

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O CONTROLE  
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

MANOELA TEIXEIRA LIMA DE OLIVEIRA

RIO DE JANEIRO

2008

Manoela Teixeira Lima de Oliveira

O Processo de Judicialização da Política e O Controle Concentrado de  
Constitucionalidade

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Enzo Bello

Rio de Janeiro

2008

Oliveira, Manoela Teixeira Lima.

A Judicialização da Política e o Controle Concentrado de Constitucionalidade / Manoela Teixeira Lima de Oliveira. – 2008.

72 f.

Orientador: Enzo Bello.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 70-72.

1. Controle de Constitucionalidade - Monografias. 2. Judicialização da Política. I. Bello, Enzo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. A Judicialização da Política e o Controle Concentrado de Constitucionalidade.

CDD 341.202

MANOELA TEIXEIRA LIMA DE OLIVEIRA

O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O CONTROLE  
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Professor Enzo Bello - Orientador

---

2º Examinador

---

3º Examinador

## RESUMO

OLIVEIRA, M. T. Do Processo de Judicialização da Política e do Controle Concentrado de Constitucionalidade. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia apresentará as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 ao ordenamento jurídico brasileiro que acabaram por proporcionar o fenômeno denominado de Judicialização da Política. A Judicialização da Política consiste em um processo de maior atuação do Poder Judiciário na vida política do país exercida principalmente, através do controle concentrado de constitucionalidade. Como se sabe, o controle concentrado de constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal que provocado, afere a compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e a Constituição, esta última a lei suprema de nosso ordenamento. Ao exercer o referido controle o Supremo tem atuado como verdadeiro Tribunal Constitucional e influenciado através de sua jurisprudência diretamente no exercício do poder político de tomada de decisões. O ponto central deste trabalho é justamente fazer uma análise do processo de Judicialização, ainda em andamento, bem como do novo papel que o Superior Tribunal Federal vem exercendo na vida política do país através de sua construção jurisprudencial especialmente ao julgar Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas pelos legitimados ativos previstos na Constituição.

Palavras-Chave: Judicialização; Processo Político; Controle Concentrado de Constitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade.

## **ABSTRACT**

OLIVEIRA, M. T. Do Processo de Judicialização da Política e do Controle Concentrado de Constitucionalidade. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The present monograph will introduce the innovations brought by the Federal Constitution of 1988 to the Brazilian juridical ordainment that propitiated the phenomenon named Activism of the Judiciary. The Activism of the Judiciary consists in a process in which the Judiciary increases his performance in the political life of the country specially through the Judicial Review. As it is known, the Judicial Review is exercised by the Supreme Court that being incited, confronts the compatibility between the ordinary legislation and the Constitution which is the supreme law of our juridical ordainment. By practicing the cited review the Supreme Court has been operating as a truthful Constitutionalist Court influencing the political exercise of taking decisions through its jurisprudence. The central subject of this work is to make an analysis of the process called Activism of the Judiciary, which is still in progress, as well as the new role that the Supreme Court has been exercising in the political life of the country through its jurisprudence specially by judging the Direct Action of Unconstitutionality brought before the Court by the active legitimized foreseen by the Constitution.

**KeyWords:** Activism; Political Process; Concentrate Control of Constitutionality; Direct Action of Unconstitutionality.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA</b> ..	12
<b>3 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	17
<b>3.1 Dos Tipos de Inconstitucionalidade</b> .....	22
<b>3.2 Das Modalidades de Controle de Constitucionalidade no Brasil</b> .....	23
<b>3.3 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade</b> .....	29
<b>3.3.1 Legitimação</b> .....	29
<b>3.3.2 Objeto</b> .....	31
<b>3.3.3 Procedimento</b> .....	33
<b>3.3.4 Decisão</b> .....	36
<b>3.4 Da Ação Declaratória de Constitucionalidade</b> .....	38
<b>3.4.1 Legitimidade para a propositura da Ação Declaratória</b> .....	40
<b>3.4.2 Objeto</b> .....	41
<b>3.4.3 Existência de Controvérsia Judicial Relevante</b> .....	41
<b>3.4.4 Procedimento</b> .....	42
<b>3.4.5 Da Medida Cautelar</b> .....	43
<b>3.4.6 Decisão</b> .....	43
<b>4 DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA ATRAVÉS DO CONTROLE CONCENTRADO</b> .....	44
<b>4.1 Uma análise acerca das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas entre 1988 e 2004</b> .....	50
<b>5 ANÁLISE ACERCA DE ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	58
<b>5.1 Fidelidade Partidária</b> .....	58

<b>5.2 Feto Anencéfalo .....</b>	<b>61</b>
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>68</b>

## **1 INTRODUÇÃO**

A Constituição é a lei fundamental e suprema de um país. É a Constituição que disciplina a estrutura do Estado, a divisão dos poderes desse Estado, a forma do governo, a distribuição de competência, bem como prevê direitos e garantias invioláveis assim como deveres dos cidadãos. A constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

A Constituição é o fundamento de validade da ordem jurídica de um Estado. É um documento que organiza o Estado, que surgiu para atender as necessidades da sociedade e que reflete a vontade do povo.

É a Lei suprema do Estado, pois, é nela que se encontra a própria estrutura e organização desse Estado, bem como as suas normas fundamentais caracterizando a sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Ao reconhecermos a supremacia da Constituição admitimos como verdadeiro o fato de que ela está numa posição hierarquicamente mais elevada dentro do sistema jurídico de um Estado. É essa Lei suprema o fundamento de validade de todas as demais normas do nosso sistema jurídico.

Assim, sendo a Constituição a Lei Maior de um Estado, sendo ela não só a base das demais normas do sistema jurídico, mas também, hierarquicamente superior a elas, estas devem ser elaboradas em consonância com a Constituição. Caso contrário, serão tidas por inválidas.

Em virtude dessa supremacia da Constituição, nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se com ela estiver em desconformidade.

A nossa atual Constituição Federal foi promulgada em 05 de outubro de 1988 logo, completa 20 anos de promulgação no presente ano de 2008. Tal acontecimento nos permite analisar de forma mais minuciosa algumas das mudanças decorrentes dessa Constituição.

No presente estudo, vamos nos ater às mudanças ocorridas na atuação do Judiciário na vida política do país, isto é, o fenômeno da Judicialização da Política ou o Ativismo Judiciário exercido principalmente através do Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil.

