780, relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 25/11/2009; c) Agravo Regimental na Reclamação nº 3014, relator Ministro Ayres Britto, julgado em 10/03/2010; d) Agravo Regimental na Reclamação nº 6204, relator Ministro Eros Grau, julgado em 06/05/2010; e) Agravo Regimental na Reclamação nº 6319, relator Ministro Eros Grau, julgado em 17/06/2010; f) Agravo Regimental na Reclamação nº 9778, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 26/10/2011; g) Agravo Regimental na Reclamação nº 11831, relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 01/08/2011; e, h) Agravo Regimental na Reclamação nº 13300, relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 19/12/2012.

⁴⁷⁷ Art. 988 (CPC). Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

quarenta e seis) processualistas debateram o parecer final da proposta aprovada no Senado Federal para o Novo Código de Processo Civil, posteriormente promulgado como a Lei nº 13.105/2015. Concluíram em reescrever o Enunciado nº 168⁴⁷⁸, que passou a ter a seguinte redação: “(art. 927, I; art. 988, III) Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”. O FPPC, pois, concluiu que a expressão “tese jurídica” constante no art. 988, § 4º, do Código de Processo Civil espelha “fundamentos determinantes” e, portanto, importaria no resgate do posicionamento inicial do STF sobre o tema, ou seja, a admissão da transcendência dos motivos decisivos dos julgados das ações diretas.

A Corte Suprema brasileira, no entanto, continuou a manter o entendimento da necessidade de aderência estrita para imposição do efeito vinculante das ações de controle de constitucionalidade.

É certo que em 06 de março de 2018, no julgamento da Reclamação nº 22.328, da relatoria do Ministro Roberto Barroso, a Primeira Turma do STF, por unanimidade, acolheu pedido formulado contra decisão proferida pela 7ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, ratificada em sede de recurso de agravo de instrumento, que determinou que a parte reclamante retirasse, de seu sítio eletrônico, matéria publicada referente ao reclamado, por entender ter havido ofensa à sua honra e à sua dignidade, o que teria violado a autoridade do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130, da relatoria do Ministro Ayres Britto, que declarou a não recepção da “Lei de Imprensa” (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967) pela Constituição de 1988.

Mas, segundo o voto do próprio relator Ministro Roberto Barroso, no referido caso, para “enfrentar a censura”, deveria haver uma excepcional aplicação da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes, sem limitação da eficácia da decisão proferida na ADPF nº 130 ao seu dispositivo para fins de conhecimento da reclamação, uma vez que a questão debatida se vinculava a temas afetos à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, tanto é que, conforme afirmou, várias decisões monocráticas de Ministros do STF admitiram outras reclamações e deferiram liminares com o propósito de assegurar o conteúdo conferido pela Corte a tais direitos.

⁴⁷⁸ Redação originária aprovada no III FPPC: “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”.

Por outro lado, como consta no voto vista do Ministro Luiz Fux, o cabimento da reclamação, no caso, não dependia de uma excepcional aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, porque na ADPF nº 130 restou deliberado, ou seja, constou no seu dispositivo e não apenas como *ratio decidendi*, que os efeitos da decisão nela proferida deveriam ser aplicados as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. Logo, o pedido deduzido na reclamação tinha estrita aderência com o teor da decisão reclamada.

De outra banda, a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes foi novamente rechaçada em novos julgados da Corte Suprema, tanto do seu Plenário quanto das suas Turmas. Podem ser citados, nesse sentido, os acórdãos proferidos nos julgamentos dos Agravos Regimentais nas Reclamações nºs 26.752 (Tribunal Pleno)⁴⁷⁹ e 52.455⁴⁸⁰ (Segunda Turma), ambos da relatoria do Ministro Edson Fachin e 51.519

⁴⁷⁹ Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ADERÊNCIA ESTRITA. REQUISITO DE ADMISSÃO. SÚMULA VINCULANTE 14. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ACESSO NÃO IMPUTÁVEL À AUTORIDADE RECLAMADA. UTILIZAÇÃO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte, o manejo da via reclamationária exige relação de estrita aderência entre o ato reclamado e o paradigma invocado. Precedentes. 2. Na reclamação, pressupõe-se que o ato material perseguido pelo reclamante insira-se na esfera de atribuições da autoridade apontada como reclamada. Hipótese concreta em que o sigilo imposto às declarações prestadas por corréus em sede de colaboração premiada decorria de procedimentos sujeitos ao crivo do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade de que o Juízo singular, nos limites de sua competência, profira decisão compatível com a pretensão do reclamante. Inocorrência de violação à Súmula Vinculante 14 imputável ao Juízo reclamado. 3. Eventual irregularidade atinente ao prosseguimento da ação penal, nas circunstâncias descritas, não preenche hipótese de perfeita simetria a legitimar a utilização da reclamação. Forte compreensão da Corte no sentido da impossibilidade de utilização da reclamação como sucedâneo recursal, resguardando-se ao interessado, a tempo e modo, a veiculação de eventual inconformismo pela via própria. 4. Agravo regimental desprovido” (STF, Agravo Regimental na Reclamação nº 26752, relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2018).

⁴⁸⁰ Ementa: “RECLAMAÇÃO. REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DE VEREADORES DE CANOAS. ALTERAÇÃO. LEGALIDADE. ADI 1.363. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA. TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A ausência de aderência estrita entre a matéria constante dos atos impugnados e aquela analisada por este Tribunal no processo paradigma invocado torna inadmissível a reclamação constitucional. 2. Em se tratando de processo paradigma que, em sede de controle de concentrado, se decidiu sobre a (in)constitucionalidade de determinado ato normativo, a jurisprudência desta Corte exige, como pressuposto para o processamento da reclamação, não só a identidade material, mas que o ato normativo seja o mesmo, uma vez que a eficácia vinculante do acórdão paradigma abrange apenas a norma objeto da ação. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, Agravo Regimental na Reclamação nº 52455, relator Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 21/06/2022).

(Primeira Turma)⁴⁸¹, da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, respectivamente julgados em 27 de abril de 2018, 21 de junho de 2022 e 9 de março de 2022.

Esse parece, no entanto, data vênua, não ser o melhor caminho, tanto em relação ao controle de constitucionalidade de atos legislativos e especialmente quanto à verificação de compatibilidade de atos administrativos com a Lei Maior.

Para justificar esse pensamento, primeiro cumpre bem definir o que se entende por “transcendência dos fundamentos determinantes”.

Excluída a ideia de que o conceito mencionado se refere exclusivamente ao dispositivo da decisão proferida, pois importaria em equipará-lo à concepção de “aderência estrita” utilizada pelo Supremo Tribunal, a “transcendência dos fundamentos determinantes” pode ser definida como a vinculação, a casos análogos, mas não idênticos, dos motivos que justificaram a conclusão obtida na decisão e exposta no seu dispositivo.

Esses motivos são, pois, determinantes porque, se não estivessem presentes, se não constituíssem a *ratio decidendi*, não se chegaria ao resultado apresentado ao final do julgado.

São esses fundamentos determinantes que, na *Common Law*, integram os precedentes que servirão de base para balizar os demais casos similares. Eles formam na lição de SIR JOHN SALMOND (1924, pp. 200 e 201), ante a possibilidade de eliminação dos elementos imateriais (não fundamentais) do caso particular, uma regra geral aplicável não apenas a esse caso único, mas a todos os outros que se assemelham a ele em suas

⁴⁸¹ Ementa: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. ALEGADA AFRONTA AOS PARADIGMAS FIRMADOS NAS ADI 5537, ADPF 457, ADPF 460, ADPF 461, ADPF 465, ADPF 467, ADPF 526 e a ADPF 600. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA. TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A controvérsia debatida nos autos, qual seja: a obrigação da instituição de ensino em proceder a renovação de matrícula escolar de estudante, encontra-se em contexto distinto dos objetos das ações paradigmáticas invocadas. 2. A transcendência do raciocínio que orientou a conclusão nas referidas ações paradigmáticas, para viabilizar o cotejo com o caso em análise, não é agasalhada pela jurisprudência desta CORTE. 3. Nessas circunstâncias, em que não se tem presente o contexto específico das ADI 5.537 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), ADPF 457 (Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES), ADPF 460 (Rel. Min. LUIZ FUX), ADPF 461 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), ADPF 465 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), ADPF 467 (Rel. Min. GILMAR MENDES), ADPF 526 (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA) e a ADPF 600 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), não há estrita aderência entre o ato impugnado e os paradigmas invocados. É, portanto, inviável a presente reclamação. 4. Dessa forma, a postulação não passa de simples pedido de revisão do entendimento aplicado na origem, o que confirma a inviabilidade desta ação. Esta CORTE já teve a oportunidade de afirmar que a reclamação tem escopo bastante específico, não se prestando ao papel de simples substituto de recursos de natureza ordinária ou extraordinária (Rcl 6.880-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Plenário, DJe de 22/2/2013). 5. Agravo Interno a que se nega provimento” (Agravo Regimental na Reclamação nº 51519, relator Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 09/03/2022).

características essenciais. Criam, pois, princípios implícitos que passam a ter força de lei⁴⁸².

Quanto às partes não essenciais expostas na motivação, que não importam na formação da solução da causa e, portanto, não compõe sua *ratio decidendi*, a doutrina as denomina de *obiter dicta*⁴⁸³. São pronunciamentos, conforme observa CAROLINA

⁴⁸² A respeito da formação do precedente na lei inglesa, doutrina SIR JOHN SALMOND (1924, pp. 200 e 201) que há duas classes de questões. Aquelas, como dito, que podem assumir a forma de um princípio geral, pois permitem a eliminação dos elementos imateriais no caso particular e criam uma regra de direito, e outras em que essa abstração não é possível, pois a resposta delas é baseada nas circunstâncias do caso concreto e individual e, portanto, não permitem a formação de um princípio geral. Exemplifica: a questão de saber se uma pessoa fez ou não determinada declaração é factual e a decisão a seu respeito não gera qualquer regra de direito. Mas a questão de saber se o réu, ao fazer tal declaração, era ou não culpado de fraude ou negligência, embora possa ser igualmente uma questão de fato permite estabelecer um princípio geral sobre o assunto, pois pode ser tratado *in abstracto*. Se a decisão for tomada por princípio, ela constituirá um precedente originário, tornando-se, para o futuro, uma questão de direito, predeterminada pela regra estabelecida. Nas suas palavras: *In respect of this law-creating operation of precedents, questions are divisible into two classes. For some of them do, and some do not, admit of being answered on principle. The former are those the answer to which is capable of assuming the form of a general principle the latter are those the answer to which is necessarily specific The former are answered by way of abstraction, that is to say, by the elimination of the immaterial elements in the particular case, the result being a general rule applicable not merely to that single case, but to all others which resemble it in its essential features. The other class of questions consists of those in which no such process of abstraction, no such elimination of immaterial elements, as will give rise to a general principle, is possible. The answer to them is based on the circumstances of the concrete and individual case, and therefore produces no rule of general application The operation of precedent is limited to one only of these classes of questions Judicial decisions are a source of law only in the case of those questions of fact which admit of being answered on principle These only are transformed by decision into questions of law, for in this case only does the judicial decision give rise to a rule which can be adopted for the future as a rule of law Those questions which belong to the other class are permanently questions of fact, and their judicial solution leaves behind it no permanent results in the form of legal principles. For example, the question whether the defendant did or did not make a certain statement is a question of fact, which does not admit of any answer save one which is concrete and individual It cannot be answered on principle It necessarily remains therefore, a pure question of fact; the decision of it is no precedent, and establishes no rule of law. On the other hand, the question whether the defendant in making such a statement was or was not guilty of fraud or negligence, though it may be equally a question of fact, nevertheless belongs to the other class of such questions. It may well be possible to lay down a general principle on a matter such as this. For it is a matter which may be dealt with "in abstracto", not necessarily "in concreto". If, therefore, the decision is arrived at on principle, it will amount to an original precedent, and the question, together with every other essentially resembling it, will become for the future a question of law, predetermined by the rule thus established. A precedent, therefore, is a judicial decision which contains in itself a principle The underlying principle which thus forms its authoritative element is often termed the ratio decidendi. The concrete decision is binding between the parties to it, but it is the abstract ratio decidendi which alone has the force of law as regards the world at large.*

⁴⁸³ No singular, *obiter dictum*. Segundo a lição de JOHN CHIPMAN GRAY (1909, p. 246), na *Common Law* nem toda opinião expressa por um juiz constitui um precedente judicial. Para que uma opinião tenha peso de precedente, deve: a) ser emitida por um juiz; e, b) ser uma opinião cuja formação é necessária para a decisão de um caso particular, ou seja, não deve ser *obiter dictum*. No idioma do doutrinador: *It must be observed that at the Common Law not every opinion expressed by a judge forms a Judicial Precedent. In order that an opinion may have the weight of a precedent, two things must concur: it must be, in the first place, an opinion given by a judge, and, in the second place, it must be an opinion the formation of which is necessary for the decision of a particular case; in other words, it must not be "obiter dictum". That is, over against Judicial Precedents stand not only the opinions of non-judicial persons, but the "obiter dicta" of judges.*

HELOISA GUCHEL BERRI (2021, pp. 46 e 47) “sem papel na formação do julgado, que não [retratam] o denominado precedente”.

Compreendido o que importa a “transcendência dos motivos determinantes” passa-se a esclarecer as razões para a defesa do retorno da aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, da referida teoria nos julgamentos de controle direto de constitucionalidade, especialmente em relação aos atos administrativos, sem embargo de sua incidência também em relação a atos legislativos.

A República Federativa do Brasil é composta da União, vinte e seis Estados, um Distrito Federal e 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta) municípios⁴⁸⁴. Todas essas unidades da federação são dotadas de órgãos administrativos no âmbito dos seus Poderes Executivos (função típica) e nos seus Legislativos (função atípica). Há, ainda, quase uma centena de tribunais judiciários, tribunais de contas da União, Estados e alguns municípios, conselhos diversos, além dos entes da administração pública indireta de todas as esferas governamentais, todos com alguma competência administrativa. A possibilidade de edição de atos administrativos normativos paralelos e não normativos de idêntico teor, na busca de efetivação de direitos contemplados no texto constitucional⁴⁸⁵ ou mesmo para atender interesses políticos ou de grupos de pressão, não é, pois, desprezível. Some-se a isso a potencial capacidade dos Poderes Legislativos de todos os entes da federação de também editar atos legislativos normativos análogos com a mesma finalidade.

Não se pode ignorar que essas ações administrativas/legislativas repetidas muitas vezes, mesmo sem qualquer má-fé, podem violar temas constitucionais já analisados pelo Supremo Tribunal Federal em relação a um órgão específico, mas cujos motivos determinantes do julgamento se espraiariam para as demais situações.

A situação ainda é agravada pela recalcitrância de algumas Administrações Públicas em cumprir as orientações judiciais quando as deliberações emanadas nas decisões não são especificamente a elas dirigidas, aliada à criatividade normativa de outras para tentar burlar comandos judiciais.

No âmbito do exercício da função administrativa esse cenário é até mais presente.

⁴⁸⁴ Conforme informação obtida no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), dados de 2016. (Disponível em: < <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados>>. Acesso em 26 de dezembro de 2022).

⁴⁸⁵ Mas que acabem, as vezes, por violar outros garantidos constitucionalmente.

Primeiro em razão do seu protagonismo, decorrente de sua pronta atuação e normatização de situações jurídicas, muitas vezes com usurpação de competências legislativas.

Segundo porque, ao contrário do que ocorre no seio do Poder Legislativo, onde as diferentes matizes políticas intensificam os debates no parlamento, expõem diretamente eventuais tentativas de descumprimento de orientações judiciais e (por vezes) engessam a aprovação de leis análogas a outras reconhecidas inconstitucionais, no âmbito administrativo a adoção de posturas e a normatização de assuntos, ainda que contrários aos caminhos indicados pelas bússolas das decisões proferidas no Poder Judiciário, e, em especial, no Supremo Tribunal Federal, é mais rápido e (muitas vezes) politicamente menos traumático. A decisão administrativa depende de uma ou de poucas pessoas, o debate é limitado e há, eventualmente, o desejo de satisfazer celeremente interesses políticos ou corporativos.

Terceiro porque as sanções aplicadas ao Administrador Público pelo desrespeito aos comandos judiciais, mesmo quando há deliberado intuito de menosprezá-los, ainda é tênue e, por vezes, inexistente. A crítica política (especialmente em localidades onde o Executivo detém a maioria do parlamento) é muitas vezes tênue e passageira. A sanção jurídico-política é quase nula (*impeachment*), o que também pode ser dito em relação às penalidades cominadas nas esferas administrativa e processual.

Confira-se, por exemplo, os diversos julgados similares proferidos sobre um mesmo assunto em sede de ações diretas de inconstitucionalidade em relação a decisões administrativas de tribunais que importaram em aumentos de vencimentos sem lei autorizativa, como aquelas que determinaram o pagamento da Unidade de Referência de Preços (URP) de fevereiro de 1989 a magistrados e funcionários vinculados a várias cortes. Foram julgadas muitas ações diretas de inconstitucionalidade sobre o mesmo tema pelo Supremo Tribunal Federal, por falta de aplicação da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ Podem ser conferidas as seguintes decisões, todas prolatadas pelo Tribunal Pleno do STF: a) ADI nº 661, relator Ministro Néri da Silveira, julgada em 22/09/1994; b) ADI nº 662, relator Ministro Eros Grau, julgada em 22/06/2006; c) ADI nº 681, relator Ministro Néri da Silveira, julgada em 22/02/1996; d) ADI nº 663, relator Ministro Ilmar Galvão, julgada em 05/10/1995; e) ADI nº 664, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 10/10/2001; f) ADI nº 693, relator Ministro Moreira Alves, julgada em 26/10/1995; g) ADI nº 729, relator Ministro Néri da Silveira, julgada em 01/02/1996; h) ADI nº 726, relator Ministro Paulo Brossard, julgada em 22/09/1994; ADI nº 7nº 27, relator Ministro Paulo Brossard, julgada em 22/09/1994; i) ADI nº 721, relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgada em 24/03/1996; j) ADI nº 728, relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 27/09/1995; k) ADI nº 730, relator Ministro Ilmar Galvão, julgada em 27/09/1995; l) ADI nº 694, relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 06/10/1993; m) ADI nº 696, relator Ministro Sydney Sanches, julgada em 20/09/1995; n) ADI nº 1352, relator Ministro

Ressalte-se que, na época em que essas ADIs foram julgadas, já havia sido incluído o parágrafo 2º do art. 102 da Constituição Federal pela EC nº 3/1993, que, na sua primeira redação, em razão da criação da ação declaratória de constitucionalidade, estabeleceu que as decisões nela proferidas produziriam eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, o que passou a ser aplicado, por analogia, nas ações diretas de inconstitucionalidade pelo STF, até a alteração promovida pela EC nº 45/2004. Portanto, poderia ter o Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento da primeira ADI, fixado o efeito transcendente às situações análogas, o que dispensaria, inclusive, o julgamento de mérito das demais.

A prevalecer, no entanto, o tratamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal como no presente momento⁴⁸⁷, com exigência da aderência estrita ao dispositivo objeto do julgamento para conhecimento de reclamações (existência de identidade de temas entre o ato reclamado e o paradigma da Corte), haverá sempre a necessidade de qualquer situação semelhante ao exemplo mencionado exigir o manejo de específicas ações diretas de inconstitucionalidade para cada ato similar questionado.