A conjuntura constitucional brasileira vive um momento de substancial importância no que tange a estrutura institucional dos poderes. A Constituição passou a habitar o ponto central do sistema jurídico, usufruindo de uma efetiva supremacia que não é apenas formal, mas também material. Tornou-se o parâmetro através do qual devem ser interpretadas todas as normas do direito infraconstitucional.

O objeto da Constituição se ampliou, hoje ela além de estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, ainda assegura os direitos e garantias dos indivíduos.

É importante observar que o sistema de controle de constitucionalidade teve um desenvolvimento muito grande na conjuntura jurídica moderna.

O controle judicial de constitucionalidade vem ganhando grande importância sendo que predomina no direito brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Está se configurando uma nova distribuição de funções entre os Poderes com a criação de um Tribunal que possui verdadeiro poder normativo através de decisões que possuem a força da definitividade.

A afirmação de que o Supremo tem nítido poder normativo traduz um fenômeno recente, especificamente após a Constituição de 1988, que vem ocorrendo no Judiciário brasileiro, a Judicialização da Política.

Trata-se de uma ampliação da participação do Judiciário brasileiro nas questões políticas do país, especialmente na defesa dos direitos sociais. Esse processo se deu principalmente em razão do exercício do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal que ao declarar uma lei ou ato normativo elaborado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, no exercício de sua função atípica de legislar, inconstitucional, reconhecendo sua invalidade e retirando sua eficácia passou a intervir mais na política do país exercendo claro poder normativo.

Deve-se ressaltar que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro sofreu grandes mudanças com a Constituição de 1988 que dentre outras coisas, ampliou o número de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, como também ampliou as espécies de controle inovando o referido sistema o que acabou por criar um ambiente favorável ao processo da judicialização.

O Judiciário ao intervir no processo político de tomada de decisões estaria violando o princípio constitucional da separação de poderes?

Partindo do estudo da atuação do Judiciário na tomada de decisões no que concerne aos direitos sociais, realizado por Roberto Gargarella<sup>1</sup>, este poder na verdade atua não substituindo, mas sim complementando os outros poderes em suas funções típicas, principalmente quando estes se omitem em suas funções.

Considerando que o Supremo é um Tribunal Constitucional não cabe a ele se omitir quando se deparar com manifesta violação à Constituição.

Estaria o Supremo atuando como verdadeiro legislador ao exercer o controle concentrado de constitucionalidade de uma lei?

Tomando como base a concepção de Gilmar Mendes ao estudar o controle concentrado de constitucionalidade, a Corte estaria exercendo nítido poder normativo.

Pode-se entender que o Tribunal ao alcançar uma construção jurisprudencial consolidada no que concerne a análise da constitucionalidade de leis e atos normativos está influenciando diretamente as decisões políticas do legislador que passa a pautar suas decisões nos precedentes da Corte.

Os objetivos gerais deste estudo são compreender o processo de judicialização da política no Brasil e a sua extensão através de uma análise do exercício do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente através da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade e demonstrar a real implementação dessa nova postura do Judiciário.

Os objetivos específicos, por sua vez, são identificar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indícios da pró-atividade do Tribunal no que concerne ao processo político de tomada de decisões no Brasil e discutir se as inovações trazidas pela atual Constituição ao controle concentrado de constitucionalidade contribuíram para o desenvolvimento do processo de judicialização.

---

<sup>1</sup> GARGARELLA, Roberto. **Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: 2008, p. 219.

A presente pesquisa estrutura-se a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do estudo de Luiz Werneck Vianna<sup>2</sup> acerca da “Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil”.

A Constituição Federal de 1988 criou uma conjuntura favorável ao processo de judicialização no Brasil ao prever em seu texto direitos fundamentais e sociais, assim como, mecanismos para a proteção desses direitos. Para isso, disponibilizou instrumentos mais eficazes ao poder Judiciário para exercer essa função de guardião da Constituição.

Percebe-se pela análise dos precedentes do Supremo, principalmente acerca dos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que houve um aumento substancial na procura pelo Tribunal pelas minorias parlamentares numa tentativa de participarem das decisões políticas.

Finalmente, como marco teórico dessa pesquisa é possível buscar, nos estudos de Antonio Moreira Maués e Alexandre Pinho Fadel<sup>3</sup>, importantes elementos a partir de uma análise crítica da postura do Supremo quanto ao reduzido número de decisões de mérito no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Para os autores haveria um baixo desenvolvimento da jurisprudência do Supremo, contudo, o simples deferimento de uma liminar já é suficiente para influenciar o legislador, não deixando de constituir um precedente.

Em síntese, a análise da nova postura de atuação do Poder Judiciário e as modificações que essa nova postura provoca nos demais poderes, nos moldes propostos nesse trabalho, insere-se em um contexto teórico que procura incorporar essa nova disposição do Judiciário ao estudo do Direito Constitucional moderno.

A pesquisa insere-se em perspectiva interdisciplinar, visto que, a nova conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro é a de constitucionalização de todos os campos do direito, inclusive o direito privado.

Assim, o tema constitui elemento comum à todas as áreas do direito, todavia, o presente trabalho destina um maior enfoque ao direito público.

---

<sup>2</sup> VIANNA, Luiz Werneck (e outros). **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, 1999.

<sup>3</sup> MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. **Circuitos Interrompidos: as ADins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999 -2004)**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: 2007, p. 72.

Para a elaboração do presente trabalho pretende-se primeiramente, aprofundar as leituras bibliográficas, documentais e de legislação, comparando os dados bibliográficos, organizando os temas de estudo e realizando discussões com o orientador.

## 2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A Constituição Federal de 1988 vem suceder a Constituição de 1967 que representava os ideais e princípios da Revolução de 1964. Tratava-se de um documento menor e submisso aos atos institucionais e aos desmandos da ditadura.

A atual Constituição, por sua vez, é um texto moderno que trouxe diversas inovações para o constitucionalismo brasileiro. Trata-se de uma Constituição democrática, chamada por alguns de Constituição Cidadã, visto que, teve ampla participação popular em sua elaboração e porque seu conteúdo busca o pleno exercício da cidadania e tem na dignidade da pessoa humana o seu referente principal.

A Constituição de 88 tornou-se um marco em nosso país na medida em que reflete a reconquista de direitos fundamentais, principalmente os de cidadania e os individuais<sup>4</sup>.

Trata-se de uma Constituição democrática que constitucionalizou importantes garantias como o mandado de segurança coletivo e a Ação Civil Pública. Além disso, a atual Constituição nos apresentou à idéia da Função Social, constitucionalizando o próprio Direito Civil, ramo do Direito notoriamente privado.

Assim, a referida Constituição humanizou as relações prevendo que mesmo nas relações privadas como na celebração de um contrato, essa relação jurídica ali formada pode atingir outras pessoas e, portanto, também o ramo do Direito supostamente privado deve observar as normas constitucionais, os princípios e valores nestas previstos como a Função Social.

Uma das mudanças trazidas pela Carta de 1988 foi que a Constituição passou a ser o centro do sistema jurídico, usufruindo de uma supremacia efetiva, isto é, não somente formal, mas também real, material. Passou a ser a base de interpretação para todas as demais normas infraconstitucionais<sup>5</sup>.

Com a Constituição de 1988, segundo Luís Roberto Barroso:

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. Rio de Janeiro: 2002, p. 42/43.

<sup>5</sup> Idem. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: 2008, p. XX.

O Direito Constitucional passou a ser um Direito baseado na busca por justiça material, nos direitos fundamentais, na tolerância e na percepção do próximo, do outro, tanto o igual como o diferente<sup>6</sup>.

Em decorrência da nova ordem constitucional pós Ditadura Militar, o Controle de Constitucionalidade passa a ser um tema muito interessante, na medida em que a Constituição passa a ser a Lei Maior não mais porque assim nos foi dito, mas sim porque ela efetivamente é um instrumento a favor da sociedade.

Torna-se realmente imprescindível que a Constituição seja efetivamente aplicada e que ela seja utilizada como base para a elaboração de leis infraconstitucionais, visto que, nela estão previstos direitos fundamentais de nosso interesse. Passa a haver, dessa forma, um real interesse no seu cumprimento.

Em conseqüência da promulgação da atual Constituição Federal o constitucionalismo brasileiro ganhou maior notoriedade, saindo do segundo plano para ocupar um papel importante não só no campo Jurídico, mas também na política de nosso país.

Mas o que seria a Judicialização da política? De acordo com Antonio Moreira Maués e Alexandre Pinho Fadel:

Trata-se da participação do Judiciário no processo de tomada de decisões políticas nas democracias contemporâneas, decorrente do aumento de seu poder de fiscalização sobre as decisões do Executivo e do Legislativo<sup>7</sup>.

Consiste, portanto, numa maior participação do Judiciário na vida social e política com o intuito de garantir a observância das normas estatais.

No nosso sistema jurídico vige o princípio da separação dos poderes. Esse princípio foi amplamente defendido na Revolução Francesa, visto que, permite um maior controle do exercício dos poderes.

Ele traduz a idéia de que a Constituição organiza o poder Executivo, Legislativo e Judiciário estabelecendo suas funções. Suas atividades não se confundem, isto é, são

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: 2008, p. XX.

<sup>7</sup> MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. **Circuitos Interrompidos: as ADIns dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999 -2004)**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: 2007, p. 57.

exclusivas de cada poder salvo se a exceção estiver expressamente prevista na Constituição como a possibilidade do Executivo legislar através das Leis Delegadas e Medidas Provisórias.

Inicialmente a separação de poderes objetivou enfraquecer o Estado, reduzindo sua atuação. Posteriormente, com o clamor da sociedade por um Estado mais atuante, intervindo na vida social, a separação de poderes passou a vislumbrar um maior controle dos poderes.

Assim surgiu o Sistema de Freios e Contra-Pesos que se caracteriza pela possibilidade de se manter o equilíbrio na separação de poderes através da fiscalização de um poder pelo outro. Desta forma, caso algum dos poderes ultrapasse seu limite de atuação o Poder Judiciário o obriga a permanecer dentro de sua esfera de atribuição e vice-versa.

O sistema do controle de constitucionalidade é um meio através do qual o Poder Judiciário exerce esse mecanismo uma vez que, ao declarar uma lei inconstitucional está na verdade fiscalizando o Poder Legislativo.

E é principalmente, através do sistema de Controle de Constitucionalidade que o Poder Judiciário tem exercido uma maior participação na vida política do país quase que de forma a legislar especialmente em matérias de direitos sociais.

O surgimento de um Estado Social requer uma maior regulação da vida social pelo Direito. A partir do momento em que temos uma Constituição que prevê direitos fundamentais, garantias constitucionais, direitos sociais torna-se necessária uma atuação mais ampla do Judiciário no sentido de garantir a observância dessas normas.

Consiste, portanto, em um dever do Estado garantir a efetiva aplicação das normas constitucionais não mais as deixando submetidas à auto-regulação como ocorria no Estado Liberal.

A Constituição estabelece limites formais e materiais ao exercício do Poder Legislativo e cabe ao Judiciário proteger a Constituição e ele o faz especialmente através do Controle de Constitucionalidade revendo decisões coletivas vinculantes, tornando-se o árbitro de conflitos entre maioria e minorias políticas ou entre governo e sociedade<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. **Circuitos Interrompidos: as ADins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999 -2004)**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: 2007, p. 58.

Além disso, cabe ao Judiciário rever atos da Administração Pública, visto que, todo ato estatal deve estar submetido a algum controle. Não importa aqui, se o ato é vinculado ou discricionário, havendo abuso de poder, desvio de finalidade ou violação a algum preceito constitucional no exercício do ato pela Administração cabe ao Judiciário invalidar o ato.

O marco do início da judicialização da política no Brasil é a Constituição de 1988, visto que, no período da Ditadura houve uma limitação do envolvimento do Judiciário na esfera política enquanto que a Constituição Federal de 1988 devolveu e ampliou as garantias do Poder Judiciário. Além disso, reconheceu constitucionalmente o Ministério Público como protetor dos direitos difusos e coletivos.

Inovou também trazendo novos institutos de proteção de direitos como o mandado de injunção, o habeas data e o mandado de segurança coletivo além de conceder aplicabilidade direta aos direitos fundamentais não mais deixando ao arbítrio do legislador ordinário a criação de leis para dar efetividade a esses direitos.

Ademais, ampliou a legitimidade ativa do controle de constitucionalidade concentrado, bem como introduziu novos institutos ao sistema do controle de constitucionalidade ao criar a inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

As referidas inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 acabaram por ocasionar um aumento substancial das demandas judiciais no país permitindo uma maior participação dos tribunais na vida da sociedade brasileira.

A sociedade passou a enxergar no Judiciário um protetor dos direitos sociais não observados até mesmo pelo próprio Estado.

Na medida em que o Judiciário passa a atuar de forma mais efetiva na vida da sociedade brasileira seja fiscalizando os outros poderes, seja garantindo a aplicação da Constituição ou mesmo protegendo os direitos fundamentais e sociais ao proferir decisões em casos concretos, surge a idéia do Estado Constitucional.