Em outras palavras, se novos regramentos similares forem expedidos por atos normativos autônomos pelos tribunais do país, será exigido o ajuizamento de tantas ADIs quantos forem os atos a serem questionados, pois a *ratio decidendi* de uma delas não poderá ser, pelo posicionamento atual do STF, aproveitada nas demais. O mesmo raciocínio vale para normas análogas expedidas pelos executivos estaduais e entes da administração indireta estaduais, por exemplo.

Até mesmo os atos normativos e não normativos municipais semelhantes que violarem preceitos fundamentais poderão ser questionados perante o Supremo Tribunal Federal por meio de ADPFs, com necessidade, em razão da seguida orientação da aderência estrita ao dispositivo do julgado para conhecimento de reclamações, de ajuizamento de uma ação direta para cada ato questionado.

Poder-se-ia defender que esse é o melhor caminho, pois evita a proliferação de reclamações junto ao Supremo Tribunal Federal, cujo volume de trabalho é notoriamente

Edson Fachin, julgada em 03/03/2016; o) ADI nº 740, relator Ministro Néri da Silveira, julgada em 20/05/1998; e, p) ADI nº 2951, relator Ministro Carlos Britto, julgada em 05/02/2004.

⁴⁸⁷ Apesar do acolhimento da aplicação da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes durante certo período de tempo pela Corte.

estarrecedor⁴⁸⁸. Esse, por exemplo, é o posicionamento de BRUNO AUGUSTO SAMPAIO FUGA (2022, pp. 385 e 386), ao afirmar que

Talvez faça bem o STF em não acolher a tese de transcendência dos motivos determinantes para fins de hipótese de reclamação em todos tipos decisoriais, até mesmo pelo fato de que, da forma disposta no Código [de Processo Civil], essa hipótese de reclamação poderia ser *per saltum* (*per saltum* em todas hipóteses do art. 988, exceto art. 988, § 5º, que expressamente não permite o *per saltum*).

Não parece produtivo ao STF discutir em reclamação ser ou não o motivo determinante da decisão, principalmente por questões pragmáticas ligadas à quantidade de processos que ele passaria a manifestar e julgar.

[...] admitir reclamação com fundamento na violação dos motivos determinantes poderia causar sérias consequências práticas e contrariar uma interpretação hermenêutica sistêmica do Código, tendo em vista a grande quantidade de reclamações que poderiam ser ajuizadas.

Ousa-se, contudo, discordar.

A uma, porque há necessidade de se garantir a força normativa da Constituição e a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente aquelas prolatadas com força vinculante, que, na sua gênese, foi concebida para aproximar o direito brasileiro do *stare decisis*⁴⁸⁹ da *Common Law*.

Como afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes no voto vencido que proferira no julgamento, no Tribunal Pleno do STF, do Agravo Regimental na Reclamação nº 2.475, realizado em 02 de agosto de 2007,

O efeito vinculante das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade está intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional em dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal.

[...]

Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.

[...]

Vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados “fundamentos determinantes”.

⁴⁸⁸ Somente no ano de 2022 foram distribuídos 34.021 (trinta e quatro mil e vinte e um) processos novos aos Ministros da Corte Suprema (dados disponíveis em <<https://transparencia.stf.jus.br/extensions/distribuidos/distribuidos.html>>. Acesso em 27/12/2022).

⁴⁸⁹ De acordo com CHARLES D. COLE (1998, p. 12), “*stare decisis* é a política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente e “não mudem uma questão decidida”. Este princípio, aplicando a doutrina do *stare decisis* para estabelecer precedente vinculante, veio para a cultura jurídica dos Estados Unidos da tradição do *common law* inglês”.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes prossegue e argumenta que a concepção do efeito vinculante no Brasil foi inspirada no modelo disciplinado na Alemanha, país onde o Tribunal Constitucional sustenta que o efeito vinculante também se estende aos fundamentos determinantes da decisão⁴⁹⁰.

Afirma ainda, agora citando trecho de sua doutrina com IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (2005, 530 a 532) que

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios ditados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

[...]

É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despicando esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força da lei. Ademais, tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

De fato, de acordo com a proposta de Emenda à Constituição nº 130, de 1992, de autoria do Deputado Roberto Campos, que, apesar de prejudicada, inspirou a conceito do “efeito vinculante” introduzido pela Emenda Constitucional nº 3/1993,

o precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma, para os tribunais inferiores, tem as nações anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, com reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial. Isso no entanto não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista embora aí mais formalizado.

[...]

O traço vinculante dos precedentes dos tribunais superiores para a futura atuação das demais cortes de justiça é conhecido como o *stare decisis*, cuja expressão completa é *stare decisis et non quieta movere*: ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso.

[...]

Além de conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no Direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*).

⁴⁹⁰ O § 31, 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BverfGG*) expressamente estabelece o efeito vinculante (*Bindungswirkung*) para as decisões da Corte [*Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden* (As decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados, assim como todos os tribunais e autoridades)].

O efeito vinculante é indicado por JOSÉ LEVI DO AMARAL JÚNIOR (2012, p. 141) como o sétimo sucedâneo⁴⁹¹ na busca do direito brasileiro de suprir a falta do *stare decisis* da *Common Law*, pois

fortaleceu-se a repercussão das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso e concreto de normas, o que é particularmente útil às decisões afirmativas: (i) da constitucionalidade; ou (ii) de uma determinada interpretação constitucional, ou seja, decisões que não implicam eliminação da lei objeto do controle, mas, sim, manutenção da sua vigência (ou manutenção da sua vigência no pressuposto de uma determinada interpretação).

A dois, porque o resgate da aplicação da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes nos julgamentos das ações diretas de controle de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF) não necessariamente importará em um incremento na distribuição de reclamações no Supremo Tribunal Federal, especialmente, acredita-se, se adotadas algumas medidas.

Com efeito, o número de reclamações distribuídas na Suprema Corte já é elevado. Em 2022, dos 34.021 (trinta e quatro mil e vinte e um) processos distribuídos aos Ministros do STF, 6.412 (seis mil, quatrocentos e doze) foram reclamações⁴⁹².

É claro que, esses números não representam apenas as reclamações apresentadas por alegado desrespeito ao teor de decisões proferidas em sede de ações diretas de fiscalização de constitucionalidade. Mas indicam, de toda sorte, que o manejo deste meio de impugnação processual tem sido constante na Suprema Corte.

Por outro lado, outros fatores devem ser ponderados.

⁴⁹¹ JOSÉ LEVI DO AMARAL (2012, pp. 138 a 142) apresenta os seguintes sucedâneos ao *stare decisis* na jornada histórica constitucional brasileira: 1) a competência atribuída ao Senado Federal na Constituição de 1934 e presente hoje na regra inserta no art. 52, X, da Carta de 1988, para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal); 2) a adoção, também na Constituição de 1934, da regra da reserva de plenário prevista atualmente no art. 97 da Constituição de 1988; 3) a representação interventiva, em especial a partir do modelo da Constituição de 1946; 4) a introdução da representação de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965; 5) a manutenção da representação de inconstitucionalidade na Constituição de 1967 e a Reforma do Poder Judiciário promovida pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que “introduziu novos mecanismos de controle concentrado e abstrato, aí incluída a representação interpretativa, cuja regulamentação regimental pelo Supremo Tribunal Federal atribuiu-lhe ‘força vinculante’, nítido antecedente direto do atual efeito vinculante. Com isso, não apenas as decisões de inconstitucionalidade passaram a ter efeito *erga omnes*, mas, também, as interpretações constitucionais da Corte passaram a vincular”; 6) a Constituição de 1988, que “tornou o controle concentrado e abstrato mais relevante que o controle difuso e concreto [...] porque ampliou significativamente a legitimação ativa para a ação direta”; 7) o efeito vinculante trazido pela EC nº 3/1993; e, 8) a introdução da “súmula vinculante” e do requisito da repercussão geral para conhecimento do recurso extraordinário, “versão brasileira do *writ of certiorari* americano”.

⁴⁹² Dados disponíveis em <<https://transparencia.stf.jus.br/extensions/distribuidos/distribuidos.html>>. Acesso em 27/12/2022.

A falta de conhecimento de reclamações sob a argumento de inexistência de identidade de temas entre o ato reclamado e o paradigma estabelecido pelo STF, em razão da não aplicação da teoria da transcendência, não diminui o número de ações dessa espécie propostas na Corte, pois também há necessidade de prolação de decisão, ainda que não se enfrente o mérito do pedido.

É certo que essas decisões negatórias de seguimento de reclamações no STF normalmente são proferidas monocraticamente pelo relator (RISTF, art. 21, § 1º), mas sempre é cabível a interposição de agravo regimental contra elas para levar a discussão ao Colegiado, o que importa em dupla necessidade de manifestação jurisdicional, sem, ao final, resolução do mérito do pedido.

Cumprir observar que a rejeição liminar de reclamações no STF importa na não condenação do reclamante que a utiliza de forma “aventureira” ao pagamento de verba honorária, por ausência de “angularização da relação processual e exercício do contraditório prévio à decisão final”⁴⁹³, o que estimula a propositura de outras reclamações carentes de fundamento na Suprema Corte, por falta de imposição de qualquer sanção⁴⁹⁴.

Por outro lado, o não conhecimento de reclamações por inaplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes pode levar, como dito, à necessidade de ajuizamento de outras ações diretas, processos mais custosos e demorados, duplicando também o número de feitos sobre o mesmo assunto no STF.

Sob outro prisma, o julgamento de procedência de reclamações pelo Supremo Tribunal Federal em razão da aplicação da teoria ora estudada, se bem definidos os

⁴⁹³ Trecho do voto vencedor do Ministro Alexandre de Moraes no julgamento dos Embargos de Declaração na Reclamação nº 31.296.

⁴⁹⁴ É certo que ainda há necessidade, no âmbito do STF, de uniformização de entendimento quanto ao cabimento de condenação ao pagamento da verba honorária na reclamação. A Primeira Turma da Corte admite a fixação de honorários advocatícios na via reclamatória se houver contraditório. Nesse sentido: “[...] 2. O CPC/2015 promoveu modificação essencial no procedimento da reclamação, ao instituir o contraditório prévio à decisão final (art. 989, III). Neste novo cenário, a observância do princípio da causalidade viabiliza a condenação da sucumbente na reclamação ao pagamento dos respectivos honorários, devendo o respectivo cumprimento da condenação ser realizado nos autos do processo de origem, quando se tratar de impugnação de decisão judicial. 3. Agravo interno a que se nega provimento” (STF, Agravo Regimental na Reclamação nº 24417, relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017). A Segunda Turma da Corte não adota essa linha de pensamento: “Agravo regimental nos embargos de declaração na reclamação. 2. Direito processual civil. 3. Fixação de verba honorária em sede de reclamação. Descabimento. Precedentes recentes da Segunda Turma. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Negado provimento ao agravo regimental” (Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Reclamação nº 48873, relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 02/03/2022). Quanto ao Tribunal Pleno da Corte, ainda não há julgado a respeito após o advento do Código de Processo Civil de 2015.

parâmetros para a sua incidência, o que será estudado no próximo tópico, pode criar um efeito disciplinador à Administração Pública que contribuirá para o respeito à autoridade da Constituição e às decisões do STF e reduzirá o número de demandas dessa espécie, notadamente se reconhecido pela Corte, em casos mais graves, a prática de atos de improbidade administrativa, na forma da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, o que, por ora, é inviável, em razão da norma inserta no seu art. 1º, § 8º⁴⁹⁵. Ademais, o acolhimento de reclamação pode importar em responsabilização do Chefe do Executivo, se responsável pelo ato acoimado, por crime de responsabilidade (Lei nº 1.079/1950, art. 4º, VIII c.c. art. 74⁴⁹⁶; Decreto-lei nº 201/1967, art. 1º, XIV⁴⁹⁷), pois patentead o descumprimento de decisão judicial⁴⁹⁸.

Mas, ainda que esses argumentos possam ser superados e que o número de reclamações intentadas no Supremo Tribunal Federal em razão da adoção da teoria da transcendência importe em aumento demasiado da carga de trabalho na Corte Suprema, não se vê razão para que a própria competência originária para julgamento dessa reclamação não seja deslocada para os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais

⁴⁹⁵ Art. 1º (Lei nº 8.429/1992) O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§ 8º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.

⁴⁹⁶ Art. 4º (Lei nº 1.079/1950). São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

[...]

VIII - O cumprimento das decisões judiciais.

Art. 74 (Lei nº 1.079/1950). Constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus Secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crimes nesta lei.

⁴⁹⁷ Art. 1º (Decreto-lei nº 201/1967). Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

[...]

XIV - Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente;

⁴⁹⁸ Sem prejuízo, ainda, de eventual apuração de responsabilidade criminal, se o caso. Como asseveram GIANPAOLO POGGIO SMANIO e DAMÁSIO DE JESUS (1997, p. 4), “as sanções previstas para os atos de improbidade administrativa são de natureza civil, distintas daquelas de natureza penal. Os atos de improbidade administrativa deverão ser analisados na esfera da ilicitude dos atos civis e não dos tipos penais” (Responsabilidade penal e administrativa de prefeitos municipais. Boletim IBCCrim, n. 54, maio 1997).

Federais, com admissão de recurso extraordinário para o STF, exceto se os órgãos reclamados forem os próprios tribunais locais, ou tribunais superiores.

Em outras palavras, a reclamação por descumprimento do transcendente efeito vinculante, salvo nas hipóteses excepcionadas, poderia ser apresentada, de acordo com a matéria, aos tribunais locais que, melhor aparelhados, decidiriam e determinariam, se o caso, a observância da autoridade da decisão do Supremo. O STF, por seu turno, sempre daria a última palavra a respeito, na via recursal extraordinária. É claro que, nesse caso, haveria necessidade alteração de normas constitucionais e processuais para implantação dessa sistemática.

Diante disso, entende-se que o melhor caminho a trilhar é resgatar a orientação anterior do Supremo Tribunal Federal, compreendendo que o efeito vinculante da decisão proferida em sede de ação direta de controle de constitucionalidade (ADI, ADC ou ADPF) não se restringe apenas à sua parte dispositiva, mas também se estende aos motivos nela apresentados, à *ratio decidendi*, com aplicação da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes.

Cumprir lembrar que o efeito vinculante das decisões proferidas nas referidas ações diretas não engessa a legislação futura, pois sujeita apenas os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Ademais, há sempre a possibilidade de superação do precedente.

Mas, para que a aplicação da teoria da transcendência na hipótese mencionada não fique ao talante das alterações da composição do STF ao longo do tempo, o que gera insegurança jurídica, pois não se sabe se o Colegiado Supremo, em determinado momento, irá ou não aplicá-la, necessário que haja alterações legislativas para contemplá-la.

Importante, também, na linha do que foi exposto, deixar claro na legislação que não só a decisão final, mas também as decisões cautelares proferidas na ADI e na ADC, e a liminar concedida na ADPF, também são dotadas de eficácia vinculante e há transcendência dos seus fundamentos determinantes.

Sugere-se, pois, em relação à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade, primeiro, alterações no art. 28 da Lei nº 9.868/1999.

Com efeito, deve haver a exclusão do parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/1999 e a inclusão de outros dois parágrafos no dispositivo. O primeiro para contemplar o texto do referido parágrafo único e o segundo para explicitar que o efeito

vinculante importa na transcendência dos fundamentos determinantes da decisão proferida.

O dispositivo legal pode passar a ter a seguinte redação:

Art. 28 (Lei nº 9.868/1999). Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

§ 1º 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.

§ 2º O efeito vinculante importa na transcendência dos fundamentos determinantes da decisão proferida.

Em relação à decisão cautelar na ADI, recomenda-se alterações no art. 11 da Lei nº 9.868/1999. O parágrafo 1º do referido dispositivo legal deve ter o acréscimo da expressão “e efeito vinculante”, após a locução “dotada de eficácia contra todos” e deve ser incluído um parágrafo 3º com remissão à norma sugerida para o art. 28, § 2º, do mesmo Diploma Legal, passando a norma a trazer o seguinte texto:

Art. 11 (Lei nº 9.868/1999). Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

§ 3º Aplica-se à medida cautelar o disposto no art. 28, § 2º.

E, na linha do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no que toca à cautelar na ADC deve ser alterado o art. 21 da Lei nº 9.868/1999 para, primeiro, excluir a parte final do seu parágrafo único, relativa ao trecho “devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia”, pois estabelece regra sem qualquer efetividade prática, que tem sido até desprezada pelo STF e que somente pode levar à confusas interpretações quanto à vigência da ordem judicial. Em seguida, o parágrafo único deve ser convertido em parágrafo 1º e devem ser incluídos outros dois parágrafos ao art. 21 para esclarecer que a medida cautelar na ADC é também dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante, se assim o STF entender conveniente, bem como, quanto a esse último efeito, encaminhar à aplicação da norma aventada para o art. 28, § 2º da lei em comento.

O dispositivo pode passar a ter esta redação:

Art. 21 (Lei nº 9.868/1999). O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

§ 1º Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias.

§ 2º A medida cautelar pode ser dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante.

§ 3º Aplica-se à medida cautelar, se o caso, o disposto no art. 28, § 2º.

Quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental, seguindo a mesma lógica, deve ser aproveitado o parágrafo 4º do art. 5º da Lei nº 9.882/1999, sem redação em razão de veto⁴⁹⁹, para que seja incluída norma que explicita que a liminar na ADPF também pode ter eficácia contra todos e efeito vinculante, se assim o STF concluir adequado, e ainda para acrescentar um parágrafo 5º ao mesmo dispositivo legal, remissivo

⁴⁹⁹ A redação do art. 5º, § 4º, do projeto que culminou na Lei nº 9.882/1999, vetada, era: “Art. 5º [...] § 4º Se necessário para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica, o Supremo Tribunal Federal poderá, na forma do *caput*, ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda da promulgação ou publicação do ato legislativo dele decorrente”. O dispositivo recebeu veto presidencial por considerar que importaria em intervenção excessiva da jurisdição constitucional no processo legislativo.

a um parágrafo 4º a ser adicionado ao art. 10 do mesmo Diploma Legal, para que, por força das sugestões apresentadas, fique evidenciado que o efeito vinculante (da liminar ou da decisão final) importa na transcendência dos fundamentos determinantes.

As referidas normas podem passar a ter, pois, o seguinte teor:

Art. 5º (Lei nº 9.882/1999). O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

§ 4º A liminar pode ser dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante.

§ 5º Aplica-se à liminar, se o caso, o disposto no art. 10, § 4º.

Art. 10 (Lei nº 9.882/1999). Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

§ 4º O efeito vinculante importa na transcendência dos fundamentos determinantes da decisão proferida.

Essas alterações e o teor das normas inseridas nos arts. 927, I⁵⁰⁰, e 988, III, e § 4º⁵⁰¹, não devem deixar dúvidas também quanto ao cabimento de reclamações em razão da não observância também da *ratio decidendi* das decisões proferidas pelo STF em ação de controle direto de constitucionalidade.

As mudanças propostas não repercutiriam somente no controle concentrado/abstrato dos atos da Administração Pública, mas em relação a todos aqueles que podem ser objeto das ações diretas (como leis estaduais, por exemplo). Mas é inegável que, na esfera administrativa, confere melhor orientação ao gestor público, que saberá o que pode regular e o que, decididamente, não pode, sem margens para apostas em incerto resultado de uma decisão a ser proferida em sede de reclamação, de acordo com o posicionamento do julgador da época em que for proferida.

Mas a simples menção legal de que o efeito vinculante nas decisões proferidas nas ADIs, ADCs e ADPFs importa na transcendência dos fundamentos determinantes da decisão proferida talvez não seja suficiente para garantir segurança jurídica e revelar eventuais transgressões deliberadas dos posicionamentos adotados pelo STF pela Administração Pública. Por isso, o próximo tópico tratará da necessidade de explicitação, nos julgados, também de quais foram os motivos determinantes considerados.

As propostas foram feitas de forma separada, em dois itens distintos, de modo a destacar de graus nas sugeridas mudanças legislativas, para possível acolhimento somente do que foi exposto neste item ou também do que será apresentado no seguinte.

6.2. Segunda proposta: Necessidade de explicitação dos fundamentos determinantes nas decisões proferidas em ações de controle direto de constitucionalidade

Para que haja segurança jurídica na aplicação da transcendência dos fundamentos determinantes da decisão proferida em sede de controle direto de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF) revela-se necessária, entende-se, a explicitação da *ratio decidendi*,

⁵⁰⁰ Art. 927 (CPC). Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

⁵⁰¹ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

[...]

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

para que todos aqueles atingidos pelo efeito vinculante saibam quais os motivos que importaram para o julgamento da causa em um determinado sentido pelo Supremo Tribunal Federal e, portanto, devem ser observados, e quais manifestações dos membros da Corte durante o julgamento consubstanciaram-se apenas em opiniões desnecessárias para o alcance da decisão (*obiter dicta*).

Isso porque a tarefa de descoberta da *ratio decidendi* de um julgamento não é tranquila.

Na própria *Common law*, onde o precedente é marca do Direito, sempre houve muito debate a respeito da identificação da *ratio decidendi*, sendo conhecidas as fórmulas propostas por EUGENE WAMBAUGH e ARTHUR L. GOODHART.

EUGENE WAMBAUGH (1984, pp. 17 e 18)⁵⁰² argumenta que *ratio decidendi* é a proposição que consta da motivação da decisão e que, se for eliminada ou invertida, o resultado do julgamento é diverso.

O doutrinador formula o seguinte teste (*Wambaugh's Inversion Test*): deve-se inverter o sentido de uma assertiva da motivação e verificar se a conclusão decisória é a mesma. Se a resposta for afirmativa, a máxima não é uma *ratio decidendi* e, pois, não é vinculativa. Se a resposta for negativa, a proposição é um precedente.

O *Wambaugh's Inversion Test*, contudo, é criticado por RUPERT CROSS e J. W. HARRIS (1991, p. 121)⁵⁰³, ao afirmarem que o encorajamento da proposta para enquadrar a assertiva e a restrição do teste a casos que giram em torno de apenas um ponto roubam a maior parte de seu valor como meio de determinar o que é a *ratio decidendi* de um caso, embora tenha sua utilidade como meio de apurar o que não é *ratio*.

LUIZ GUILHERME MARINONI (2012, p. 352) lembra que

⁵⁰² No original: § 11. *A Test for determining whether a Case is a Precedent for a given Doctrine. Yet by experiment even the beginner can determine whether it is possible for a given proposition of law to be involved in a given case. In order to make the test, let him first frame carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also.* § 12. *An indispensable Mark of the Doctrine of a Case. In short, when a case turns on only one point the preposition or doctrine of the case, the reason of the decision, the "ratio decidendi", must be a general rule without which the case must have been decided otherwise. As will appear later, the proposition, in order to have full force as authority, must have still other marks.*

⁵⁰³ Nas suas palavras (CROSS e HARRIS, 1991, p. 121): *the exhortation to frame carefully the supposed proposition of law and the restriction of the test to cases turning on only one point rob it of most of its value as a means of determining what was the "ratio decidendi" of a case, although it has its uses as a means of ascertaining what was not "ratio".*

O teste de Wambaugh [...] é apontado como falho pela doutrina contemporânea do *common law*. Aponta-se para a situação em que a Corte baseia a sua decisão em dois fundamentos que, separadamente, podem levar à mesma solução. Quando o significado de um dos fundamentos é invertido, o outro fundamento é suficiente para preservar a decisão ou para impedir a alteração da conclusão. Assim, o teste de Wambaugh, no sentido de que a inversão da proposição faria com que o caso fosse decidido de outra forma, não vale quando o caso se baseia em dois fundamentos que, isoladamente, podem conduzir à mesma solução. Na verdade, nessa situação o teste de Wambaugh faria com que as proposições sempre fossem *obiter dicta*, já que nenhum dos fundamentos seria necessário para a decisão⁵⁰⁴.

ARTHUR L. GOODHART (1930, p. 182)⁵⁰⁵, por seu turno, afirma que a *ratio decidendi* de um caso (que denomina de *principle of a case*) deve ser encontrada nas razões da decisão e que não há conexão necessária entre ela (*ratio decidendi*) e as essas razões. Ele estabeleceu as seguintes diretrizes para descobrir a *ratio decidendi* de um caso: a) Não deve ser procurada a *ratio decidendi* nas razões utilizadas pelo juiz para fundamentar a sua decisão; b) essas razões apresentadas pelo juiz, no entanto, são particularmente importantes, pois podem fornecer um guia para determinar quais fatos ele considerou materiais (fundamentais) e quais imateriais (não fundamentais); c) uma decisão não fundamentada não carece necessariamente de *ratio* e as razões oferecidas por um tribunal para chegar a uma decisão podem ser consideradas inadequadas ou incorretas, mas a decisão do tribunal pode ser endossada em casos posteriores; d) a *ratio decidendi* são quaisquer fatos que o juiz tenha determinado como fundamentais para o caso, acrescidos da decisão do juiz com base nesses fatos; e, e) Para encontrar a *ratio decidendi* também se faz necessário estabelecer quais os fatos considerados irrelevantes pelo juiz⁵⁰⁶.

No Brasil, LUIZ GUILHERME MARINONI (2012, p. 354) explica que

ainda que o objeto do controle concentrado seja uma norma abstrata e geral, o precedente que aí se forma inegavelmente assume particularidade, a refletir a

⁵⁰⁴ O autor cita a lição de MICHAEL ABRAMOWICZ (2005, pp. 953 a 966).

⁵⁰⁵ No original (ARTHUR L. GOODHART, 1930, p. 182): *The rules for finding the principle of a case can, therefore, be summarized as follows: (1) The principle of a case is not found in the reasons given in the opinion. (2) The principle is not found in the rule of law set forth in the opinion. (3) The principle is not necessarily found by a consideration of all the ascertainable facts of the case and the judge's decision. (4) The principle of the case is found by taking account (a) of the facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them. (5) In finding the principle it is also necessary to establish what facts were held to be immaterial by the judge, for the principle may depend as much on exclusion as it does on inclusion.*

⁵⁰⁶ Como ressalta LUIZ GUILHERME MARINONI (2012, p. 353), “para Goodhart é necessário determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir. Mas, para a *ratio*, além dos fatos que o juiz considerou materiais, também é importante a decisão que neles se fundou”.

individualidade da norma confrontada. A decisão de (in)constitucionalidade, em virtude dos seus efeitos gerais e obrigatórios, naturalmente aplica-se a casos futuros. O problema é que, ao se considerar apenas a parte dispositiva da decisão e, assim, a específica norma questionada, simplesmente se retira da decisão de inconstitucionalidade a força de precedente. Isto quando se tem em conta o que realmente caracteriza uma decisão como precedente, ou seja, a sua *ratio decidendi*. Ora, a decisão de inconstitucionalidade apenas constituirá precedente, no sentido de regra judicial que outorga estabilidade à ordem jurídica e segurança jurídica aos cidadãos, quando for considerada a partir da sua *ratio decidendi* ou, em outra terminologia, dos seus “motivos determinantes”.

Como dito, detectar a *ratio decidendi* não é simples, sobretudo no que tange às decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Muitas vezes não há sequer uma proclamação unificada, como ocorre na Suprema Corte Americana, que atua de forma mais colegiada. Na *US Supreme Court*, em regra, existe um voto que traduz a tese central aprovada pela Corte e, eventualmente, agrega-se a ele o voto dissidente. No STF, cada Ministro apresenta seus argumentos em votos individuais e não é raro encontrar fundamentos que trilham caminhos totalmente diferentes para chegar à mesma conclusão.

Observam LEWIS A. KORNHAUSERT e LAWRENCE G. SAGERT (1993, pp. 12 e 13), ao cotejarem as decisões da *House of Lords* e outros tribunais superiores ingleses com a prática estadunidense, em lição aplicável à realidade brasileira, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, que, na Câmara dos Lordes, tradicionalmente cada juiz faz o seu “discurso”, oferecendo uma decisão pessoal sobre o caso e os fundamentos para apoiar essa decisão, ao passo que, nos Estados Unidos, as manifestações da Suprema Corte são mais colegiadas, com grupos de juízes apoiando uma ou mais opiniões de outros, concordando ou discordando do resultado final obtido pelo voto da maioria. Isso envolve um compromisso com a deliberação colegiada e prestigia um ideal de um tribunal que age como uma entidade e não como um agregado de juízes individuais⁵⁰⁷.

⁵⁰⁷ No original: *In the House of Lords (and other English "superior" courts), the historic tradition, still honored at least formally, is that each judge gives a "speech," offering both a personal ruling on the outcome of the case and reasons to support that ruling; these are the outward trappings of a redundant enterprise. American practice, almost from the outset, has been different. Supreme Court opinions are more collegial, with groups of Justices joining in one or more opinions, supporting or dissenting from the outcome sponsored by a majority of their number. Early in the Court's experience unanimity was more the rule than the exception, and throughout its history a small handful of opinions have sufficed in all but a few cases. The move from the original English practice to the American practice entails more than the mechanical fact of an economy in the number of opinions and the sharing of the work of writing them. It involves a commitment to, and a demand for, collegial deliberation, and supports an ideal of a multi-judge court acting as an entity, not merely an aggregation of individual judges. Even in the present, rather than a moment of shared judgments, the Supreme Court norm remains that of a collegial court striving towards the collective expression of shared judgments; in other courts in the United States the norm of collegial adjudication is typically far better realized in practice.*

Cumprir dizer que, no entanto, mesmo nos Estados Unidos, esse proceder está a diminuir, surgindo uma tendência crescente da Suprema Corte Americana recorrer à pluralidade de opiniões, o que causa incerteza quanto ao valor dos precedentes e crítica da doutrina ianque⁵⁰⁸.

Em percuciente lição sobre o julgamento colegiado, a votação da causa analisada para julgamento e a revelação da *ratio decidendi*, afirma LUIZ GUILHERME MARINONI (2017, p. 385):

Votos em sentido igual, ou seja, no sentido do provimento ou do não provimento do recurso, podem ser dotados de fundamentos diversos. Do mesmo modo, em caso de divergência, a maioria de votos em sentido do provimento ou do não provimento do recurso pode não fazer surgir uma *ratio decidendi*.

Num colegiado de seis membros, a maioria, nesse caso representada por quatro membros, pode afirmar um resultado em favor de um dos litigantes, apresentando de um a quatro fundamentos. Só será possível pensar em *ratio decidendi* quando os quatro votos se basearam em um único fundamento. Basta que um voto tenha fundamento distinto para que se tenha apenas três votos afirmando um fundamento, o que, num colegiado de seis membros, não faz surgir uma *ratio decidendi*.

Se a formação da *ratio decidendi* depende da maioria dos membros do colegiado, não basta, no momento em que se raciocina para proclamar o resultado de um julgamento de Corte Suprema, considerar a conclusão dos votos. É preciso ter em mente os fundamentos que foram analisados e, nessa perspectiva, considerar quais membros do colegiado prestigiaram esse ou aquele fundamento. Lembre-se de que o resultado do julgamento não é mais sinônimo de decisão do recurso, mas engloba a decisão e a definição da eventual *ratio decidendi*.

Isso tudo pode e deve ser objeto de debate, tendo-se sempre em consideração que muitas das recentes decisões das Cortes Supremas brasileiras expressam resultados que derivam da soma das conclusões dos votos, mas não permitem qualquer conclusão acerca de *ratio decidendi*. Os acórdãos das Supremas Cortes não têm se preocupado em expressar os fundamentos dos votos ou a *ratio decidendi* mediante a qual se chegou à solução do recurso ou do caso. A única preocupação é a de evidenciar se o recurso foi provido ou não, uma vez que a função das Cortes Supremas é ainda presa à tutela do litigante e à solução do caso concreto. Isso não ocorreria se houvesse consciência de que a decisão, enquanto precedente, é a regra determinada pela função interpretativa da Corte.

Nesse contexto exigir que cada Administrador Público no Brasil, das três esferas de governo, das administrações diretas e indiretas, muitas delas sem qualquer assessoria

⁵⁰⁸ Em artigo publicado em 1974 no Duke Law Journal, denominado *Juridical cripples: plurality opinions in the Supreme Court* (Deficiências jurídicas: pluralidade de opiniões na Suprema Corte), JOHN F. DAVIS: & WILLIAM L. REYNOLDS (1974, pp. 59 a 86) condenam essa tendência e alertam que ela afeta negativamente as funções de liderança da Suprema Corte e o valor dos precedentes. Para eles (1974, p. 86), o mal da decisão formada com pluralidade de opiniões na corte não é menor, e os membros da US Supreme Court deveriam refletir melhor antes de adotar essa via decisória, pois gera confusão dentro e fora do tribunal (*the least that can be said is that the evil inherent in decision by plurality is not a minor one, and that members of the Court should consider well before choosing a path which leads to such confusion both within and without the Court*).

jurídica, consiga extrair os motivos indispensáveis do julgado vinculante para saber respeitá-los seria impor-lhes tarefa hercúlea.

Logo, somente com a identificação dos fundamentos determinantes da decisão paradigma, o Supremo Tribunal Federal exercerá em sua plenitude a sua função de interpretação e guarda da Constituição e o Administrador Público estará devidamente orientado quanto aos pontos vinculantes a serem respeitados, não podendo, por outro lado, alegar ignorância ou interpretação divergente quanto à abrangência da decisão vinculante, caso não a respeite. E apenas com a exposição da *ratio decidendi* poderá se saber, no futuro, por ocasião de novos julgamentos, como em reclamações intentadas, com a certeza necessária, se foram obedecidos os fundamentos determinantes do julgado e, se a resposta for negativa, se houve deliberado descumprimento de ordem judicial a justificar, eventualmente, a tomada de providências sancionatórias.

Mas, como visto, dada a pluralidade de opiniões nos julgamentos realizados no STF, qual seria o caminho para apurar a *ratio decidendi*?

Ao tratarem da realidade americana, JOHN F. DAVIS: & WILLIAM L. REYNOLDS (1974, pp. 59 a 86) alertam que a nação não está excessivamente interessada nas opiniões individuais dos julgadores em um colegiado, mas demonstra profunda preocupação com as decisões da Corte Suprema enquanto instituição. No entanto, como é sabido que as opiniões conflitantes dos membros do tribunal podem ser inconciliáveis, mesmo entre aqueles que desejam o mesmo resultado decisório, sugerem o emprego, pelo grupo que integra a maioria em um julgamento, da técnica de adoção de declaração breve, *per curiam*, do “maior denominador comum” das várias visões individuais, para formação do precedente⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ *Afirmam: Given the institutional, ideological, and personal factors which tend to frustrate the achievement of consensus within the Court, the plurality opinion may continue to hinder the orderly development of constitutional and other federal law for years to come. Only good will and strong leadership can solve the problem. As the school desegregation, reapportionment, and abortion cases illustrate, when the Court bends its will to the task, it is possible, even with the most sensitive of issues, to subordinate individual differences enough to achieve, if not unanimity, at least a forceful voice speaking for the Court as an institution. After all, the nation is not overly interested in the views of any individual justice; it is, however, deeply concerned about the views of the Supreme Court as an institution. Still, all the good will and leadership in the world will not make all conflicting opinions disappear. An activist Court with strong-willed members will surely find itself faced at times with an irreconcilable difference of opinion among those desiring the same result. It is in this type of situation that the Court can, for the guidance of those who must wrestle with the multiplicity of opinions generated in the "plurality" cases, employ a procedure which it has occasionally utilized in the past, but which has never really become a part of the Court's arsenal. In many cases it should be possible for the Justices who comprise the prevailing side to adopt a brief, perhaps "per curiam", statement of the "highest common denominator" of the several individual views on that side. Obviously, such a procedure fails to realize the complete potential of a fully articulated opinion "of the Court." In those cases where it has been used, for example, the reasoning underlying the judgment has been unspectacular. Yet the "per curiam" technique, we believe, has more potential than it*

Na realidade brasileira, essa ideia e a necessidade de explicitação da *ratio decidendi*, pelos motivos expostos, sugerem que, por ocasião do julgamento de ação direta de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal também decida e posteriormente publique os motivos que a Corte Suprema entendeu determinantes para o resultado do julgamento e que deverão ser observados pelos demais órgãos judiciários e pela Administração Pública em razão do efeito vinculante. Esses fundamentos determinantes podem ser apurados, por ocasião do julgamento, utilizando-se a técnica do “maior denominador comum” mencionada⁵¹⁰.

Cumprido observar que a publicação deve se dar no Diário Oficial da União, inclusive com alteração da lei da ADPF que silencia a esse respeito. A publicação no Diário Oficial da União, e não apenas no Diário Oficial da Justiça, visa dar uma publicidade mais ampla, para que toda a sociedade saiba do que foi decidido pela Suprema Corte⁵¹¹.

Prudente, também, manter-se um cadastro eletrônico com o registro de todos os fundamentos determinantes de acordo com os julgados.

Para a materialização dessa proposta no direito brasileiro em relação à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade, sem prejuízo do exposto no item anterior, sugerem-se, pois, as seguintes alterações normativas na Lei nº 9.868/1999:

has yet realized; with some effort, the Court's express basis of decision can serve as precedent: formal overruling would then be necessary to turn the case upside down.

⁵¹⁰ De forma análoga, o Código de Processo Civil contempla ideia semelhante na regra inserta em seu art. 979, que determina, para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pelas decisões proferidas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, nos julgamentos de recursos repetitivos e de repercussão geral em recurso extraordinário, que os registros eletrônicos das teses jurídicas constantes de cadastros eletrônicos contenham os fundamentos determinantes das decisões exaradas e os dispositivos normativos a elas relacionados:

Art. 979 (CPC). A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

⁵¹¹ Ainda que hoje essa providência seja formal, considerando que os modernos meios de comunicação já publicizam os julgamentos do STF, transmitidos, inclusive, pela TV Justiça.

- a) inclusão, no texto do *caput* do art. 11, após a locução “a parte dispositiva da decisão”, da expressão “e seus fundamentos determinantes”;
- b) adição, na redação do sugerido parágrafo 1º do art. 21, após o trecho “a parte dispositiva da decisão”, da frase “e seus fundamentos determinantes”;
- c) acréscimo, na passagem do art. 23, *caput*, em seguida às palavras “da norma impugnada”, dos vocábulos “com a exposição dos fundamentos determinantes da decisão”; e,
- d) inserção, no texto do *caput* do art. 28, após a locução “a parte dispositiva da decisão”, da expressão “e seus fundamentos determinantes, bem como os registrará em cadastro eletrônico de acesso irrestrito”.