Quando o Judiciário exerce um controle judicial sobre os atos do poder público, esse controle é de suma importância quando exercido sobre os atos do Legislativo. O Judiciário exerce esse controle de duas formas, quando ele interpreta e aplica as leis emanadas do poder Legislativo ao proferir suas decisões nos casos concretos aplicando as leis que entende serem legítimas e aplicáveis ao caso orientando seu sentido e alcance à realização dos fins

constitucionais. De outro lado o Estado é competente, através do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, para invalidar leis que sejam contrárias à Constituição, sendo que no caso do controle concentrado essa decisão tem efeito *erga omnes*.

Após a promulgação da Constituição da República de 1988 houve um crescimento exponencial das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins). Essa ampliação da provocação do Supremo Tribunal Federal demonstra que a sociedade o enxerga como um mediador, a autoridade suprema para a solução de conflitos políticos no país.

A Judicialização da política tem como marco o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário, visto que, ao declarar que uma lei é incompatível com a Constituição, isto é, é inconstitucional, o Judiciário está interferindo no processo político.

Para Antonio Moreira Maués e Alexandre Pinho Fadel<sup>9</sup> o processo de judicialização da política pode ser dividido em dois momentos, no primeiro ocorre a “politização da justiça constitucional” em que o controle de constitucionalidade é utilizado com o objetivo de modificar os resultados do processo legislativo ou a interpretação da Constituição ficando o Supremo numa posição de mediador final dos conflitos políticos.

No segundo momento ocorre a “judicialização do processo legislativo” quando ao solucionar as demandas a justiça constitucional cria um entendimento a partir do qual se elaboram as normas que regem o exercício do poder legislativo. Essas normas então são executadas pelos legisladores.

Para os autores, a judicialização consiste num processo de interação da justiça constitucional com o Legislativo e o Executivo, no qual as decisões judiciais, particularmente aquelas proferidas pelo Supremo, criam parâmetros normativos que são tomados como base das deliberações dos demais poderes.

Resta claro, portanto, a importância do Sistema de Controle de Constitucionalidade para o processo de judicialização da política, uma vez que, ao atuar como mediador de conflitos políticos adequando as leis emanadas do poder legislativo aos princípios e normas constitucionais torna efetivo esse processo.

---

<sup>9</sup> MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. **Circuitos Interrompidos: as ADins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999 -2004)**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: 2007, p. 60.

### 3 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Esse sistema de controle de constitucionalidade surge a partir do momento que se reconhece a supremacia da Constituição. Ora, se a Constituição é a lei maior de um país, as normas constitucionais têm supremacia em relação às demais normas jurídicas. Desta forma, uma lei ordinária que viole a Constituição será declarada inconstitucional e perderá sua eficácia.

O reconhecimento de que uma norma jurídica viola um preceito constitucional e a conseqüente perda de sua eficácia consiste no controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.

Caso o referido controle não fosse exercido pelo Judiciário, a própria garantia constitucional da segurança jurídica estaria sendo violada, visto que, um sistema pressupõe ordem e unidade e o controle de constitucionalidade visa exatamente proteger, restaurar a unidade ameaçada reconhecendo a invalidade de uma norma inconstitucional e, por fim, retirar sua eficácia.

O Sistema de Controle de Constitucionalidade consiste numa verificação que o Judiciário faz acerca de leis e atos normativos para aferir se estes estão ou não de acordo com a Constituição Federal, considerada a Lei Maior do Estado.

O primeiro precedente de controle de constitucionalidade feito por uma Corte Constitucional, que deu a devida publicidade ao controle de constitucionalidade foi o famoso caso *Marbury v. Madison* na Suprema Corte Americana, todavia, havia precedentes identificáveis em períodos diversos da história, desde a Antiguidade<sup>10</sup>.

Nas eleições realizadas em 1800, nos Estados Unidos, o Presidente Jonh Adams, federalista, foi derrotado pela oposição republicana. Thomas Jefferson viria a ser o novo presidente. No final de seu governo Jonh Adams e o Congresso, que tinha maioria federalista, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder Judiciário.

Em fevereiro de 1801, aprovaram uma lei de reorganização do Judiciário Federal pela qual se reduzia o número de Ministros da Suprema Corte, para assim, impedir uma nova

---

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: 2008, p. 3/8.

nomeação pelo novo Presidente e criou dezesseis novos cargos de juiz federal, todos federalistas indicados por John Adams.

Dias depois, foi aprovada mais uma lei autorizando o presidente a nomear quarenta e dois juizes de paz, nomes estes confirmados pelo Senado na véspera da posse de Thomas Jefferson. John Adams assinou os atos de investidura dos novos juizes no último dia de seu governo, deixando como responsável de entregá-los aos nomeados seu Secretário de Estado John Marshall. Marshall, todavia, não teve tempo de concluir a tarefa em um dia, ficando alguns dos nomeados sem receber os atos de investidura.

Thomas Jefferson, então, tomou posse e determinou que seu Secretário de Estado, James Madison não entregasse os atos de investidura àqueles que ainda não os haviam recebido.

William Marbury, um dos juizes de paz nomeados e não empossados, então, propôs uma ação judicial para ver reconhecido seu direito ao cargo, com base em uma lei que atribuiu competência à Suprema Corte Americana para processar e julgar ações daquela natureza.

Entretanto, o Congresso agora de maioria americana revogou a lei de reorganização do Judiciário federal, extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo seus ocupantes.

A Corte finalmente se reuniu em 1803, sessão na qual afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que fossem inconstitucionais apesar da Constituição não lhe conferir de forma explícita essa competência. Marshall baseou sua argumentação na supremacia da Constituição, na necessidade do *judicial review* e na competência do Judiciário acerca da matéria.

No seu voto, Marshall demonstrou que Marbury tinha direito à investidura no cargo e, assim sendo, deveria ter um remédio jurídico para assegurá-lo. Tal remédio afirmou ser o *writ of mandamus* que consistia em uma ordem para a prática de determinado ato. Quanto à competência da Corte para julgá-lo afirmou que a Lei Judiciária ao criar uma hipótese de competência originária da Suprema Corte fora das que estavam previstas na Constituição, incorria em uma inconstitucionalidade concluindo que a Suprema Corte pode deixar de aplicar, por inválida uma lei inconstitucional<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: 2008, p. 3/8.

Marshal, portanto, afirmou a supremacia da Constituição sobre as demais leis, bem como reconheceu o poder/dever dos juízes de não aplicarem uma lei inconstitucional como forma de proteger a verdadeira vontade do povo.