Os referidos dispositivos legais, observadas as modificações propostas no item anterior, podem passar a ter as seguintes redações:

Art. 11 (Lei nº 9.868/1999). Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão e seus fundamentos determinantes, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

§ 3º Aplica-se à medida cautelar o disposto no art. 28, § 2º.

Art. 21 (Lei nº 9.868/1999). O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

§ 1º Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão e seus fundamentos determinantes, no prazo de dez dias.

§ 2º A medida cautelar pode ser dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante.

§ 3º Aplica-se à medida cautelar, se o caso, o disposto no art. 28, § 2º.

Art. 23 (Lei nº 9.868/1999). Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada, com a exposição dos fundamentos determinantes da decisão, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Art. 28 (Lei nº 9.868/1999). Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão e seus fundamentos determinantes, bem como os registrará em cadastro eletrônico de acesso irrestrito.

§ 1º 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.

§ 2º O efeito vinculante importa na transcendência dos fundamentos determinantes da decisão proferida

Com a mesma finalidade, em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental, sem prejuízo do exposto no item anterior, sugerem-se as seguintes alterações normativas na Lei nº 9.888/1999:

- a) inclusão de um parágrafo 6º ao art. 5º para contemplar a necessidade de publicação da parte dispositiva da decisão liminar proferida na ADPF no Diário Oficial da União, bem como de seus fundamentos determinantes;
- b) inserção, no texto do parágrafo 2º do art. 10, após a locução “sua parte dispositiva”, da expressão “e seus fundamentos determinantes”, e modificação das palavras “será publicada” para “serão publicados”, a fim de manter a correta concordância verbal; e,
- c) acréscimo de um parágrafo 5º art. 10 para explicitar a necessidade da parte dispositiva do julgado e seus fundamentos determinantes serem registrados em cadastro eletrônico de acesso irrestrito.

Os mencionados dispositivos legais, observadas as modificações propostas no item anterior, passam a ter as seguintes redações:

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

§ 4º A liminar pode ser dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante.

§ 5º Aplica-se à liminar, se o caso, o disposto no art. 10, § 4º.

§ 6º Concedida a liminar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão e seus fundamentos determinantes, no prazo de dez dias.

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva e seus fundamentos determinantes serão publicados em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

§ 4º O efeito vinculante importa na transcendência dos fundamentos determinantes da decisão proferida.

§ 5º A parte dispositiva e seus fundamentos determinantes serão registrados em cadastro eletrônico de acesso irrestrito.

6.3. Terceira proposta: Releitura branda da norma constante no art. 52, X, da Constituição Federal – Possibilidade do STF suspender a execução de atos administrativos normativos declarados inconstitucionais em controle incidental

De acordo com os dados coletados, há razoável número de casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal em que se discute, direta ou indiretamente, a constitucionalidade de atos da Administração Pública, principalmente em sede de *habeas corpus* e mandado de segurança. Os dois exemplos apresentados anteriormente⁵¹² ilustram essa afirmativa.

E, conforme defendido⁵¹³, se houver controle de constitucionalidade incidental/concreto nas ações originárias de competência do Supremo Tribunal Federal, esse controle de constitucionalidade será também concentrado.

Por outro lado, de acordo com a regra inserta no art. 927, I, do Código de Processo Civil, os órgãos judiciários devem observar as decisões do STF proferidas em controle concentrado de constitucionalidade.

Há intenso debate na doutrina processualista civil quanto à constitucionalidade e o alcance dessa norma e de todas as demais constantes no art. 926 e 927 do Estatuto de Ritos Processuais, ante a inegável intenção de implementar técnicas de países regidos pela *Common law* no Brasil, com a previsão de *stare decisis* horizontal (CPC, art. 926) e vertical (CPC, art. 927)⁵¹⁴, criando um sistema de precedentes vinculantes no país.

⁵¹² Vide item 5.6.

⁵¹³ Vide Capítulo 1.

⁵¹⁴ Art. 926 (CPC). Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927 (CPC) Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo

Nos extremos, há quem defenda a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, por compreender que qualquer efeito vinculante de decisões proferidas por órgãos do Poder Judiciário depende de previsão constitucional⁵¹⁵. Há, do outro lado, quem entenda plenamente válidas as mencionadas normas e o sistema de precedentes vinculantes que abarcam, porque dirigidas somente para os próprios órgãos do Poder Judiciário, dispensando, assim, qualquer previsão constitucional. Ademais, o trâmite do anteprojeto do Código de Processo Civil no Congresso Nacional revela que foi essa a intenção do legislador, devendo o verbo “observar” utilizado no *caput* do art. 927 ser lido no sentido de “cumprir”, “acatar”⁵¹⁶.

De toda sorte, certo é que qualquer efeito vinculante decorrente da aplicação da norma supramencionada às decisões proferidas pelo STF no julgamento de ações originárias em razão da declaração incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ao contrário das decisões proferidas em sede de ações de controle abstrato de constitucionalidade, não atinge os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Em outras palavras, a norma inserta no art. 927, I, do Código de Processo Civil, mesmo para quem a compreenda totalmente válida, não tem essa abrangência e nem poderia ter, pois trataria de direito constitucional e administrativo em diploma relativo a ritos processuais.

Pela leitura tradicional, para que toda a Administração Pública seja atingida por uma declaração incidental de inconstitucionalidade de alguma norma (legislativa ou administrativa) feita pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação originária ou mesmo

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

⁵¹⁵ Nesse sentido: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ TUCCI (2015, pp. 143 a 151); CASSIO SCARPINELLA BUENO (2022, p. 774 a 776); e, ARAKEN DE ASSIS (2020, pp. 6 a 24) (parcialmente).

⁵¹⁶ Nessa linha: DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES (2015, p. 467); TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (2012, pp. 588 e 589); CANDIDO RANGEL DINAMARCO e BRUNO VASCONCELLOS CARILHO LOPES (2016, pp. 43 e 44); e, FELIPE VARELA MELLO (2022, pp. 295 a 312).

na via recursal, há necessidade que o Senado Federal, nos termos dispostos no art. 52, X, da Constituição Federal⁵¹⁷, suspenda a sua execução.

É certo que, no próprio seio do Supremo Tribunal Federal houve tentativa, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, de fazer uma releitura, por mutação constitucional, da referida regra constitucional (presente no ordenamento brasileiro desde a Constituição de 1934), para considerar que ao Senado Federal cabe apenas dar publicidade da declaração de incompatibilidade *incidenter tantum* de dispositivo normativo com a Lei Maior, mas que referida declaração, desde o momento em que proclamada, já é dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos judiciários e a Administração Pública, tal qual seria se tivesse sido emanada de decisão proferida em ação de controle abstrato de constitucionalidade.

Esse entendimento foi externado no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação nº 4335, de sua relatoria, antes mesmo do advento do Código de Processo Civil de 2015. Referida reclamação foi intentada, em 04 de maio de 2006, perante o Supremo Tribunal Federal, pela Defensoria Pública do Estado do Acre em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu pedido de progressão de regime em favor de diversos condenados, por cumprirem pena de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos. Alegou-se que a decisão proferida pelo Magistrado importou no descumprimento daquela exarada pelo STF no Habeas Corpus nº 82.959, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, uma vez que o Pretório Excelso, nesse julgado, concedeu a ordem e declarou *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 ("Lei dos Crimes Hediondos").

O Ministro Gilmar Mendes, sustentou o cabimento da medida, pois utilizada para garantir a autoridade de decisão do STF, ainda que a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo legal tenha sido proclamada de forma incidental. Argumentou que o Direito Brasileiro, em relação ao controle de constitucionalidade exercido pelo STF, ampliou-se ao ponto de causar uma mutação constitucional na norma prevista no art. 52, X, da Constituição Federal. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, da interpretação

⁵¹⁷ Art. 52 (CF). Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

tradicional da referida regra, mantida na Constituição por razões de tradição histórica, no sentido de que ela dá eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade feita de forma incidental pelo STF, a norma deveria passar a ser lida, atualmente, por mutação constitucional, na direção de que ao Senado Federal compete privativamente somente dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva da Corte.⁵¹⁸ Isso porque, além da Constituição de 1988 ter reduzido o significado do controle de constitucionalidade incidental, “permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”⁵¹⁹, a dependência da vontade de um órgão político para a não aplicação geral de uma lei configura “antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional”.

O pensamento do Ministro Gilmar Mendes foi acompanhado de forma veemente pelo Ministro Eros Grau e muito refutado pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não concordaram com a releitura proposta da norma constante no art. 52, X, da Constituição Federal, contudo, no caso, concediam *habeas corpus* de ofício aos condenados para que o juiz da execução examinasse os demais pressupostos da progressão de regime, ante o teor da decisão proferida no Habeas Corpus nº 82.959.

O Ministro Teori Zavascki, em seu voto, discorreu de forma diversa, sustentando que, independentemente da edição da resolução do Senado Federal nos termos do art. 52, X, da Lei Maior, e da releitura da referida norma nos termos propostos, o Supremo Tribunal Federal já pode dar força expansiva às suas decisões de controle de constitucionalidade, mesmo quando tomadas em casos concretos, a fim de conferir racionalidade e efetividade às suas decisões. Mas, tal fato não importa na admissão de reclamação por quem não tenha sido parte na relação processual (o que implicaria no não

⁵¹⁸ Menciona a seguinte passagem de antiga lição de LÚCIO BITTENCOURT (1997, pp. 145 e 146): “Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV da Constituição [a referência é ao texto de 1967] é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensão a sua execução”.

⁵¹⁹ Cita a lição de GERHARD ANSCHÜTZ (1930), no sentido de que “toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias”.

conhecimento do pedido). Contudo, ante a aprovação da Súmula Vinculante nº 26⁵²⁰ em 22 de dezembro de 2009, aplicou a regra prevista no art. 462 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época do julgamento⁵²¹, e conheceu e deferiu o pedido da reclamação por esse último motivo. Foi acompanhado pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Celso de Mello.

Ao final, após quase oito anos, em 20 de abril de 2014, a Reclamação nº 4335 foi julgada procedente recebendo uma ementa que procurou contemporizar as duas teses vencedoras: “Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente” (STF, Reclamação nº 4335, relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014).

O teor dessa ementa, diga-se, é um exemplo de como a *ratio decidendi* de um julgado não pode ser dela extraído, pois menciona, aparentemente, ousa-se dizer, para evitar melindres, os argumentos dos dois grupos de Ministros que formaram o bloco vencedor para o julgamento da Reclamação nº 4335, mas cujos fundamentos determinantes para a conclusão (procedência do pedido) foram totalmente diferentes e não consubstanciaram, em nenhum deles, sequer uma maioria simples para se extrair qualquer *tragende Gründe*, o que somente reforça a necessidade das mudanças legislativas propostas neste trabalho⁵²².

Portanto, não se pode extrair qualquer posicionamento claro do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da referida reclamação a respeito de qual a leitura constitucional atual da norma prevista no art. 52, X, da Constituição de 1988. Ressalte-se

⁵²⁰ Súmula Vinculante nº 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

⁵²¹ Art. 462 (CPC/1973). Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir na decisão da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

⁵²² Vide itens 6.1 e 6.2.

que a composição da Suprema Corte ainda mudou significativamente desde o julgamento mencionado.

Deve-se considerar, pois, que a interpretação da regra constitucional mencionada ainda importa na necessidade, para dar eficácia *erga omnes* a lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (em sede de ação originária ou na via recursal), do Senado Federal suspender-lhe a execução.

Entende-se, neste trabalho, que, de fato, a disposição constitucional tratada (CF, art. 52, X) mereceria até ser revogada por emenda constitucional.

Primeiro porque não faz mais sentido que o meio no qual a decisão de inconstitucionalidade é declarada pelo Supremo Tribunal Federal (em controle incidental/concreto ou em controle principal/abstrato) influencie no seu alcance e vinculação. A guarda da Constituição exercida pelo STF em um processo ou em outro é a mesma. Não há lógica, pois, sobretudo ante os avanços no controle principal/abstrato de constitucionalidade trazidos pela Constituição de 1988 (aumento do número de legitimados para propositura das ações diretas⁵²³, possibilidade de modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade pelo voto da maioria qualificada dos Ministros⁵²⁴ etc), que a força das decisões da Corte Suprema brasileira seja inferior no controle incidental/concreto. A sistemática atual importa em ter-se que reconhecer que, mesmo se uma lei for declarada inconstitucional no STF, mas (desafortunadamente para alguns, como no caso da Reclamação nº 4.335) em sede de controle incidental/concreto, ela continua vigente e exequível até que o Senado Federal edite resolução para suspender-lhe a execução.

Por outro lado, com a devida vênua ao pensamento externado pelo Ministro Gilmar Mendes, a releitura proposta para a norma prevista no art. 52, X, da Constituição Federal, por mutação constitucional, importaria em atividade de menos-valia, indigna, ousa-se arriscar dizer, da estatura da referida Casa Congressual, pois redundaria somente em publicar decisão que, nos tecnológicos tempos atuais, já seria conhecida de todos. Ademais, não se pode ignorar os argumentos apresentados nos votos divergentes vencidos: a) a mutação constitucional não pode levar à mudança do próprio sentido da

⁵²³ Vide item 5.2.

⁵²⁴ Vide item 5.1.

norma⁵²⁵; e, b) a proposta de releitura do art. 52, X, da Constituição importaria em deslocar a competência atribuída ao Senado Federal para o STF, em violação ao princípio da separação dos poderes.

Mas, não haverá insistência nessa proposta de revogação do art. 52, X, da Constituição, pois não se desconhece posicionamento doutrinário de que esse proceder seria inconstitucional. A respeito, vale a doutrina de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (2013, p. 526), inclusive por comentar (quando ainda não havia sido concluído o julgamento da Reclamação nº 4335) o entendimento da releitura da norma em comentário:

Caso o STF venha a admitir a tese da desnecessidade de o Senado emitir resolução para retirar a eficácia da lei considerada inconstitucional, em controle concreto, pelo STF, ocorreria violação do núcleo da Lei de Schumann (*Schumannschen Formel*), que consiste na circunstância de que nenhum tribunal pode tomar por base para sua decisão uma regra que nem sequer o legislador poderia ordenar. [...] Da mesma forma que seria inconstitucional uma norma aprovada pelo Senado que suprimisse a CF 52 X ou tornasse impraticável a edição da resolução de que trata a norma comentada, o STF não pode proferir decisão que contrarie esse mesmo dispositivo constitucional.

De todo modo, mesmo com a plena vigência da regra inserta no art. 52, X, da Carta Política, é possível, sem tanto esforço interpretativo, dar eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões que reconhecem, incidentalmente, a inconstitucionalidade de atos administrativos normativos tomadas em sede de ações originárias da competência do Supremo Tribunal Federal⁵²⁶.

Como visto, a norma do art. 52, X, da Constituição reza que compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

⁵²⁵ Segundo KONRAD HESSE (1991, pp. 22 e 23), “[...] uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito”. No mesmo sentido J. J. GOMES CANOTILHO (2000, p. 1229): “[...] uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Normprogramm*), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente incompatíveis pelo programa da norma constitucional. [...] a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema normativo-endogenético, mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente exogenética”

⁵²⁶ Não houve referência às decisões semelhantes proferidas pelo STF em sede recursal dado o objeto deste trabalho, mas nada impede que o raciocínio apresentado a seguir também seja utilizado nessa seara.

Referida disposição, pois, dirige-se apenas à “lei” declarada inconstitucional, sem qualquer menção a outros atos normativos como faz a norma constante no art. 102, I, “a” da Carta Política⁵²⁷.

Aceitável, portanto, que a competência conferida ao Senado Federal para atribuir efeitos *erga omnes* à decisão de declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF cinge-se à “lei”, ou seja, a qualquer uma das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição: a) emendas à Constituição; b) leis complementares; c) leis ordinárias; d) leis delegadas; e) medidas provisórias; f) decretos legislativos; e, g) resoluções. Não se expande, contudo, para atos administrativos normativos.

Reforça esse entendimento a consulta às redações das disposições semelhantes das constituições anteriores do Brasil. Todas elas estabeleciam⁵²⁸ que ao Senado Federal competia suspender a execução de lei ou decreto (ato administrativo normativo), exceto a Constituição de 1934 cujo texto era ainda mais detalhado, pois rezava que cabia ao Senado Federal a suspensão de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁵²⁹.

Esse dado histórico e a leitura a *contrario sensu* da norma constante no art. 52, X, da Lei Maior, permitem concluir que os atos administrativos normativos declarados inconstitucionais pelo STF podem ter sua execução suspensa, então, pela própria Suprema Corte, pois a Constituição de 1988 não fixa essa competência também para qualquer outro órgão.

⁵²⁷ Art. 102 (CF) 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;

⁵²⁸ Exceto a Constituição de 1937, pois o Senado Federal foi dissolvido (CF/1937, art. 178).

⁵²⁹ Art 91 (CF/1934) Compete ao Senado Federal:

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

Art 64 (CF/1946) incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Art 45 (CF/1967) - Compete ainda privativamente, ao Senado:

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais. por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Art. 42 (EC nº 1/1969) Compete privativamente ao Senado Federal:

VII - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Ressalte-se que não pode ser aplicada ao caso, a regra prevista no art. 49, V, da Carta Política⁵³⁰, que estabelece ser da competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Primeiro porque o referido preceito constitucional não trata de suspensão da execução em virtude da declaração de inconstitucionalidade de ato normativo diverso de lei, mas da sustação de ato normativo que regulamenta lei (e a exorbita) ou viola as linhas de atuação normativa traçadas pela lei delegada.

Segundo porque o sistema constitucional seria incoerente se estabelecesse que apenas uma das Casas Legislativas pudesse suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, uma vez que se trata de ato normativo elaborado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (ao menos no que toca à lei federal), e, por outro lado, determinasse que o ato administrativo normativo declarado inconstitucional pelo Supremo tivesse que ser suspenso por meio de espécie normativa cuja aprovação depende das duas Casas Congressuais.

Terceiro porque o dispositivo mencionado refere-se apenas a “atos normativos do Poder Executivo” secundários e, como visto, os demais poderes também podem expedir atos administrativos normativos, de execução, autônomos e independentes.

Portanto, se as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações de controle abstrato de constitucionalidade produzem 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, naturalmente, na falta de disposição constitucional em sentido contrário (como há para – e tão somente para – a lei: CF, art. 52, X) que a competência para suspender a execução de atos administrativos normativos declarados incidentalmente inconstitucionais pela corte em casos concretos é também do próprio STF.

Nessa trilha, a norma constante no art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997⁵³¹, que determina eficácia retroativa, desde a entrada em vigor da norma

⁵³⁰ Art. 49 (CF) É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

⁵³¹ Art. 1º (Decreto nº 2.346/1997) As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto. § 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada

declarada inconstitucional, no âmbito da Administração Pública Federal é parcialmente inconstitucional, pois afirma que, inclusive na hipótese de invalidade de ato administrativo normativo pelo STF em sede de controle incidental, a sua suspensão (e, conseqüentemente, a produção de efeitos *ex tunc* no íntimo da Administração Pública Federal) depende de resolução senatorial.

O Senado Federal tem, na prática, realizado a suspensão também de normas legais declaradas inconstitucionais sem redução de texto pelo Supremo Tribunal Federal, como no caso da Resolução Senatorial nº 52, de 2005⁵³², uma vez que a norma constitucional (CF, art. 52, X) reza que a suspensão pode ocorrer “no todo ou em parte”. Obviamente que nada impede que o Supremo faça o mesmo em relação a atos administrativos normativos assim pronunciados pela própria Corte em sede de controle incidental de constitucionalidade.

Como reza o art. 52, X, da Carta Política que o Senado Federal suspende a execução da lei declarada desvirtuada pelo STF, os efeitos da resolução editada são prospectivos (*ex nunc*). Por analogia constitucional, portanto, o Supremo Tribunal Federal somente pode suspender os efeitos de ato administrativo normativo pela Corte declarado *incidenter tantum* inconstitucional para o futuro⁵³³. Na verdade, a própria decisão incidental de inconstitucionalidade não pode retroagir, pois é enfrentada na busca de uma solução para um caso concreto, remanescendo aqui uma diferença para a declaração de inconstitucionalidade feita em ação de controle abstrato.

Por outro lado, admitida a importação da modulação dos efeitos das ações de controle abstrato (Lei nº 9.868, art. 27)⁵³⁴ para a decisão incidental declaratória de

em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

⁵³² Art. 1º (Resolução do Senado Federal nº 52/2005) É parcialmente suspensa, sem redução de texto, a execução do art. 11 da Medida Provisória Federal nº 2.225-45, de 4 de junho de 2001, ficando excluído do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto no dispositivo, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 401.436-0 - Goiás.

⁵³³ Nada impede, contudo, que a própria Administração Pública regule de modo diverso, conferindo efeitos retroativos, com faz o Decreto nº 2.346/1997.

⁵³⁴ Art. 27 (Lei nº 9.868/1999) 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.

inconstitucionalidade em ação de controle concreto, somente poderá ser utilizada com efeitos prospectivos e a suspensão (da lei, pelo Senado Federal, e do ato administrativo normativo, pelo STF) deverá observar o momento futuro estabelecido para surtir efeitos⁵³⁵.

A suspensão dos efeitos do ato administrativo normativo realizada pelo STF em razão do reconhecimento *incidenter tantum* de sua inconstitucionalidade, como defendido, assim como a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal confere eficácia contra todos à decisão.

Entende-se, neste trabalho, que essa suspensão também confere efeito vinculante à decisão proferida pelo STF em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Quanto aos juízes e tribunais, o efeito até já está previsto, independentemente da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal ou do ato administrativo normativo pelo STF, como mencionado, na regra posta no art. 927, I, do Código de Processo Civil, respeitadas as vozes que pregam a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Mas, a despeito da regra processual citada, é evidente que a suspensão da execução de uma norma, legislativa ou administrativa, vincula todos, como aconteceria se ela tivesse sido revogada, uma vez que não pode ser invocada como razão para a decisão judicial ou administrativa, pois não está mais integrada ao sistema.

Na esfera da Administração Pública ainda cumpre observar que, tendo em vista o princípio constitucional da legalidade (CF, art. 37, *caput*), não pode ser invocada norma expurgada do ordenamento em razão da sua suspensão senatorial (lei) ou pelo STF (ato administrativo normativo) para justificar a prática de qualquer ato pela Administração Pública

Por fim, cabe dizer que, no caso de suspensão de ato normativo administrativo operada pelo Supremo Tribunal Federal em razão da declaração incidental de sua inconstitucionalidade em ação de competência originária da Corte (controle concentrado)⁵³⁶, deve haver a necessária publicidade, por meio de publicação no diário oficial não só do resultado do julgamento, mas também da própria suspensão da norma afastada do ordenamento, tal qual o faz o Senado Federal, porém por meio de resolução.

⁵³⁵ Vide item 5.1.

⁵³⁶ Ou mesmo em recurso julgado pelo STF.

Recomendável, ainda, que seja mantido um cadastro eletrônico com acesso pelo site do Supremo Tribunal Federal com informações sobre todas os atos administrativos normativos que tiveram sua execução suspensa em razão de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental de constitucionalidade.

6.4. Quarta proposta: Criação da ação direta de ilegalidade

Muito se refletiu quanto a apresentação ou não desta proposta, pois ela não está diretamente ligada ao objeto da pesquisa, uma vez que não importa em controle concentrado de constitucionalidade.

Decidiu-se, contudo, ao final, trazê-la à baila, pois foi concebida em razão da constatação de um grande número de ações diretas de controle de constitucionalidade de atos administrativos normativos não conhecidas pelo Supremo Tribunal Federal em razão de configuração de ofensa reflexa à Constituição.

Com efeito, conforme os dados apresentados⁵³⁷, de 360 (trezentos e sessenta) julgamentos realizados pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade que questionaram exclusivamente atos normativos expedidos pela Administração Pública, no período de 05 de outubro de 1988 até 12 de dezembro de 2022, 105 (cento e cinco) referiram-se a atos editados pelo Presidente da República ou pelos Governadores de Estados/Distrito Federal e 59 (cinquenta e nove) decorreram de atuações de outros órgãos vinculados ao Poder Executivo. Em mais de 1/3 (um terço) das ações diretas que visaram impugnar atos expedidos pelo Presidente da República ou por Governadores das unidades da Federação⁵³⁸ e em mais de 40% (quarenta por cento) daquelas movidas para questionar atuações de outros órgãos vinculados ao Poder Executivo⁵³⁹, o Plenário do Supremo Tribunal Federal não conheceu dos pedidos por considerar que a inconstitucionalidade alegada era apenas indireta e a questão deveria ser discutida na via difusa/concreta, por configurar ilegalidade⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Não foram computados os dados relativos às ADCs, pois inexpressivos.

⁵³⁸ Foram localizados 37 (trinta e sete) casos: ADIs n°s 99, 485, 589, 710, 708, 545, 977, 996, 1253, 1248, 1327, 561, 1339, 1405, 1537, 1538, 1544, 1866, 2121, 2387, 1670, 2334, 4176, 3950, 4127, 5495, 5937, 5086, 5458, 6013, 7133, 7041, 2489, 4218, 1258, 5593 e 1990.

⁵³⁹ Foram encontrados 24 (vinte e quatro) julgados: ADIs n°s 311, 360, 365, 418, 536, 531, 264, 1347, 1338, 1653, 1880, 2714, 2398, 2999, 4644, 4095, 5904, 4819, 6111, 4120, 5903, 5582, 6117 e 3074.

⁵⁴⁰ Vide item 5.2.

Por outro lado, das 61 (sessenta e uma) decisões proferidas pelo Plenário do STF em arguições de descumprimento de preceito fundamental que tiveram como objeto exclusivo atos da Administração Pública (normativos ou não normativos) no período de 03 de dezembro de 1999 até 19 de dezembro de 2022, 10 (dez) não tiveram seus méritos analisados em razão de tratarem também de ofensas reflexas à Constituição^{541 542 543}.

Cumprir observar que esses números não consideram as ADIs e ADPFs que foram monocraticamente, nos termos do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁵⁴⁴, rejeitadas *ab ovo* com base no mesmo fundamento jurídico: eventual ofensa à Constituição constante no ato administrativo normativo seria apenas reflexa (inconstitucionalidade indireta).

Como também afirmado, o expressivo percentual de ADIs e ADPFs não conhecidas se justifica dado o caráter ancilar e secundário que ordinariamente assumem os atos normativos expedidos no âmbito do Poder Executivo.

O não conhecimento dessas ações de controle concentrado e principal, com remessa das discussões para as vias difusas, contudo, mesmo que nelas se questionasse, fundamentalmente, apenas a validade de ato administrativo normativo, teve sempre o potencial de gerar o ajuizamento de inúmeras demandas, congestionando toda a máquina judiciária inferior.

São causas que abordam normalmente questão eminentemente de direito, mas podem demorar anos para serem definitivamente julgadas, ante a morosidade nas suas tramitações causada, em grande medida, pela própria quantidade de processos distribuídos sobre assuntos repetidos e os inúmeros recursos possíveis às instâncias ordinárias e, eventualmente, ao Superior Tribunal de Justiça, órgão competente para

⁵⁴¹ ADPFs nºs 93, 210, 169, 260, 577, 354, 127, 468, 270 e 559.

⁵⁴² Como afirmado, ao contrário do que foi feito em relação à ação direta de inconstitucionalidade, os julgados relativos às arguições de descumprimento de preceito fundamental não foram inicialmente selecionados de acordo com os órgãos emissores dos atos questionados, dado o número relativamente baixo de decisões encontradas e porque somente 08 (oito) delas se referiam a atos administrativos emanados fora do Poder Executivo.

⁵⁴³ Vide item 5.4.

⁵⁴⁴ Art. 21 (RISTF). São atribuições do Relator:

[...]

§ 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil. (a referência é ao CPC/1973).

julgar, em recurso especial, as demandas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados/Distrito Federal, quando a decisão recorrida: (a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou, c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal⁵⁴⁵.

Na verdade, e isso é notório, diante da intensa produção normativa pela Administração Pública, direta e indireta, das três esferas governamentais, todo dia há a possibilidade de ajuizamento, nas instâncias ordinárias, de uma grande quantidade de demandas judiciais, nas Varas/Juizados da Fazenda Pública ou, naquelas localidades onde não haja essa especialização, nas Varas/Juizados Cíveis. São causas, em sua maioria, que discutem supostas violações de direitos de categorias do funcionalismo público, de garantias tributárias ou decorrentes do exercício do poder de polícia, muitas delas em razão da não observância, no exercício do poder regulamentar, dos limites traçados pela lei.

Além dos imensos gastos financeiros com a estrutura judiciária que essa colossal quantidade de demandas representa, a falta de homogeneidade das decisões leva à insegurança jurídica e ao descontentamento dos que perderam suas causas. Trata-se do fenômeno da “jurisprudência lotérica” que, segundo EDUARDO CAMBI (2001, p. 109) ocorre quando

a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado. [...] se a Constituição contempla o princípio da isonomia, sendo todas as pessoas iguais (art. 5.º, *caput*), para a mesma situação jurídica, a lei deve ser aplicada do mesmo modo.

A situação inversa, contida no fenômeno da jurisprudência lotérica, proporciona a falta de certeza do direito, sendo causa de crise, pois é a certeza quanto à aplicação do direito que dá segurança à sociedade e aos indivíduos que a compõem, na medida em que *sub incerto enim iure nemo bonorum aut animae securus vivit* (sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou da vida)⁵⁴⁶.

É certo que o Código de Processo Civil de 2015 criou uma série de mecanismos processuais inspirados no procedimento-modelo do direito alemão (*Musterverfahren*) para procurar solucionar os problemas das demandas repetitivas: a) o incidente de

⁵⁴⁵ CF, art. 105, III.

⁵⁴⁶ O autor cita FLÁVIO LÓPEZ DE OÑATE (1953, p. 139).

assunção de competência (IAC)⁵⁴⁷; b) o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)⁵⁴⁸; e, c) o regime especial de julgamento de recursos repetitivos nos tribunais superiores⁵⁴⁹.

Mas mesmo essas louváveis inovações no direito processual brasileiro ainda parecem, ousa-se dizer, longe de resolver o problema das demandas repetitivas contra a Administração Pública.

Isso porque todas pressupõem a existência de demandas. Ou seja, há exigência de contratação de advogados, de distribuição de processos, de pagamento de taxas e despesas judiciárias (quando a parte não for beneficiária da assistência jurídica gratuita), de análise, quando solicitado, de pedidos de tutelas de urgência, de manifestações dos órgãos de representação jurídica dos entes administrativos, de sentenças, de recursos etc. E, ainda que muitos processos fiquem suspensos, no aguardo das decisões a serem proferidas nos casos representativos das controvérsias, vários gastos (de dinheiro, de tempo, de paciência etc) já foram suportados.

Por outro lado, enquanto não decidas definitivamente as matérias questionadas nas instâncias superiores (leia-se, Superior Tribunal de Justiça, se a questão estiver vinculada à lei federal; Supremo Tribunal Federal, se atrelada a matéria constitucional), a Administração Pública continua a aplicar, por obediência hierárquica, interesses arrecadatários, em razão da presunção de legalidade (e, indiretamente, constitucionalidade) etc, as regras da norma administrativa questionada.

Não há razão, pois, para postergar o reconhecimento judicial de ilegalidades de atos administrativos normativos que têm potencial de gerar demandas repetitivas. Sua permanência indevida no sistema também importa, ademais, violação, ainda que indireta, à Constituição.

Arrisca-se propor, diante desse panorama, a criação de uma ação de controle abstrato de ilegalidade de atos administrativos normativos, a ser julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, nas causas que seriam de sua competência originária ou recursal

⁵⁴⁷ CPC, art. 947. É certo que o IAC, segundo dispõe a regra inserta no art. 947 do Código de Processo Civil visa remeter o julgamento de causa ao colegiado superior que o regimento interno do tribunal onde admitido indicar, para que decida “relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos” (*caput*), mas também é aceito “quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”.

⁵⁴⁸ CPC, arts. 976 a 987.

⁵⁴⁹ CPC, arts. 1.036 a 1.041.

(ordinária ou extraordinária), e cuja decisão tenha eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, nas esferas federal, estadual e municipal, exceto o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os demais Tribunais Superiores.

A ideia não é nova. Em 1995 foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 200, de autoria do Deputado Federal Beto Lélis⁵⁵⁰ para criação de uma ação direta de ilegalidade de ato normativo expedido pelo Poder Executivo.

De acordo com a PEC nº 200/1995, seria acrescida uma alínea “i” ao inciso I do art. 105 da Constituição Federal com a seguinte redação: “i) a ação direta de ilegalidade de ato normativo do Poder Executivo”.

Também deveria ser alterado o parágrafo 2º do art. 105 da Carta Política, renumerando-se seu parágrafo único para parágrafo 3º e acrescentando os parágrafos 1º e 2º com os seguintes textos: a) “§ 1º Podem propor a ação de ilegalidade prevista no inciso I, i, as pessoas indicadas no art. 103, incisos I a IX. com exceção do Presidente da República”; e, b) “§ 2º O representante do Ministério Público deverá ser previamente ouvido na ação de ilegalidade”.

A justificativa apresentada na PEC nº 200/1995 foi a seguinte:

A Constituição Federal em seu art. 105, inciso III, confere competência ao Superior Tribunal de Justiça para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios., quando a decisão recorrida:

- “a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

As disposições transcritas têm certa correspondência no inciso III do art. 102, onde está definida a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar as hipóteses passíveis de apreciação mediante recurso extraordinário, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da mesma Constituição.

Em ambos os casos, aqueles Tribunais exercem o chamado controle difuso das normas ou atos jurídicos *in concreto*, por via de exceção, em face da lei ou da Constituição. conforme o caso, sendo de se notar que na Carta Política anterior o Supremo Tribunal Federal enfeixava tanto o controle da uniformidade de interpretação da lei federal quanto o de constitucionalidade, por meio de recurso extraordinário.

No art. 102, inciso I, letra a, a Constituição Federal manteve a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

⁵⁵⁰ Disponível em < <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21SET1995.pdf#page=23>>. Acesso em 20/12/2022.

Na ação direta, a lei ou ato normativo federal ou estadual é apreciado em abstrato, em tese, exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal para o fim de dizer se houve ou não violação à Carta Magna. É o chamado controle concentrado.

Inexiste correspondência para o controle concentrado, no tocante a apreciação de ato normativo do Poder Executivo em confronto com a lei federal, na competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça.

Por ato normativo do Poder Executivo compreende-se todo aquele que tem por objetivo explicitar a regra jurídica.

Inclui-se nesse conceito o decreto, que regulamenta a lei, sem poder, contudo, extrapolá-la.

A presente Proposta de Emenda a Constituição destina-se precisamente a suprir a lacuna existente na competência do Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo quais autoridades, órgãos ou entidades disporão de legitimação ativa para propor a ação direta de ilegalidade.

O controle jurisdicional dos atos normativos do Poder Executivo pelo Superior Tribunal de Justiça, ao lado do controle político deferido ao Congresso Nacional na forma do art. 49, inciso V, da Constituição Federal, contribuirá para o aperfeiçoamento do sistema de hierarquia das leis adotado pelo Direito Brasileiro.

A PEC nº 200/1995 contou com o número mínimo de assinaturas exigido pela Constituição para sua propositura, ou seja, 171 (cento e setenta e uma) firmas, o equivalente a um terço dos membros da Câmara dos Deputados (CF, art. 60, I), destacando-se, entre elas o nome do jurista, magistrado e professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Régis de Oliveira.

A referida proposta de emenda constitucional, contudo, acabou por ser arquivada em razão do encerramento da legislatura em 2 de fevereiro de 1999, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICDF)⁵⁵¹.

Apesar do seu texto simplista e da justificativa juridicamente pouco convincente apresentada (o fato das matérias objeto de recurso especial terem um certo paralelismo com aquelas que podem justificar a interposição de recurso extraordinário e a circunstância do STF, na ordem constitucional anterior, enfeixar tanto o controle da uniformidade da interpretação da lei federal quanto o de constitucionalidade), a PEC nº

⁵⁵¹ Art. 105 (RICDF): Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões;

II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;

III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;

IV - de iniciativa popular;

V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

200/1995 teve o mérito de ter a iniciativa e a preocupação com o controle abstrato de legalidade de atos administrativos normativos.

A redação da proposta de emenda à Constituição, acredita-se, precisaria ser mais elaborada.

Sugere-se, pois, com as devidas justificativas, as seguintes mudanças no texto constitucional, apresentadas nos próximos subtópicos, para a criação desse meio abstrato de controle da legalidade dos atos administrativos normativos:

6.4.1. Previsão constitucional de competência originária do STJ

A primeira alteração constitucional proposta é a inclusão de uma alínea “j” no inciso I do art. 105 da Constituição Federal para prever a competência originária do Superior Tribunal de Justiça, Corte Superior encarregada da interpretação da lei federal, para a ação direta de ilegalidade, como o fez a PEC nº 200/1995, observado apenas que, quando apresentada a referida proposta de emenda constitucional, ainda não havia sido acrescida uma alínea “i” ao referido dispositivo constitucional, o que ocorreu por força da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Cumprе lembrar que a competência do Superior Tribunal de Justiça é definida integralmente na Constituição e, portanto, essa matéria não poderia vir a ser tratada por eventual lei que regulamente a ação direta que ora se propõe criar.

A denominação da referida ação de controle abstrato da ilegalidade dos atos administrativos normativos fica importada daquela apresentada na PEC nº 200/1995, por se assemelhar à ação direta de inconstitucionalidade, propiciando, pois, fácil compreensão. Fica nomeada, pois, como ação direta de ilegalidade (ADILE).

Será utilizada a abreviatura ADILE como referência à ação direta de ilegalidade que se sugere criar, pois ADI já é utilizada para a ação direta de inconstitucionalidade.

A redação da norma, no entanto, não pode ser tão simplista e gerar tanta amplitude de objeto quanto àquela mencionada na PEC nº 200/1995.

A mencionada proposta de emenda à Constituição estabelecia, pela redação recomendada, que a ação direta de ilegalidade teria como objeto qualquer ato normativo oriundo do Poder Executivo, malgrado a justificativa apresentada tenha afirmado que se destinaria apenas a combater o ato destinado a regulamentar a lei (como o decreto).