Assim, os juízes deveriam invalidar todas as normas violadoras da Constituição para proteger os princípios tidos pelo povo como invioláveis.

Segundo Luís Roberto Barroso:

A referida decisão inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição de um Estado, da subordinação a ela de todos os Poderes Estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham<sup>12</sup>.

De fato, se a Constituição de um país é a sua Lei Maior, a sua aplicação deve ser garantida e, para tal, fiscalizada. É este o objetivo do controle de constitucionalidade, garantir que as leis ordinárias sejam elaboradas em conformidade com a Lei que tem supremacia em relação às demais, isto é, a Constituição.

O Controle de Constitucionalidade, portanto, consiste na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caso haja incompatibilidade será declarada a inconstitucionalidade da norma e, conseqüentemente, reconhecida a sua invalidade perdendo a norma, sua eficácia, uma vez que, aplicar uma norma inconstitucional significa deixar de aplicar a própria Constituição.

A existência do controle de constitucionalidade está atrelada à existência de dois elementos de uma Constituição, a supremacia e a rigidez constitucionais<sup>13</sup>. A supremacia já foi tratada, isto é, sendo a Constituição a Lei maior de um Estado todas as demais normas devem ser com ela compatíveis.

A rigidez constitucional, por sua vez, consiste no fato de que exatamente por ser hierarquicamente superior, servindo como paradigma de validade para as demais normas é que a Constituição deve ter um processo de elaboração mais complexo, mais rigoroso que o das normas infraconstitucionais.

O controle de constitucionalidade é uma das formas de exercício da jurisdição constitucional que consiste na aplicação da Constituição pelo Judiciário. Um de seus

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: 2008, p. 1/2.

<sup>13</sup> Ibid. p. 2.

fundamentos é a garantia dos direitos fundamentais, inovação trazida pela Constituição de 1988.

Segundo Luís Roberto Barroso “o pressuposto do controle de constitucionalidade é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas<sup>14</sup>.”

A declaração da inconstitucionalidade de uma norma reconhece a incompatibilidade desta norma com a Lei maior do Estado, isto é, sua Constituição. Essa declaração reconhece, portanto, um vício no plano da validade da norma.

O ato deve possuir alguns requisitos essenciais a sua validade e caso estes requisitos não estejam presentes o ato será inválido. A norma inconstitucional é inválida, pois desconsidera os requisitos impostos a ela pela Constituição.

Portanto, uma norma que viole norma hierarquicamente superior não pode ter sua validade reconhecida, se tratando de caso de vício no plano de validade da norma.

Uma vez reconhecido o vício no plano de validade de uma norma é preciso que os efeitos desta norma cessem. Seria demasiado inútil que fosse reconhecida a invalidade de uma norma tendo em vista sua inconstitucionalidade, mas nada fosse feito para eliminar seus efeitos.

Desta forma, sendo uma norma declarada inconstitucional pelo Judiciário ela deixa de ser aplicada, perdendo sua eficácia, seja em relação às partes do processo, no controle difuso, seja em relação a todas as pessoas indistintamente, como no controle concentrado no qual a declaração de inconstitucionalidade tem efeito *erga omnes*.

Assim, a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal passa a ser letra morta, não devendo mais ser aplicada apesar de não ser expressamente retirada de sua vigência.

O ato inválido como se sabe, dependendo da gravidade do vício pode sofrer duas sanções, a anulabilidade ou a nulidade. A nulidade por ser a sanção mais grave é aplicada no caso da lei inconstitucional, visto que, não há vício maior do que a violação à Constituição de um país.

---

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: 2008, p. 2.

Caso assim não fosse poderia haver a convalidação de um ato contrário à Constituição, situação que não pode ser concebida pelo Direito Constitucional. Além disso, a nulidade identifica o vício do ato na sua origem, isto é, o ato é nulo desde seu nascimento o que permite que a declaração de inconstitucionalidade possa ter efeitos retroativos. Desta forma, a lei declarada inconstitucional terá a inconstitucionalidade decretada desde sua entrada no mundo jurídico.

Desta afirmação é possível concluir que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei reconhece um vício no plano da validade desta lei, visto que, contrária à Constituição. A consequência é a retirada dessa norma do mundo jurídico para que pare de produzir efeitos. A sanção aplicada para uma norma inconstitucional é a nulidade que reconhece o vício da norma desde sua origem permitindo que a declaração de inconstitucionalidade tenha efeito retroativo, isto é, se entende que a norma inconstitucional nunca produziu efeitos válidos, restando inválidos todos os atos praticados com base na lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nessa norma inválida retornarem ao seu estado anterior.

Todavia, seria demasiadamente ingênuo de nossa parte considerar possível que todas as relações jurídicas possam voltar ao estado anterior simplesmente porque o Supremo assim o determinou. Há muitos interesses envolvidos, direitos adquiridos de pessoas que nada tiveram com a elaboração da norma inconstitucional. Sendo assim, excepcionalmente, quando o Supremo se deparar com casos de situações irreversíveis ele poderá limitar esse efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade.

Nesse sentido o artigo 27, da Lei n.º 9.868/99<sup>15</sup> que dispõe acerca do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

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

---

<sup>15</sup> BRASIL. Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)>

Trata-se de uma exceção em nome da boa-fé, justiça e segurança jurídica.

### **3.1 Dos Tipos de Inconstitucionalidade**

A doutrina do Direito Constitucional brasileiro costuma classificar diversos tipos de inconstitucionalidade. A primeira distinção se dá entre a inconstitucionalidade formal e a inconstitucionalidade material.

A inconstitucionalidade formal se refere a um vício na forma do ato, na sua formação seja pela não observância de um elemento de ordem técnica, seja pela não observância de uma regra de competência para a elaboração do ato.

A inconstitucionalidade material, por sua vez, diz respeito ao próprio conteúdo do ato. Há a inconstitucionalidade material quando o conteúdo da norma está em oposição às regras e princípios constitucionais. Trata-se de uma incompatibilidade entre o conteúdo da lei ou ato normativo e a Constituição.

Cabe aqui esclarecer que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, seja a inconstitucionalidade formal ou material, terá a mesma consequência, isto é, a invalidade da norma e a paralisação de seus efeitos. Sendo assim, a presente classificação busca apenas distinguir as espécies de inconstitucionalidade não trazendo nenhuma consequência para os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A doutrina distingue também a inconstitucionalidade por ação da inconstitucionalidade por omissão.