Entende-se, pelos motivos expostos nos próximos subitens, que é melhor, no entanto, limitar esse objeto.

6.4.1.1. Não cabimento da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos municipais

Primeira deve haver uma restrição em relação aos atos administrativos normativos municipais, pois sua incidência se circunscreve a área territorial e população menores e, por outro lado, permitir a verificação de todos esses normativos perante o STJ inviabilizaria os trabalhos no já assoberbado Tribunal da Cidadania.

Ademais, aqui o paralelismo com a competência do Supremo Tribunal Federal teria sentido lógico: se a Constituição optou por não estabelecer, como objeto de ADI, a lei ou o ato normativo municipal, faz sentido também não incluir os atos administrativos municipais como passíveis de impugnação na proposta de ação direta de ilegalidade.

Nada impede, contudo, que haja uma alteração na Constituição para também permitir o ajuizamento de uma espécie de “representação de ilegalidade”, nos moldes a serem definidos pelos Estados e de forma análoga à representação de inconstitucionalidade prevista na regra inserta no art. 125, § 2º, da Constituição Federal⁵⁵², da competência dos Tribunais de Justiça dos Estados, para julgamento, em sede de controle abstrato de atos administrativos normativos municipais que violem: a) leis do próprio município de onde foram expedidos; b) leis do estado que pertença o Tribunal de Justiça; e, inclusive, c) leis federais, admitida a interposição de recurso especial ao STJ (e, eventualmente, extraordinário ao STF).

Ressalte-se que, nesse ponto, ao contrário do decidido pelo Supremo Tribunal Federal quanto à impossibilidade de se atribuir, por ato normativo estadual, a competência aos Tribunais de Justiça estaduais para julgamento de representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, por ser o Supremo Tribunal Federal o guarda da Lei Maior e, mesmo assim, não ter lhe sido deferida essa competência em sede de ação de controle abstrato e principal de constitucionalidade⁵⁵³, não se vê qualquer óbice que se permita aos Tribunais de Justiça

⁵⁵² Art. 125 (CF) 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.

⁵⁵³ Nesse sentido podem ser conferidos os seguintes julgados do STF: ADI nº 209, relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 11/09/1998; ADI nº 508, relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 23/05/2003; Medida

o julgamento de uma (se acolhida a proposta) representação de ilegalidade de ato normativo administrativo municipal que tenha como parâmetro o disposto em lei federal, porque, ainda que caiba ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação da lei federal, não lhe cabe dar a última palavra na leitura de todo o ordenamento jurídico no Brasil (competência que é do STF, por sua atribuição de guardião da Constituição). Claro que, se aceita essa (sub)proposta, deve ser admitido, como dito, o manejo de recurso especial para levar a questão decidida ao conhecimento do STJ.

Assim, somente atos administrativos normativos estaduais e federais devem ser objeto da proposta de ação direta de ilegalidade.

6.4.1.2. Não cabimento da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos terciários, quaternários etc

Não é possível, também sob pena de inviabilizar o Superior Tribunal de Justiça e porque a ação direta proposta (ADILE) não deve visar o controle da subordinação dos atos administrativos normativos inferiores em relação aos superiores, admitir que a ação direta de ilegalidade tenha por objeto qualquer ato administrativo normativo estadual ou federal. Caso contrário, uma simples ordem de serviço, por exemplo, poderia ter sua legalidade questionada por essa proposta de via abstrata, quando a questão pode ser resolvida no âmbito da própria Administração Pública, em razão dos princípios hierárquico e da autotutela.

O objeto da ADILE deve ser reservado, pois, somente aos atos administrativos normativos secundários, que visem regulamentar a lei ou dar-lhes execução e não àqueles que esmiucem ainda mais esses atos administrativos normativos (ou seja atos normativos terciários, quaternários etc).

6.4.1.3. Não cabimento da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos autônomos e independentes

Cautelar na ADI nº 699, relator Ministro Octavio Galotti, DJ de 24/04/1992; Reclamação nº 337, relator Ministro Paulo Brossard, DJ de 19/12/1994; e, ADI nº 347, relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 20/10/2006.

Obviamente, por encontrarem seu fundamento de validade diretamente no texto constitucional, incabível a ação direta de ilegalidade em relação a atos administrativos normativos autônomos e independentes.

Como visto⁵⁵⁴, esses atos administrativos normativos primários desafiam controle de constitucionalidade e, portanto, em sede de controle abstrato, devem ser questionados por via de ação direta perante o Supremo Tribunal Federal.

6.4.1.4. Não cabimento da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos emanados do Poder Judiciário ou do Ministério Público

Também não devem ser objeto da ADILE atos administrativos normativos emanados do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Quanto aos atos administrativos normativos expedidos no seio do Poder Judiciário e do Ministério Público, os autônomos (por exemplo, os regimentos internos dos tribunais ou as resoluções normativas do TSE) e os independentes (por exemplo, as resoluções do CNJ ou do CNMP) estão sujeitos, como visto, a controle de constitucionalidade.

Ademais, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (CF, art. 102, I, “r”)⁵⁵⁵. Logo, em relação a esses órgãos, ainda que o ato administrativo normativo expedido seja de execução, não cabe controle de legalidade junto ao STJ.

No que tange aos atos administrativos normativos de execução editados pelos demais órgãos judiciários – exceto o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral – e do Ministério Público, desnecessário um controle abstrato de legalidade perante o Superior Tribunal de Justiça, pois esse controle é realizado, administrativamente, pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

⁵⁵⁴ Vide item 4.2.1.

⁵⁵⁵ Art. 102 (CF) Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

Inclusive, os próprios atos administrativos normativos de execução expedidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça estão sujeitos a controle administrativo e de legalidade pelo CNJ.

Por outro lado, é certo que os atos administrativos de execução expedidos no STF, bem como, conforme defendido em nossa dissertação de Mestrado, aqueles emanados do Tribunal Superior Eleitoral (BOSSLER, 2015, pp. 205 a 212) não estão sujeitos ao controle do Conselho Nacional de Justiça. Os primeiros (STF) por força do decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgada em 13 de abril de 2005⁵⁵⁶. E os atos administrativos normativos de execução expedidos pelo TSE porque “seu corpo é integrado, em parte, por Ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo que dois deles exercem as funções de Presidente e Vice-Presidente e são, pois, responsáveis pela direção, administração, gerenciamento financeiro e cumprimento das decisões da Corte Superior” (BOSSLER, 2015, p. 2012).

Mais: como, diante da estrutura piramidal do Poder Judiciário brasileiro, em que figura o Supremo Tribunal Federal na cúpula e os tribunais superiores (inclusive o TSE, integrado por Ministro do STF) no mesmo nível hierárquico, um degrau jurisdicional abaixo do STF⁵⁵⁷, órgão que tem competência originária para julgar os conflitos de competência entre o próprio STJ e os demais tribunais superiores (CF, art. 102, I, “o”) e, em sede de recurso extraordinário, as causas decididas em única instância (caso da decisão proferida na proposta de criação da ADILE), nas hipóteses previstas na norma inserta no art. 102, III, da Lei Maior⁵⁵⁸, para cumprir sua função de guarda da

⁵⁵⁶ Como afirmado em nossa dissertação de Mestrado (BOSSLER, 2015, p. 199): “Em resumo, apesar de ser instituição de sobreposição do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça não tem competência para controle da atuação administrativa e financeira do Supremo Tribunal Federal (realizada por seus órgãos singulares ou colegiados) e também não lhe compete fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais dos Ministros da Alta Corte Brasileira.

⁵⁵⁷ O CNJ, administrativamente, está acima dos Tribunais Superiores, com a ressalva apontada em relação ao TSE, mas não exerce função jurisdicional.

⁵⁵⁸ Art. 102 (CF) Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Constituição, e uma vez que, administrativamente, cabe ao CNJ, como dito, realizar o controle da legalidade dos atos administrativos normativos expedidos no âmbito do STJ, com possibilidade de questionamento judicial diretamente no STF, não se revela adequado que o Superior Tribunal de Justiça controle, de forma direta e abstrata, atos administrativos normativos de execução expedidos também pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior Eleitoral⁵⁵⁹.

Em suma, a ação direta de ilegalidade proposta não deve ter por objeto atos administrativos normativos expedidos por qualquer órgão do Poder Judiciário no exercício da função (atípica) administrativa.

6.4.1.5. Não cabimento da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos emanados do Poder Legislativo

Quanto aos atos administrativos normativos editados pelo Poder Legislativo da União ou dos Estados/Distrito Federal (Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas e Câmara Legislativa), também se entende incabível o controle da legalidade via ação direta perante o Superior Tribunal de Justiça.

Primeiro porque, conforme apurado, houve um número pouco expressivo de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) julgadas pelo Tribunal Pleno do STF tendo como objeto exclusivo atos administrativos normativos emanados do Poder Legislativo, mas no exercício de função administrativa. Somente três ações diretas dessa ordem foram

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

⁵⁵⁹ Como se manifestou o então Conselheiro do CNJ e atual Ministro do STF, Alexandre de Moraes, no julgamento do Procedimento de Controle Administrativo nº 79, julgado no CNJ em 11 de abril de 2006, em lição aplicável, *mutatis mutandis*, ao pensamento ora externado quanto à impossibilidade de ação direta de ilegalidade perante o STJ para impugnar atos administrativos normativos de execução expedidos no STF: “Com a criação do Conselho Nacional de Justiça, a EC nº 45/04 estabeleceu a existência de um órgão de controle central, no âmbito financeiro, administrativo e disciplinar do Poder Judiciário, integrante do próprio Poder. Porém, também estabeleceu que a legalidade de todas as decisões do Conselho Nacional de Justiça estará sujeita ao controle pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, reforçando e centralizando no Supremo Tribunal Federal o controle de legalidade administrativo, financeiro e disciplinar de todo o Poder Judiciário (CF, art. 102, I, r). Ilógico seria o texto constitucional permitir que o único controlador da constitucionalidade e legalidade dos atos do Conselho Nacional de Justiça – o Supremo Tribunal Federal – , pudesse por ele ser controlado disciplinar ou administrativamente, para logo após, poder rever suas decisões, em um círculo virtuoso que, porém, estaria ferindo a previsão constitucional do Supremo Tribunal Federal como órgão jurisdicional máximo do Poder Judiciário brasileiro”.

localizadas (ADIs nºs 18⁵⁶⁰, 416 e 6751⁵⁶¹) e apenas uma delas não foi conhecida porque a ofensa à Constituição foi reflexa (ADI nº 416). Ou seja, em tese, somente em relação a esse caso caberia a ação direta de ilegalidade.

Cumprе destacar, em relação à ADI nº 416, da relatoria do Ministro Celso de Mello, que a ação foi liminarmente não conhecida, sendo interposto agravo regimental cujo provimento foi negado pelo Tribunal Pleno do STF em julgamento realizado em 16 de outubro de 2014. Na referida ADI, o Governador do Estado do Espírito Santo voltou-se contra atos da Mesa da Assembleia Legislativa e do Presidente do Tribunal de Justiça daquele Estado-membro, os quais, ao concederem, segundo o requerente, irregular aumento de remuneração a servidores e aos membros respectivos. A ADI não foi

⁵⁶⁰ A ADI nº 18 foi julgada procedente pelo STF e recebeu a seguinte ementa: “SERVIDORES - DISPONIBILIDADE - ESTADO DE ALAGOAS. Conflita com a Constituição Federal ato constitucional editado por Mesa Diretora de Assembleia Estadual Constituinte que fulmina Decreto mediante o qual o Governador do Estado, no âmbito da administração direta e indireta, dispôs sobre demissão e disponibilidade de servidores públicos e extinção de pessoas jurídicas da administração indireta. O artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Lei Básica Federal cogita de poderes para elaboração da Carta, implicando extravasamento a cassação operada por ato da Mesa da Assembleia Legislativa, pouco importando o objetivo social visado - bem-estar do funcionalismo público” (STF, ADI nº 18, relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/1991).

⁵⁶¹ Segue a ementa, autoexplicativa: “CONSTITUCIONAL. ATO CONJUNTO DAS MESAS DIRETORAS DO SENADO FEDERAL E DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR DURANTE A EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA. PANDEMIA COVID-19. PROCESSO LEGISLATIVO E SISTEMA DE DELIBERAÇÃO REMOTA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO AO TRÂMITE DE MEDIDAS PROVISÓRIAS (ART. 62, § 9º, DA CF). RAZOABILIDADE DA APRECIACÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS DIRETAMENTE NO PLENÁRIO DAS CASAS. INVIABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE O FUNCIONAMENTO DAS CASAS DO CONGRESSO NACIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a não complexidade da questão de direito em discussão e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. O controle legislativo sobre medidas provisórias editadas pelo Presidente da República é tão importante para o equilíbrio entre os poderes da República que a Constituição Federal estabeleceu uma única hipótese excepcional de suspensão do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, durante o recesso do Congresso Nacional (CF, § 4º, art. 62). 3. As alterações no funcionamento regimental das Casas Legislativas, em virtude da pandemia da COVID-19, não caracterizam recesso parlamentar, pois o Congresso Nacional continuará a funcionar e exercer todas as suas competências constitucionais. 4. A Constituição Federal consagrou, juntamente com a necessidade de atuação harmônica do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, o respeito ao princípio da eficiência, como aquele que impõe a todos os poderes de Estado e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios constitucionais, legais e morais necessários para a maior rentabilidade social de suas atividades. 5. Mostra-se razoável, em tempos de estado de emergência decretado em face de grave pandemia, a possibilidade de o Congresso Nacional, temporariamente, estabelecer a apresentação de parecer sobre as medidas provisórias diretamente em Plenário, por parlamentar designado na forma regimental, em virtude da impossibilidade momentânea de atuação da comissão mista. 6. Possibilidade de disciplina do funcionamento parlamentar por ato regulamentar diverso de resolução, em complemento aos Regimentos Internos de cada Casa Legislativa. 7. Ausência de prejuízo à possibilidade de participação das minorias no debate parlamentar. 8. Ação Direta julgada improcedente” (STF, ADI nº 6751, relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2021).

conhecida porque os atos questionados remetiam a disposições legais do Estado do Espírito Santo e portanto, restou caracterizada a inconstitucionalidade indireta ou reflexa (ilegalidade)⁵⁶².

Segundo e mais importante: o princípio da separação de poderes não recomenda que qualquer outra Corte, senão a mais alta do país (STF), verifique, em sede de controle abstrato, a validade de atos realizados no âmbito do Poder Legislativo, inclusive para evitar uma crise institucional entre os Poderes da República.

Há um limite tênue, no âmbito do Poder Legislativo, quanto ao que pode ser considerado ato legislativo, ato administrativo normativo e ato *interna corporis*.

A rigor, atos legislativos são as espécies legislativas previstas no art. 59 da Constituição Federal. No âmbito específico das Casas Congressuais, os decretos legislativos e as resoluções (CF, art. 59, VI e VII).

Atos administrativos normativos expedidos no Poder Legislativo são aqueles expedidos no exercício da estrita função administrativa, por exemplo, portarias internas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal que tratem de assuntos relacionados ao

⁵⁶² Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE QUE DEPENDE DE CONFRONTO ENTRE DIPLOMAS LEGISLATIVOS DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO – DECISÃO QUE SE REPORTA AOS FUNDAMENTOS QUE DERAM SUPORTE AO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE MOTIVAÇÃO – FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato, quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público. A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame “in abstracto” do ato estatal impugnado seja realizado, exclusivamente, à luz do texto constitucional. A inconstitucionalidade deve transparecer, diretamente, do próprio texto do ato estatal impugnado. A prolação desse juízo de desvalor não pode nem deve depender, para efeito de controle normativo abstrato, da prévia análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e em desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado. Precedente: ADI 842/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. – Crises de legalidade – que irrompem no âmbito do sistema de direito positivo – revelam-se, por sua natureza mesma, insuscetíveis de controle jurisdicional concentrado, pois a finalidade a que se acha vinculado o processo de fiscalização normativa abstrata restringe-se, tão somente, à aferição de situações configuradoras de inconstitucionalidade direta, imediata e frontal. Precedentes. – O Supremo Tribunal Federal tem salientado, em seu magistério jurisprudencial, a propósito da motivação “per relationem”, que incorre ausência de fundamentação quando o ato decisório – o acórdão, inclusive – reporta-se, expressamente, a manifestações ou a peças processuais outras, mesmo as produzidas pelo Ministério Público, desde que, nestas, se achem expostos os motivos, de fato ou de direito, justificadores da decisão judicial proferida. Precedentes. Doutrina. O acórdão, ao fazer remissão aos fundamentos fático-jurídicos expostos no parecer do Ministério Público – e ao invocá-los como expressa razão de decidir –, ajusta-se, com plena fidelidade, à exigência jurídico-constitucional de motivação a que estão sujeitos os atos decisórios emanados do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX)” (STF, Agravo Regimental na ADI nº 416, relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014).

corpo de funcionários das referidas Casas de forma geral e abstrata (por exemplo, a fixação de horário de trabalho para os servidores de acordo com as suas funções).

E, na profícua lição de HELY LOPES MEIRELLES (2000, p. 655),

Interna corporis são só aquelas questões ou assuntos que entendem direta ou imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa Diretora (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandato, concessão de licenças etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de regimento, constituição de comissões, organização de serviços auxiliares etc.) e a valoração das votações.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas vezes, já não se pronunciou a respeito de questionamentos relacionados a atos do Poder Legislativo sob o argumento de que não lhe cabe julgar atos exclusivamente *interna corporis*. A abrangência do conceito, contudo, na Suprema Corte, tem variado bastante. Há um cuidado da Suprema Corte em cada caso analisado para evitar qualquer crise institucional.

A prudência, pois, não recomenda a criação de uma ação de controle abstrato de legalidade de atos administrativos normativos que possa alcançar aqueles emanados do Poder Legislativo a ser julgada por um tribunal hierarquicamente inferior ao STF.

6.4.1.6. Não cabimento da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos emanados de qualquer autoridade do Poder Executivo

Foi afirmado que atos administrativos de graus inferiores (terciários, quaternários) não devem ser objeto da ora proposta ação direta de ilegalidade, que deve ficar limitada à verificação da compatibilidade de atos administrativos normativos que visem regulamentar ou dar execução às leis (apenas atos secundários).

Muitas vezes, contudo, será difícil avaliar qual o grau de vinculação do ato administrativo normativo questionado (se está ou não atrelado a outro ato administrativo normativo ou se regulamenta diretamente (e, supostamente, contrariamente a lei), diante da infinidade de atos administrativos normativos, principalmente no âmbito do Poder Executivo.

Por exemplo, uma ordem de serviço expedida por um singelo setor de um órgão administrativo estadual pode pretender regulamentar lei federal diretamente (ato

administrativo normativo secundário), ante a inércia das autoridades superiores do Poder Executivo estadual em fazê-lo, ou pode, simplesmente, estar a observar os ditames de um decreto regulamentar ou uma portaria de um secretário estadual, ato administrativo normativo superior àquele primeiro (ordem de serviço) e que viola a lei.

Será muito difícil, nessa hipótese, o pronto conhecimento pelo STJ do nível em que se encontra o ato administrativo normativo questionado (secundário, terciário, quaternário etc), o que inviabilizará um juízo adequado de admissibilidade do pedido.