Tratando-se a Constituição de uma norma jurídica, ela possui comandos que devem ser observados tanto pela sociedade civil, quanto pelo Poder Público e principalmente pelo legislador no processo de elaboração de normas. Alguns comandos determinam uma ação do intérprete e outros uma abstenção, isto é, um não fazer.

Assim, a inconstitucionalidade por ação decorre da incompatibilidade de uma lei ou ato normativo com um comando constitucional, isto é, trata-se de uma inconstitucionalidade que advém de uma atividade positiva do legislador.

Já a inconstitucionalidade por omissão como o próprio nome já diz consiste numa omissão, isto é, configura uma não observância de um dever constitucional de legislar que segundo Gilmar Mendes “pode resultar tanto de comandos explícitos da Constituição como de decisões fundamentais da mesma, identificadas no processo de interpretação<sup>16</sup>.”

Trata-se, portanto, de uma inércia do legislador que ocasiona o descumprimento de um comando constitucional que determina uma atuação positiva deste legislador. Sempre que a Constituição ordenar que o legislador edite uma norma reguladora de um determinado preceito constitucional esta ordem deve ser cumprida e caso não seja se configurará a inconstitucionalidade por omissão.

A omissão pode ser total quando o legislador não obedece ao comando legislativo reivindicado ou parcial quando o ato normativo cuida apenas de parte da demanda constitucional ou então de modo insuficiente.

Por fim, a doutrina distingue a inconstitucionalidade originária da inconstitucionalidade superveniente. A primeira consiste numa inconstitucionalidade da lei desde sua origem, desde sua entrada no mundo jurídico. A lei desde a sua criação já era incompatível com a Constituição.

Por sua vez, a inconstitucionalidade superveniente consiste na oposição entre uma lei anterior e uma nova Constituição ou uma emenda constitucional.

Não existe no nosso ordenamento jurídico a inconstitucionalidade formal superveniente, subsistindo validamente a lei anterior, pois se trata apenas de um vício de forma. Já a inconstitucionalidade material superveniente será solucionada através do instituto da revogação da norma anterior.

### **3.2 Das Modalidades de Controle de Constitucionalidade no Brasil**

Existem dois tipos de controle quanto à natureza do órgão que exerce o controle constitucional, o controle político e o controle judicial. O controle político é aquele exercido por um órgão de natureza política e o controle judicial é aquele no qual o controle de constitucionalidade é exercido pelo Judiciário.

---

<sup>16</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: 2008, p. 1025.

No Brasil vigora o controle de constitucionalidade judicial, ou seja, cabe ao Poder Judiciário o papel de intérprete final da Constituição.

Quanto ao momento do exercício do controle podemos diferenciar o controle preventivo do repressivo. O primeiro é exercido antes mesmo da conversão do projeto de lei em lei evitando desde já a entrada em vigor de uma lei inconstitucional.

Essa fiscalização, portanto, é feita na origem do processo de elaboração de uma lei, buscando evitar maiores danos, visto que, o órgão que exerce o controle aponta as inconstitucionalidades que devem ser suprimidas.

No Brasil o controle preventivo é exercido quando as Comissões de Constituição e Justiça fiscalizam no trâmite do processo legislativo a constitucionalidade das normas elaboradas e quando o Poder Executivo opõe seu veto aos projetos de lei aprovados pelo Senado.

O controle repressivo, por sua vez, é aquele exercido quando a lei já está produzindo efeitos no mundo jurídico. Esse controle busca exatamente cessar a eficácia dessa norma inconstitucional.

Distingue-se também, o controle difuso do controle concentrado quanto ao órgão judicial que exerce o controle.

O controle difuso é aquele exercido por qualquer juiz ou tribunal ao reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente não aplicá-la ao caso concreto.

Será difuso quando qualquer juiz ou tribunal puder reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma e, assim, decidir pela sua não aplicação ao caso concreto levado a sua apreciação. Aqui, a pronúncia do Judiciário sobre a inconstitucionalidade da norma é uma questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito, mas não chega a ser o objeto principal da lide. Trata-se de uma questão tipicamente incidental.

Esse é o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano, cuja origem é a mesma do controle judicial, isto é, o caso *Marbury v Madison*.

No Brasil, o controle de constitucionalidade difuso existe desde a primeira Constituição republicana de 1891. Caracteriza-se pelo fato de ser exercido somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. A declaração de inconstitucionalidade não é o objeto principal da ação, mas é necessária ao deslinde do caso concreto.

Segundo Cappelletti, sistema difuso 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 e no concentrado o poder de controle se concentra em um único órgão judiciário.<sup>17</sup>

No controle difuso de constitucionalidade, o que cabe ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade da norma somente para desobrigá-lo, naquele caso concreto, do cumprimento da lei ou ato normativo, produzido em desacordo com a Constituição. Todavia, o ato ou a lei permanecem válidos em relação a terceiros.

Todos os Órgãos Judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm a faculdade e a obrigação, isto é, o poder e o dever de não aplicar leis e atos normativos que considerem inconstitucionais a um caso concreto levado a sua apreciação. Este controle, porém, não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeito *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional.

Cappelletti<sup>18</sup> afirmou que:

A principal consequência desse tipo de controle, num sistema em que as decisões nele proferidas não têm eficácia vinculante, seria a formação de verdadeiros “contrastes de tendências”, especialmente entre órgãos judiciários de diverso grau. Surgindo, assim, uma grave situação de “conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado.

Tratando-se a Constituição de uma lei hierarquicamente superior às demais, servindo inclusive de base normativa para as demais leis cabe a todos os juízes interpretá-la impedindo que normas com ela incompatíveis sejam empregadas num caso concreto.

O Judiciário deve atuar como um fiscal da Constituição em todas as instâncias deixando de aplicar normas inconstitucionais no caso concreto. Trata-se, portanto, de um poder-dever de todos os órgãos judiciários de não aplicar normas inconstitucionais nos casos levados à sua apreciação.

O controle concentrado, por sua vez, é exercido por um único órgão criado para esse fim ou tendo nessa atividade sua principal função. Este é o modelo dos tribunais constitucionais europeus, adotado pela primeira vez na Constituição Austríaca que consagrou

---

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: 1984, p. 67.

<sup>18</sup> Ibid. p. 78.

a existência de um Tribunal Constitucional com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade. Hans Kelsen<sup>19</sup> foi o criador do controle concentrado de constitucionalidade.

Segundo Alexandre de Moraes:

foi a constituição austríaca a primeira a consagrar a existência de um Tribunal Constitucional para exercer de forma privativa o controle judicial de constitucionalidade como forma de garantia suprema da Constituição<sup>20</sup>.

Hans Kelsen foi o criador do controle de constitucionalidade e justificou a necessidade da concentração do controle em único órgão afirmando que:

se o controle de constitucionalidade das leis é reservado a m único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

O controle concentrado surgiu no Brasil por meio da Emenda Constitucional nº 16 de 1965 que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República. Esse controle é exercido com base no modelo preconizado por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional austríaco e, posteriormente, adotado pelo Tribunal Constitucional alemão, espanhol, italiano e português, competindo ao Supremo processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Através do controle concentrado se objetiva obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, isto é, independentemente da existência de um caso concreto. O que se busca é a invalidação da lei, com vistas a garantir a segurança das relações jurídicas que não podem ser baseadas em normas que estejam em confronto com a Constituição.

Neste tipo de controle, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da norma é o objeto principal da ação ao contrário do que ocorre no controle difuso, no qual a declaração de inconstitucionalidade é uma questão incidental.

---

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: 2008, p. 11.

<sup>20</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: 2005, p. 634.

O artigo 102, I, a, da Constituição Federal<sup>21</sup> afirma competir ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, 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. Já o artigo 97 da Constituição Federal prevê a possibilidade do exercício de controle difuso pelos Tribunais.

As espécies de controle de constitucionalidade previstas na Constituição Federal são a ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário, aquele realizado quando a norma já está em vigor, é misto, isto é, é exercido tanto na forma concentrada quanto na forma difusa.

Ambos os tipos de controle convivem harmoniosamente, todavia, seus efeitos são distintos, uma vez que, o controle difuso é realizado por um juiz ou tribunal num caso concreto e só atinge as partes do processo enquanto que no controle concentrado realizado pelo Supremo a declaração de inconstitucionalidade de uma lei se aplica a todos indistintamente e possui efeito retroativo ocasionando o retorno das relações jurídicas decorrentes de tal lei ao estado anterior, se assim for possível.

A Constituição de 1891 acolheu o controle difuso de constitucionalidade e as constituições ulteriores foram introduzindo novos elementos ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. A Constituição de 1946 criou a ação direta de inconstitucionalidade atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar e processar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, oferecida pelo Procurador-Geral da República, único legitimado para a propositura da referida ação.

A legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade não causou grandes mudanças no controle difuso de constitucionalidade. Este continuou sendo exercido de forma majoritária no país.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

A Constituição de 1988, por sua vez, ampliou a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade além de inovar criando a inconstitucionalidade por omissão.

Essa ampliação da legitimação para propositura da Adin provocando o exercício do controle concentrado de constitucionalidade provocou grandes mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, visto que, o controle concentrado por permitir que questões constitucionais relevantes sejam apreciadas pelo guardião da Constituição, isto é, o Supremo Tribunal Federal, passou a ser predominante em detrimento do controle difuso realizado por juízes e tribunais.

A ampla legitimação e a possibilidade de pedido cautelar de cessação provisória dos efeitos da lei ou ato normativo que tem sua constitucionalidade questionada fazem com que aumente a procura pela ação direta de inconstitucionalidade característica do controle concentrado em prejuízo do controle difuso.

Além desses fatores, a possibilidade da lei ou ato normativo, se declarados inconstitucionais, terem sua eficácia suspensa definitivamente com efeito *erga omnes* torna muito mais atrativo o controle concentrado em contraposição ao controle difuso que apenas vincula as partes do processo no qual a constitucionalidade da lei ou ato normativo foi suscitada incidentalmente.

A ampliação da legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade configurou um grande passo para a democratização dessa medida, visto que, permitiu que entidades como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional possam atuar mais diretamente e efetivamente na vida política do país assim como o Judiciário ao atuar como mediador desses conflitos.

No presente estudo vamos nos ater a tratar do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente de duas espécies deste controle, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, uma vez que a judicialização da política foi uma consequência principalmente do surgimento dessas duas ações constitucionais, bem como da ampliação dos legitimados para sua propositura.

### 3.3 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946.

Trata-se de verdadeira ação através da qual os legitimados para sua proposição invocam o exercício da jurisdição constitucional.

Sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição do nosso país, sendo ele um verdadeiro tribunal constitucional, a ele compete julgar e processar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

#### 3.3.1 Legitimação

O artigo 103, da Constituição Federal de 1988<sup>22</sup> dispõe acerca dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem como da ação direta de constitucionalidade que desde a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, possui os mesmos legitimados da Adin.

Segundo o artigo são legitimados o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, 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, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Trata-se da legitimidade ativa, isto é, a legitimidade para propositura da ação.

Como já foi dito anteriormente, até a Constituição de 1988 a legitimidade para propositura da ação direta de constitucionalidade era exclusiva do Procurador-Geral da República. Com a promulgação da atual Constituição o rol de legitimados foi ampliado.

A jurisprudência do Supremo faz uma distinção entre legitimados universais e os especiais. Os universais são aqueles que devido à sua função devem zelar pela Constituição

---

<sup>22</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

em qualquer situação, já os especiais devem ser atingidos diretamente em sua esfera jurídica pela questão constitucional para poderem agir em prol da constituição.

Os universais são o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

Os legitimados especiais, por sua vez são o Governador de Estado, a Mesa de Assembléia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Dentre os mais importantes legitimados ativos para o nosso estudo estão o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A Constituição de 88 num processo de redemocratização deu ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, órgão representativo da classe dos advogados um papel importante no sistema do controle de constitucionalidade, com a legitimação irrestrita que lhe é reconhecida, e conseqüentemente na vida política do país.

O partido político com representação no Congresso Nacional assim como o Conselho Federal da OAB, também não sofre restrições quanto a sua legitimação para propor a ação direta de inconstitucionalidade permitindo assim que as minorias parlamentares possam provocar o exercício da jurisdição constitucional. Trata-se de mais um passo importante em direção a democratização e a judicialização.

Quanto às entidades de classe de âmbito nacional o Supremo ainda tem uma posição restritiva a respeito de sua legitimidade ao exigir certos requisitos para seu reconhecimento como tal. Para o STF só é entidade de classe a associação de pessoas que objetive representar o interesse comum de uma categoria. Deve se tratar de uma única categoria não abrangendo categorias diversas.

A outra restrição para essas entidades é a chamada pertinência temática, o Supremo exige uma relação entre a matéria tratada na lei ou ato normativo cuja constitucionalidade é questionada e os objetivos sociais da entidade legitimada. Há de haver uma relação de pertinência entre o objeto da ação direta de inconstitucionalidade e a atividade de representação de uma categoria realizada pela entidade de classe.