Diante dessa quase intransponível dificuldade prática, ao menos pelos atuais recursos de pesquisa existentes, melhor fixar o objeto da ADILE também de acordo com a autoridade que o expedir, reservando-a somente para questionar atos administrativos normativos emanados de autoridades superiores da Administração Pública.

Considerando os dados colhidos e tendo em vista as disposições contidas no art. 84, IV, *in fine*⁵⁶³, e no art. 87, parágrafo único, II⁵⁶⁴, ambos da Constituição Federal, de espelhamento necessário nas Constituições Estaduais, pode-se limitar, no âmbito do Poder Executivo, o objeto da proposta ação direta de ilegalidade aos atos administrativos normativos de execução expedidos pelos Chefes dos Poderes Executivos da União e dos Estados/Distrito Federal (Presidente da República e Governadores), pelos Ministros de Estado e pelos Secretários Estaduais/do Distrito Federal (exercem função equivalente a dos Ministros nos Estados-membros/Distrito Federal).

6.4.1.7. Não cabimento (por ora) da ação direta de ilegalidade para controle abstrato da legalidade de atos administrativos normativos emanados de outras autoridades

Apesar de existirem outros entes que editam atos administrativos normativos com potencial para gerar muitas demandas repetitivas por alegado descompasso dos seus regramentos com disposições de leis federais, como, por exemplo, agências reguladoras (ANEEL, ANVISA etc), outras autarquias responsáveis por regular setores específicos

⁵⁶³ Art. 84 (CF) Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

⁵⁶⁴ Art. 87 (CF). Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

com grande repercussão social (INSS, IBAMA, DETRANs em alguns Estados etc), Conselhos deliberativos (Conselho Nacional de Saúde, Conselho Monetário Nacional etc), compreende-se que, por ora, diante do caráter inovador da proposta de criação da ação direta de ilegalidade, é melhor, ao menos no início, agir *cum grano salis* e não alargar demasiadamente o seu objeto, pois não se sabe qual o impacto que a ADILE pode causar no sistema.

Se, implementada e a experiência for frutífera, nada impede que, no futuro, seja alargado o objeto da ADILE para permitir o questionamento também dos atos administrativos normativos secundários expedidos pelos entes mencionados.

6.4.2. Previsão constitucional dos legitimados para propositura da ação direta de ilegalidade

De acordo com a proposta da PEC nº 200/1995, a ação de ilegalidade poderia ser intentada pelos mesmos legitimados para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, exceto o Presidente da República.

A redação sugerida na proposta é “curiosa”. Afirma que podem propor a ação de ilegalidade todas as pessoas indicadas no art. 103, I a IX, da Constituição Federal, com exceção do Presidente a República. Ocorre que, primeiro, os incisos do art. 103 da CF não arrolam apenas “pessoas”. “Mesa do Senado Federal” e “Mesa da Câmara dos Deputados”, por exemplo, não são pessoas naturais ou jurídicas. Segundo, não há sentido em incluir o inciso I do art. 103, que trata da legitimação do Presidente da República para a propositura da ADI, para, em seguida, excluí-lo do rol de legitimados para a ação direta de ilegalidade.

De toda sorte, entende-se que o rol dos legitimados para a ação direta de ilegalidade, com a manutenção da legitimação do Presidente da República e acréscimo do Defensor-Público Geral da União e dos Defensores-Públicos Gerais dos Estados/Distrito Federal bem atenderá a proposta que se faz.

A equiparação com os legitimados para a ADI é pertinente e traz lógica e coerência ao sistema constitucional de ações de controle abstrato. Os legitimados não universais, assim como na ADI e na ADC, deverão demonstrar a pertinência temática da pretensão.

Não há razão para excluir a legitimidade do Presidente da República. Ainda que não faça sentido que ele ajuíze uma ADILE para questionar a legalidade de um decreto

presidencial ou uma portaria ministerial, pois pode revogar ambos, justa a sua legitimidade para impugnar atos administrativos normativos estaduais que estejam em descompasso com leis federais.

A inclusão do Defensor-Público Geral da União e dos Defensores-Públicos Gerais dos Estados/Distrito Federal no rol dos legitimados se justifica porque diversos atos administrativos normativos que, aparentemente, violem a lei, podem atingir pessoas hipossuficientes financeiramente, como a imposição de obrigações tributárias indevidas, sanções administrativas incabíveis ou que extrapolem os limites legais etc. Ressalte-se que o Defensor-Público Geral da União já figura no rol dos legitimados para a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, nos termos da norma inserta no art. 3º, VI, da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Quanto aos Defensores-Públicos Gerais dos Estados/Distrito Federal, haverá também necessidade de demonstrar a pertinência temática de suas atuações para o ajuizamento da ação direta ora proposta.

A indicação do rol dos legitimados para a ADILE deverá ser feita com a inclusão de um parágrafo 4º no art. 105 da Constituição Federal. Não é possível seguir, nesse ponto, a sugestão feita na PEC nº 200/1995 (inclusão de um parágrafo 1º), pois, após a sua propositura, houve acréscimos de parágrafos no referido dispositivo constitucional pelas Emendas Constitucionais nºs 45/2004 e 125/2022.

6.4.3. Desnecessidade de previsão constitucional de atuação do Ministério Público na ação direta de ilegalidade

Apesar da lei da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, bem com a lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental determinarem a oitiva do Procurador-Geral da República nas referidas ações de controle abstrato (Lei nº 9.868/1999, arts. 8º; 10, § 1º; 12; 12-E, § 3º; 12-F, § 2º; e, 19; e, Lei nº 9.882/1999, arts. 5º, § 2º; e, 7º, parágrafo único), o que é de todo correto ante o interesse público em jogo nessas causas, não se vê necessidade de disposição constitucional prever, como foi sugerido na PEC nº 200/1995, que o “representante do Ministério Público deverá ser previamente ouvido na ação de ilegalidade”.

Esse texto, inclusive, pode gerar dúvida quanto ao momento de atuação do representante do Ministério Público: previamente à propositura da ação direta de ilegalidade, ou previamente ao seu julgamento?

Melhor relegar, como fizeram os diplomas mencionados, a questão para regulamentação na lei.

6.4.4. Previsão constitucional de requisito específico para a ação direta de ilegalidade: demonstração do potencial para gerar demandas repetitivas

A concepção da ação direta de ilegalidade ora apresentada não é só de, em sede de controle abstrato, expurgar do sistema atos administrativos normativos que violem preceitos legais. Idealiza-se que a ADILE seja também mais um instrumento para evitar ou minimizar demandas repetitivas contra o Poder Público, na medida em que resolva, de forma direta e célere, se determinada norma secundária conforma-se ou não com a lei federal.

Assim, não pode ser admitida essa ação direta para questionar atos administrativos normativos aparentemente contrários à lei federal, mas que afetam um número reduzido de pessoas. Para isso, bastam os interessados valerem-se das vias tradicionais para reivindicar seus direitos.

Nessa linha, entende-se que, ao contrário da ação direta de inconstitucionalidade, o cabimento da ação direta de ilegalidade deve ficar condicionado à demonstração, pelo legitimado à sua propositura, da potencialidade do ato administrativo normativo questionado gerar demandas repetitivas.

Assim, pensa-se, deve, para a criação da ADILE, ser também incluído um parágrafo 5º no art. 105 da Constituição Federal com essa específica previsão. Importante que a disposição não seja relegada à disciplina da lei regulamentadora, para evitar que a ação direta proposta nasça desvirtuada de uma de suas finalidades essenciais.

Quanto à redação, pode ser inspirada na norma inserta no art. 976 do Código de Processo Civil⁵⁶⁵, que trata do cabimento de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, observado que a ADILE também visa evitar o ajuizamento dessas causas, mediante a definição prévia, da legalidade (ou não) do ato administrativo normativo impugnado.

⁵⁶⁵ Art. 976 (CPC). É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

6.4.5. Previsão constitucional de efeitos erga omnes e vinculantes, com exceções.

De nada adiantaria a criação da ADILE se os efeitos da decisão nela proferida pelo STJ não sejam *erga omnes* e vinculantes.

Assim, deve ainda ser incluído um parágrafo 6º no art. 105 da Constituição Federal para contemplar disposição nesse sentido.

No entanto, ante a posição hierárquica do Superior Tribunal de Justiça na pirâmide da organização do Poder Judiciário brasileiro e a possibilidade da decisão proferida em sede de ADILE ser objeto de recurso extraordinário, os efeitos mencionados não devem atingir o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os demais Tribunais Superiores.

Importante, na esteira do que faz o STF em relação à ADI, constar que não só as decisões definitivas, como também as cautelares proferidas na ADILE sejam dotadas do duplo efeito mencionado (limitado).

E, ante o efeito vinculante, ainda que limitado, e na linha do defendido anteriormente⁵⁶⁶, necessário que a lei regulamentadora da ação direta de ilegalidade preveja que os fundamentos determinantes da decisão proferida (*ratio decidendi*) sejam expostos e publicados em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

6.4.6. Redação final sugerida para o art. 105 da Constituição Federal

Observado que a ação direta de ilegalidade ora idealizada não se consubstancia em uma espécie de controle concentrado de legalidade, uma vez que, da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, caberá a interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

É inegável, contudo, que a ADILE pretende concentrar julgamento de norma *in abstracto* diretamente na Corte Superior responsável pela interpretação da lei federal (STJ), mediante uma ação análoga à ADI, mas que visa questionar a ilegalidade de atos administrativos normativos secundários emanados do Chefes do Poder Executivo da União ou dos Estados/Distrito Federal, ou de Ministros de Estado e Secretários Estaduais que tenham o potencial de gerar demandas repetitivas;

⁵⁶⁶ Vide item 6.2.

O quadro a seguir apresenta a proposta de redação final para o art. 105 da Constituição Federal, com as modificações sugeridas para introdução da ação direta de ilegalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Art. 105 (CF) Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

j) a ação direta de ilegalidade de atos administrativos normativos federais ou estaduais que visem regulamentar ou dar fiel execução diretamente a leis federais, expedidos pelo Presidente da República, Governadores de Estado ou do Distrito Federal, Ministros de Estado ou Secretários Estaduais ou do Distrito Federal.

[...]

§ 4º Podem propor a ação direta de ilegalidade prevista no inciso I, alínea “j”, os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), bem como o Defensor-Público Geral da União e os Defensores-Públicos Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

§ 5º A ação direta de ilegalidade é cabível quando demonstrada, simultaneamente:

I - a efetiva ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre o ato administrativo normativo questionado;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 6º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, nas ações diretas de ilegalidade 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.

§ 7º Não se aplica o disposto no parágrafo 6º em relação ao Supremo Tribunal Federal, ao Conselho Nacional de Justiça, e aos Tribunais Superiores.

7 – CONCLUSÕES

Após longa análise do controle de constitucionalidade dos atos da Administração Pública em cotejo com a melhor doutrina e observadas diversos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, pode-se chegar às seguintes conclusões:

I - Este trabalho partiu da premissa inicial de que o controle concentrado de constitucionalidade não é somente aquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de controle de constitucionalidade. Também há possibilidade de controle concentrado, ainda que incidental, em sede de outras ações originárias de competência da Corte Suprema brasileira. Controle concentrado não se confunde com controle principal ou abstrato, assim como controle difuso não se confunde com incidental ou concreto.

II – O parâmetro de controle da constitucionalidade dos atos da Administração Pública, como o das leis, no Brasil, é o “bloco de constitucionalidade” formado pelas normas constantes: a) no corpo da Constituição Federal de 1988, tanto as originárias, ainda vigentes, quanto as alteradas ou incluídas por força de emendas constitucionais; b) nos textos dessas emendas constitucionais que não foram incorporados na Carta Política; e, c) desde 30 de dezembro de 2004, em razão da modificação promovida pela Emenda Constitucional nº 45, nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, pois equivalerão às emendas constitucionais (CF, art. 5º, § 3º). A Corte Constitucional brasileira não pode, por interpretação, alargar esse “bloco”.

III – Não há controle de constitucionalidade de normas originárias da Constituição no direito brasileiro.

IV - A Lei Maior brasileira admite a modificação de seu próprio texto ou a adição de normas de envergadura constitucional por meio de emendas, observadas as “cláusulas de entrincheiramento” constantes das normas insertas no art. 60 da Carta Política, mediante processo de aprovação política mais custoso; b) reconhece-se, de outra banda, a possibilidade de controle judicial da constitucionalidade desses atos normativos de reforma constitucional; c) na hipótese de reconhecimento judicial da inconstitucionalidade de emenda constitucional, poderá ser declarado também o mesmo vício em relação aos atos legislativos (leis) editados com suporte nas normas constitucionais alteradas ou acrescidas pela reforma e que lhes serviam de suporte, pois tidas por inconstitucionais, desde que haja pedido expresso nesse sentido, ante o princípio

da congruência e a impossibilidade de empregar a técnica da inconstitucionalidade por arrastamento, pois esses atos legislativos são independentes em relação às normas constitucionais expurgadas.

V - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, objeto de aprovação por decreto legislativo e posterior promulgação por decreto presidencial, incorporam-se ao ordenamento jurídico brasileiro com a mesma envergadura das emendas constitucionais, passando a integrar o bloco de constitucionalidade. Suas disposições não poderão ser suprimidas, posteriormente, por emendas constitucionais, por se tornarem cláusulas pétreas. Admite-se, porém, o controle de constitucionalidade das disposições dos tratados, dirigido aos atos normativos internos legislativo e administrativo que as incluírem no ordenamento jurídico brasileiro.

VI – O conceito de atos da Administração Pública é mais amplo que de atos administrativos. Todos os atos realizados na função administrativa são atos da Administração Pública, inclusive os materiais e os privados. Atos administrativos são aqueles realizados pela Administração Pública enquanto Poder Público.

VII - Atos administrativos normativos são os atos expedidos pelo Poder Público no exercício de sua função administrativa para vigorar continuamente e que atingem uma categoria de sujeitos indeterminados que se encontrem em uma mesma situação abstrata, sem criar-lhes situação jurídica particular. Esse conceito: a) não restringe os atos administrativos normativos àqueles expedidos somente pelo Poder Executivo, observado que os Poderes Legislativo e Judiciário também exercem, de forma atípica, a função administrativa; b) permite englobar, na mesma definição, não somente os atos administrativos de execução de lei, mas também, os autônomos e independentes, presentes na atual ordem constitucional brasileira; c) atrela, na mesma classificação os atos administrativos que, quanto ao destinatário, são gerais, ou seja, aplicáveis a um número indeterminado de sujeitos, e, ao mesmo tempo, quanto à estrutura, são abstratos, ou seja, não aplicáveis a situações particulares; e, d) afasta, conseqüentemente, de sua incidência, os atos gerais, mas que geram efeitos únicos e concretos e aqueles que são apenas formalmente denominados de normativos, mas que, na verdade, regulam situações concretas e específicas.

VIII - A classificação dos atos administrativos não normativos se dá por exclusão, mas deve ser observada a necessidade, contudo, de serem expedidos pelo Poder Público no exercício da função administrativa (caso contrário, serão atos legislativos ou

jurisdicionais, se emanados do Poder Público, ou de Direito Privado, se realizados por terceiros).

IX - Atos da Administração Pública são realizados no âmbito dos três Poderes. De todos eles podem emanar atos administrativos normativos, que não se confundem com as espécies normativas legislativas.

X – É possível o controle judicial do ato político no que toca ao seu revestimento jurídico-administrativo-constitucional, ante a possibilidade de violação de direitos individuais e coletivos. Incabível, contudo, o controle do aspecto puramente político desse ato, porque realizado com ampla discricionariedade no âmbito de atividade de gestão superior outorgada pela Constituição Federal aos Poderes da República.

XI - No ordenamento jurídico brasileiro, a validade de qualquer ato do Poder Público depende de sua conformidade com a Constituição, podendo-se, assim, falar-se não somente em inconstitucionalidade de leis, mas também em inconstitucionalidade de atos da Administração Pública em sentido amplo. Por outro lado, apesar dos ordenamentos jurídicos, em geral, reservarem processos especiais de controle direto de constitucionalidade a um órgão específico e somente para o confronto entre normas jurídicas, no Brasil, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade admitem o cotejo com o conteúdo da Lei Maior de leis e atos administrativos normativos, mas a arguição de descumprimento de preceito fundamental aceita a também a verificação da constitucionalidade de outros atos administrativos.

XII – Os atos administrativos normativos podem ser classificados em: a) Autônomos: derivam diretamente da Constituição e inovam no ordenamento jurídico, em campo de competência especificamente reservado a eles, sem possibilidade de ingerência legislativa; b) Independentes originários: também derivam diretamente da Constituição e inovam no ordenamento jurídico, pois visam dar aplicabilidade a normas constitucionais de eficácia plena ou contida, não podendo, contudo, invadir campo de competência reservado exclusivamente às leis que, contudo, se editadas passam a subordiná-los (convertendo-os em atos administrativos normativos de execução derivados); c) Independentes derivados: emergem da transmutação de atos normativos de execução originários que adquirem normatividade primária, originária, ou seja, diretamente ramificada da Constituição, em razão da sua permanência no ordenamento após a revogação do ato normativo superior que antes regulavam, por seu conteúdo também poder dar efetividade, suficientemente, aos preceitos constitucionais de eficácia plena ou contida e não contrariá-los; d) De execução originários: não derivam diretamente da

Constituição e não inovam no ordenamento jurídico. Surgem para explicitar e dar exequibilidade a outros atos normativos infraconstitucionais originários a que estão vinculados, e destinam-se a conferir a esses atos normativos superiores condições de aplicação; e, e) De execução derivados: despontam a partir da conversão de atos administrativos normativos independentes cuja matérias disciplinadas passaram a ser regradas por leis, às quais os atos independentes passaram então a estar vinculados.

XIII - No que tange à verificação de compatibilidade das mencionadas espécies de atos administrativos normativos com os mandamentos constitucionais podem ser estabelecidas as seguintes premissas: a) Como os atos administrativos normativos autônomos atuam em um campo de competência e encontram seu fundamento de validade diretamente no texto constitucional, eventual desconformidade deles com os ditames da Lei Maior importará sempre em inconstitucionalidade; b) Não há falar em “ilegalidade”, pois, no âmbito de atos administrativos autônomos, uma vez que entre seus regramentos e os preceitos constitucionais não há qualquer outro ato normativo infraconstitucional; c) Atos administrativos normativos independentes (originários ou derivados) serão inconstitucionais caso apresentem descompasso com a Constituição enquanto a matéria por eles tratada não for objeto de lei (no caso de atos administrativos normativos independentes originários, a primeira lei a abordar o assunto; na hipótese de ato administrativo normativo independente derivado, a nova lei a disciplinar o tema); e, d) Atos administrativos normativos de execução (originários ou derivados) serão ilegais caso apresentem descompasso com a Constituição e com a lei (ou outro ato normativo infraconstitucional superior) que regulamentam. Caso essa norma superior seja revogada ou declarada inconstitucional e nenhuma outra a substituí-la, há possibilidade do ato administrativo de execução, se admitido o campo regulatório da matéria, verter-se em ato administrativo normativo independente (derivado), se conformar-se com os ditames da Lei Maior.

XIV - Os regimentos internos dos tribunais são atos administrativos normativos autônomos. Complexo, contudo, estabelecer quais as zonas de atuação normativa dos regimentos internos e quais aquelas que estão sujeitas ao império da lei. De todo sorte, eventual descompasso dos regimentos internos com a ordem jurídica desafia controle de constitucionalidade.

XV – O poder regulamentar conferido pela Constituição Federal ao Conselho Nacional de Justiça e, de forma similar, ao Conselho Nacional do Ministério Público, reflete típica faculdade desses órgãos expedirem atos administrativos normativos

independentes. Esses Conselhos não têm poder, contudo, de editar atos administrativos normativos autônomos. Assim, enquanto leis específicas não normatizarem as áreas disciplinadas por resoluções do CNJ e do CNMP, esses diplomas normativos administrativos podem ser impugnados em sede de controle de constitucionalidade. Após o regramento por leis, as resoluções dos Conselhos verter-se-ão em atos administrativos normativos de execução.

XVI - A inconstitucionalidade material pode derivar de violação de normas programáticas, de princípios, de normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados, e, finalmente, de normas preceptivas.

XVII – Há inconstitucionalidade formal de um ato administrativo quando ele é produzido em desacordo com as regras constitucionais que disciplinam seu processo de criação. Essa inconstitucionalidade poderá se dar em razão de vícios (a) na revelação do ato (falta de titulação ou o uso de outra espécie administrativa ou a preterição de regras explícitas ou implícitas sobre os elementos dessa titulação), (b) no procedimento produtivo do ato (algum ato que integra uma das fases de formação de um ato final mostrar-se desconforme com as regras constitucionais de produção desse ato fim, enfermando-o de vício) ou (c) de excesso ou abuso de forma (ocorre quando um ato administrativo normativo cujo procedimento de elaboração é mais rígido ou solene, disciplina também matérias que deveriam integrar ato administrativo normativo mais simples, estranhas ao seu conteúdo e com intenção de desviá-lo, sem explicitamente assim identificá-las no corpo do texto).

XVIII – A inconstitucionalidade orgânica dos atos administrativos resulta da incompetência do órgão da Administração Pública para produzi-los, de acordo com as regras constitucionais postas. Pode ser: a) interna, se o ato administrativo é produzido por órgão no exercício de função administrativa com violação de regra de competência definida na Constituição, que a atribui a outro órgão do mesmo Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário) e da mesma esfera de atuação na estrutura da Federação (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal); ou, b) externa, se o ato administrativo é produzido por órgão no exercício de função administrativa com violação de regra de competência definida na Constituição, que a atribui a outro órgão de outro Poder (externa funcional) ou de outra esfera de atuação na estrutura da Federação (externa estrutural).

XIX – Há inconstitucionalidade finalística do ato administrativo discricionário se o motivo constitucional determinante para sua prática não se revelar existente ou se a

finalidade da sua realização não coadunar com o interesse público constitucionalmente protegido.

XX - Observado o critério da amplitude, é possível o reconhecimento de inconstitucionalidade total ou parcial do ato administrativo, normativo ou não normativo. A inconstitucionalidade do ato administrativo não normativo se consubstancia em diplomas que contenham disposições específicas para o caso concreto que regulam, como convênios, contratos e licenças e apenas algumas delas são reputadas inconstitucionais, sem que o todo fique comprometido.

XXI – As normas constantes no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e no art. 11 da Lei nº 9.882/1999, com inspiração no direito comparado, visaram facultar ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, permitindo que a Suprema Corte, ao declarar a incompatibilidade de lei ou ato normativo com a Lei Maior, tendo em conta motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, pelo voto da maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos retroativos da declaração ou estabelecer apenas efeitos prospectivos, a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, passou a aplicar a modulação de efeitos tratada também nas ações de controle incidental/concreto de constitucionalidade.

XXII – As pesquisas de julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado, principal ou incidental, de constitucionalidade levaram à apresentação de quatro propostas para aprimoramento do sistema.

XXIII - Primeira proposta: Necessidade de disciplina normativa para aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes nas decisões proferidas em sede de ações diretas de controle de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF).

XXIV - Segunda proposta: Necessidade de explicitação dos fundamentos determinantes nas decisões proferidas em ações de controle direto de constitucionalidade.

XXV – Terceira proposta: Possibilidade de releitura branda da norma constante no art. 52, X, da Constituição Federal – Possibilidade do próprio STF suspender a execução de atos administrativos normativos declarados inconstitucionais em controle incidental.

XXVI – Quarta proposta: Necessidade de criação da ação direta de ilegalidade de atos administrativos normativos federais ou estaduais que visem regulamentar ou dar fiel execução diretamente a leis federais, expedidos pelo Presidente da República,

Governadores de Estado ou do Distrito Federal, Ministros de Estado ou Secretários Estaduais ou do Distrito Federal. Os legitimados para a ADILE devem ser os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), bem como o Defensor-Público Geral da União e os Defensores-Públicos Gerais dos Estados e do Distrito Federal. A ação direta de ilegalidade deve ser cabível quando demonstrada, simultaneamente: a) a efetiva ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre o ato administrativo normativo questionado; e, b) o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. E, por fim, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, nas ações diretas de ilegalidade 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, exceto ao Supremo Tribunal Federal, ao Conselho Nacional de Justiça, e aos Tribunais Superiores.

Espera-se que o estudo realizado e as propostas apresentadas contribuam para o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, o aprimoramento da Administração Pública, a segurança jurídica, a uniformização das decisões judiciais, a celeridade e economia processuais e a boa realização da Justiça.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOWICZ, Michael. Defining dicta. *Stanford Law Review* 56/953-966. Stanford: Stanford Law School, 2005.
- ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München: Karl Alber, 2011.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad./Org. Luís Afonso Heck. 4a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 4a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- ALVES, Alaôr Caffé. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do estado brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 15/1999, p. 184 – 206, Jul – Set, 1999.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle De Constitucionalidade - Evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. *Revista dos Tribunais*, vol. 920/2012, p. 133 - 149 , Jun/2012
- ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassung des deutschen Reichs*. 2. ed. Berlim, 1930.
- ARENDET, Hannah. *Da violência*. São Paulo: Ática, 1988.
- ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- ATIENZA, C.A. *Documentação jurídica: introdução à análise e indexação de atos legais*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1979.
- ATIENZA, C.A. *Técnicas de indexação de pronunciamentos judiciais*. São Paulo: [s.n.], 1981. (Mimeogr.).
- AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. Comentário ao artigo 49, V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1030
- AZZARITI, Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milão: Dott. A. Gufrfrè Editore, 1951.
- BACHOF, Otto. Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik. In: *Summum ius summa injuria*. Tübingen: Mohr, 1963, pp. 41 a 57. BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.
- BAHOUGNE, Louis; CAILLOSSE, Jacques; CHÉROT, Jean-Yves; CLUZEL-MÉTAYER, Lucie; CANANEA, Giacinto della; GAUDEMET, Yves; GUYOMAR,

HOEPFFNER, Mattias; HOEPFFNER, Hélène; LOUIS, Jean-Jacques; MALHIÈRE, Fanny; PLESSIX, Benoît; PONSARD, Régis; VANIER, Léo; ZARADNY, Aude. *Les méthodes em droit administratif*. Paris: Dalloz, 2018.

BARANGER, Denis. Comprendre le ‘bloc de constitutionnalité’. *Jus Politicum*, nº 21, Jul. 2018. Disponível em <https://archive.wikiwix.com/cache/index2.php?url=http%3A%2F%2Fjuspolicum.com%2Farticle%2FComprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-1237.html%23_ftn7#federation=archive.wikiwix.com>. Acesso em 18/08/2022.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, vol. 6, p. 65-78, abr.-jun, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BERRI, Carolina Heloisa Guchel. *As supremas cortes do Brasil e dos Estados Unidos da América: seus sistemas comparados de prestação jurisdicional e a problemática dos precedentes*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021 (EPUB).

BERTI, Flávio de Azambuja. *Curso de direito financeiro e orçamentário*. Ebook. São Paulo: Editora Dialética, 2021.

BERTI, Giorgio. *Interpretazione Costituzionale: lezioni di diritto pubblico*. 4ª ed. Verona: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Série "Arquivos do Ministério da Justiça". Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BLOOM, Lackland H., Jr. *Methods of interpretation: how the Supreme Court reads the constitution*. New York: Oxford University, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra Política, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio De Cicco e Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Polis. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

BOSSLER, Fábio Luís. *Os limites constitucionais de atuação do Conselho Nacional de Justiça*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo. 2015. 394 folhas.

BRASIL, Claudio Pacheco. *Tratado das constituições brasileiras*. Vol. VII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

BULOS. Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUZUID, Alfredo. *Da ação de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Processo legislativo, técnica legislativa e legística*. In: Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo. São Paulo: CEJUR, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 786, abr. 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

CARDOSO, Antonio Pessoa. *A LOMAN interpretada pelos juízes*. COAD. Advocacia Dinâmica. Nº 52, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CASSEB, Paulo Adib. *Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. Vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. Vol. II. Rio de Janeiro: Konfino, 1948.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 8ª ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law*. Tradução de Maria Cristina Zucchi. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998.

CONTI, José Mauricio. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*. São Paulo : APET: MP Editora, 2006.

CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A autoridade moral da constituição: da fundamentação da validade do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Droit administratif comparé*. São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Teoria do Ato Político*. Revista dos Tribunais, janeiro 1988, vol. 627, p. 8.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford University Press, 1991.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 333.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Princípios Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- CYRINO, André Rodrigues. O regulamento autônomo e a EC 32/01: uma reserva de administração. *Revista de Direito*, v.8, n. 13, Jan./dez. 2004, Rio de Janeiro, pp. 109-159.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2000. p. 463.
- DAVIS, John F.; REYNOLDS, William L. Juridical cripples: plurality opinions in the Supreme Court. *Duke Law Journal*, 1974. p. 62
- DENIZEAU-LAHAYE, Charlotte. La genèse du bloc de constitutionnalité. *Titre VII*, nº 8, Abr. 2022. Disponível em <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-genese-du-bloc-de-constitutionnalite>>. Acesso em 17/08/2022.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Forense, 2017.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira*. Tese doutorado. USP, 2009, 284p.
- DUVERGER, Maurice. *Droit Coristitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, 1958.
- DUVERGER, Maurice. *Le système politique français*. 18ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1985.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* Revista trimestral de direito público. Vol. 9, 1995.
- FERRAZ, Sérgio. Regulamento. In: _____. *3 estudos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A autonomia do poder regulamentar na Constituição Francesa de 1958*. RDA, n. 84, p. 35. 1966.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo legislativo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. significação e alcance das "cláusulas pétreas". *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 13/1995, p. 5 - 10, Out - Dez / 1995.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discricionariedade: Poder ou Dever, in *Curso de Direito Administrativo*, coord. Por Celso Antônio Bandeira de Mello, RT, 1986.

FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao artigo 87, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1030

FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Atos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1980.

FROMONT, Michel. *Justice constitutionnelle comparée*. Paris: Dalloz, 2013.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o sistema de precedentes: a necessária compreensão da ratio decidendi, da tese e do dispositivo do precedente. *Revista de Processo*, vol. 325/2022, p. 379 – 407, mar, 2022

GALIO, Morgana Henicka. *Overruling: a superação do precedente*. 2016. 426 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

GARGIULO, Ugo. *I collegi amministrativi*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1962.

GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. Overruling and the instability of law. *Journal of Comparative Economics*, Elsevier, v, 35, Issue 2, p. 309–328, June 2007.

GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 32^a ed. Paris: LGDJ, 2018.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GONZALEZ, Manuel Martin. *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, Revista de Administración Pública, n. 54. Madrid : CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1967

GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case. Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1930

GÖZLER, Kemal. *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, 2 volumes, 774 pages (www.anayasa.gen.tr/these.htm).

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coords.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRAY, John Chipman. *The nature and sources of the law*. New York: The Columbia University Press, 1909.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUIMARÃES, Mário *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter; BELAUNDE, Domingo Garcia (Coords.). *El control del poder: homenaje a Diego Valadés*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

HABERMAS, Jürgen. "Hannah Arendt's Communications Concept of Power". In S. Lukes (ed.), *Power: Readings in Social and Political Theory*. New York: New York University Press, 1986.

HAMILTON, Alexander et al. *O Federalista*. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HANS SPANNER, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, Wien, Springer-Verlag, 1951.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HARIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.

HEIN, Michael. *The Constitutional Entrenchment Clauses Dataset*. Göttingen: University of Göttingen, 2018. Disponível em <<http://data.michaelhein.de>>. Acesso em 22/08/2021.

HENNEMANN, Alex. O Problema das Normas Parasitárias: Uma Análise Luso-Brasileira. *DIREITO PÚBLICO* Nº 18 – Out-Nov-Dez/2007

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLMES JR, Oliver Wendell. The Path of the LawSource: *Harvard Law Review* , Mar. 25, Vol. 10, No. 8, Mar. 25, 1897, pp. 457-478.

JERÓNIMO, Patrícia. Aprender o respeito pela diferença: o elogio da diversidade acadêmica na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Norte-Americano. In: *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Daniel Sarmento; Daniela Ikawa; Flavia Piosevan (editores) 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JESTAEDT, Matthias. *Die Verfassung hinter der Verfassung eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2ª ed. Tradução de Luís Recaséns Siches e Justino de Azcárate. Barcelona: Bosch, 1934.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. 3ª tiragem. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KIM, Richard Pae. O juiz com toga e o respeito à segurança jurídica. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (coords.). *Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. *Curso prático de direito e processo previdenciário*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

LAFER, Celso. *Internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica*. Madri. Civitas, 1985.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEÓN, José Maria Baño. *Los límites constitucionales de la potestade reglamentaria: (remision normativa y reglamento independiente em la Constitucion de 1978)*. Madrid: Civitas, 1991.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. in *Comentários à Constituição do Brasil*. J.J. Gomes Canotilho et al., 2. ed. São Paulo: Saraiva jur: Almedina, 2013

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1986).

LOEWENSTEIN. Karl. *Political power and the Governmental process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

LOEWENSTEIN. Karl. *Verfassungslehre*. Trad. Rüdiger Boerner. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito, Segurança jurídica e a questão da hierarquia da lei complementar. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* vol. 75/2007, p. 87 - 102 Jul – Ago, 2007

MALBERG, Raymond Carré de, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1922 (réimpression par CNRS, 1962) tome II, p.516, note 10.

MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação do precedente formado em recurso extraordinário. In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 2 (2016), nº 2. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), 2016, pp. 783 a 812.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marco Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 21-38.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

MARQUES, José Frederico. *Nove ensaios jurídicos*. São Paulo: Lex Editora, 1975.

MÁRQUEZ, Piedad García-Escudero. *Técnica legislativa y seguridad jurídica: hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?* Madrid: Civitas, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista*. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDAUAR, Odete. Ato de governo. *Revista de direito administrativo: RDA*, nº 191, p. 67-85, Jan./mar., 1993.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 12ª Ed. Atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo : Malheiros, 2016.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do estado federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, v. 1.

MENDES, Conrado Hubner. Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court. *Florida Journal of International Law*, v. 17. p. 449, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. A constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99. In: Rocha, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coords.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 305-331).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. (E-PUB) São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (Orgs.). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Edición al cuidado de Carlos Antonio Agurto Gonzáles, Sonia Lidia Quequejana Mamani y Benigno Choque Cuenca. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. t. 1.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t. 2.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. t. 1.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. vol II. 2ª ed. Revista. Coimbra Editora, Limitada, 1988.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral: introdução; pessoas físicas e jurídicas*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. t. 1.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. 9ª ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Constitucionalismo social*. São Paulo: LTr, 2003. v. 1.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 38ª ed. Barueri: Atlas, 2022.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Alexandre de. Poder normativo primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: A gênese de um equívoco. Belo Horizonte: *Revista do Centro de Estudos e Aperfeiçoamentos Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, p. 15-16, 03 abr. 2006.
- MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa: AAFDL, 2009.
- MORAIS, Carlos Blanco de. Algumas reflexões sobre o valor jurídico de normas parasitárias presentes em leis reforçadas pelo procedimento. In: *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Lisboa, 2001.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional. Tomo I: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional. Tomo II: o contencioso constitucional português - entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. 4ª ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1958.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, José de Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Delegação e avocação administrativas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OÑATE, Flavio López de. *La certeza del derecho*. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires : EJE, 1953.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistema e efeitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015b.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PERROT, Roger. *Institutions Judiciaires*. 16a ed. Issy-les-Moulineaux: Lextenso, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. – 14ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLATÃO. *A República*. Trad. Enrico Corvisieri, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANCHORDAS, Sofia; KOUROUTAKIS Antonios. Snoozing Democracy: Sunset Clauses, De-Juridification, and Emergencies. In: *Minnesota Journal of Internal Law*, Vol. 25:1, 2016.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 1º vol. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1960.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 1º vol. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1960.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2º vol. São Paulo: Max Limonad, 1960.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

RODRIGUES, Ivan Maynard Santos. *Repristinação condicional: efeito típico das decisões provisória e definitivas na ação direta de inconstitucionalidade*. E-book. Brasil: Simplissimo, 2013.

ROZNAI, Yaniv Roznai. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tese de doutorado (A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy. London, February 2014, 363p.

SALAZAR, Alcino. *Poder Judiciário: bases para reorganização*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

SALMOND, Sir John. *Jurisprudence*. 7ª ed. London: Sweet & Maxwell, Limited, 1924.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3ª ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1994.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANCHES. Oswaldo M. *Dicionário de Orçamentos, Planejamentos e áreas afins*. Brasília: Prisma, 1997.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do século XXI*. 8ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Record. 2016.

SARLET, Ingo W; MARINONI, Luiz G. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. E-pub. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 5º ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 797 e 798

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo:

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado: três projetos de Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; JESUS, Damásio de. Responsabilidade penal e administrativa de prefeitos municipais – Decreto-lei nº 201/67 e lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92). *Boletim IBCCrim*, n. 54, maio 1997.

SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 2ª ed. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2004

SULLIVAN, Kathleen M. e GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law*. 15.^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEUBNER, Gunther. *Recht als Autopoietische System* (trad. franc. “Le droit, un système autopoïétique”), Paris, 1993.

TOMMASINI, Nicola; RICETTO, Pedro Arcain. 10. Os Fundamentos do Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais. In: CLÈVE, Clèmerson; SCHIER, Paulo; LORENZETTO, Bruno. *Jurisdição Constitucional em Perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TROY, Daniel E.; WOOD, Rebecca K. Federal Preemption at the Supreme Court. *Cato Supreme Court Review*, 2007-2008, pp. 257-284.

VALERI, Giuseppe. *Diritto cambiario italiano*. Milano: F. Vallardi, 1936.

VANNI, Icilio. *Il problema della filosofia del diritto nella filosofia, nella scienza e nella vita ai tempi nostri*. Verona: Donato Tedeschi e Figlio, 1896.

VEDEL, Georges, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, (réimpression, 1989).

WALLACE, Rebecca M. M. *International law: a student introduction*. London: Sweet & Maxwell, 1992.

WALSH, KEVIN C. *Partial unconstitutionality*. In: NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW [Vol. 85:738], 2010.

WALZER, Michael. *Interpretation and Social Criticism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2^a ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894.

WEBER, Max. *Três tipos de poder e outros escritos*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Tribuna da História, 2005.

YEAMAN, George Helm, *The Study of Government*. Little, Brown and co., 1871.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7^a ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.