Portanto, para que as entidades de classe de âmbito nacional possam reivindicar a jurisdição constitucional é necessário que a lei ou ato normativo por ela impugnado esteja recaindo sobre a atividade profissional ou econômica dessa entidade, todavia, não há previsão constitucional nem legal acerca desta restrição. Trata-se de uma restrição ao direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Por fim, a Constituição reconhece como legitimada para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade a confederação sindical para a qual o Supremo também prevê a necessidade da pertinência temática para sua legitimação, configurando mais uma restrição à legitimação dessas entidades.

A legitimidade passiva, por sua vez, recai sobre o órgão ou a autoridade responsável pela criação da lei ou ato normativo cuja constitucionalidade está sendo questionada. O legitimado passivo deverá prestar informações no curso do processo.

A defesa da norma impugnada é realizada pelo Advogado Geral da União tendo em vista a presunção de validade dos atos do Poder Público.

O Procurador-Geral da República será um personagem da ação direta de inconstitucionalidade mesmo que não atue como legitimado ativo, visto que, ele é encarregado de emitir pareceres nas ações dessa natureza.

Por fim, a Lei nº 9.868/99<sup>23</sup> prevê no § 2º do artigo 7º que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

### 3.3.2 Objeto

Dispõe o artigo 102, I, da Constituição Federal<sup>24</sup> acerca da competência originária do Supremo:

---

<sup>23</sup> BRASIL. Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)>.

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

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.

Como se pode aferir do referido artigo o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é a lei e o ato normativo federal ou estadual que têm a constitucionalidade questionada.

O artigo 59<sup>25</sup> da Constituição Federal enumera as espécies normativas decorrentes do processo legislativo. Tais espécies são as emendas à Constituição, as leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e as resoluções.

Além dessas espécies normativas Luís Roberto Barroso<sup>26</sup> prevê ainda, a possibilidade do controle concentrado no que concerne aos decretos autônomos (regimentos internos e atos normativos elaborados pelos tribunais), a legislação estadual e os tratados internacionais.

Os decretos autônomos se justificam, pois pretendem inovar autonomamente na ordem jurídica, atuando com força de lei.

A legislação estadual, por sua vez, se justifica pela disposição do artigo 102, I, da CF<sup>27</sup> que dispõe ser passível de controle por ação direta de inconstitucionalidade a lei ou ato normativo estadual. A capacidade de auto-organização dos estados decorrente da federação é devidamente limitada pela Constituição da República.

Por fim, o autor cita os Tratados Internacionais, visto que, estes quando devidamente ratificados são incorporados ao nosso ordenamento jurídico com condição de lei ordinária e, como tal, estão subordinados à Constituição.

Importante ressaltar que direito pré-constitucional em face da nova Constituição não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Trata-se de questão a ser solucionada pelo instituto da recepção. Uma lei não pode ser inconstitucional em relação a uma Constituição

---

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: São Paulo: 2008, p. 167/169.

<sup>27</sup> BRASIL. Op. cit.

posterior a ela. Havendo incompatibilidade entre elas será caso de revogação e não de inconstitucionalidade, visto que, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível.

Ademais, a lei ou ato normativo para estarem aptos a sofrer o controle concentrado via ação direta de inconstitucionalidade precisam necessariamente ter tido seu processo legislativo concluído, não sendo necessário, todavia, que a lei esteja em vigor.

### 3.3.3 Procedimento

A Lei nº 9.868/99<sup>28</sup> dispõe acerca do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Anteriormente à promulgação da referida lei a matéria era disciplinada pelo Regimento Interno do Supremo Federal, pela Lei nº 4.337/64 que regulava a declaração de inconstitucionalidade e pela jurisprudência do Tribunal consolidada ao longo dos anos.

O artigo 2º da Lei trata dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade da mesma forma que o previsto no artigo 103, da Constituição.

O artigo seguinte trata da petição inicial que deve indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, bem como o pedido, com suas especificações.

Apesar de o referido artigo exigir a indicação dos fundamentos jurídicos do pedido, o Supremo não fica a eles vinculado ao apreciar a constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

Um exemplo dessa não vinculação do Supremo aos fundamentos jurídicos do pedido está na ADI nº 2.728/AM<sup>29</sup>, em decisão publicada no DJ de 20/02/2004, na qual o Relator

---

<sup>28</sup> BRASIL. Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)>

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Inconstitucionalidade do inciso I e alíneas do artigo 1º da Lei nº 2.749, do Estado do Amazonas, parágrafo único do citado artigo, e o inciso II, alínea *a*, do mesmo

Ministro Maurício Corrêa reconhece que a norma impugnada tem um defeito de forma que atinge outros dispositivos não impugnados na inicial, impondo-se a teoria da inconstitucionalidade consequencial.

Trata-se, portanto, de uma liberdade do Supremo ao analisar a constitucionalidade de uma norma impugnada de analisar também se a declaração de inconstitucionalidade desta norma refletirá na constitucionalidade de outras normas da lei ou ato normativo questionados.

O Supremo como guardião da Constituição não pode se omitir quando se depara com uma norma inconstitucional mesmo que não tenha sido ela questionada na petição inicial.

Essa liberdade do Supremo acaba por engrandecer a judicialização da política dando mais armas a Corte para que concretize sua atuação na vida política do país, na busca pela dignidade da pessoa humana, bem como pelo respeito aos direitos fundamentais.

A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo em face dessa decisão (artigo 4º da Lei).

Tal dispositivo buscou dar maior celeridade ao processo da ação direta de inconstitucionalidade.

É vedada a desistência da ação pelo legitimado ativo como dispõe o artigo 5º da Lei.

O artigo 7º da Lei estabelece que não será admitida a intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade, contudo, o artigo 6º da mesma lei permite que o Relator do processo peça informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Trata-se de uma inovação admitindo a figura do *amicus curiae* no processo da ação direta de inconstitucionalidade possibilitando que o Tribunal decida a questão com base em todas as posições e que fique ciente das possíveis repercussões.

O § 2º do artigo 7º prevê ainda a possibilidade do relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Ao final dos prazos citados o Relator pedirá dia para julgamento. Contudo, o Relator em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

A Lei analisada, portanto, possibilitou uma investigação pelo Tribunal tanto de elementos jurídicos quanto fáticos permitindo assim uma análise mais eficaz da controvérsia constitucional e conseqüentemente uma decisão mais acertada acerca da constitucionalidade ou não da norma, visto que, é preciso analisar a norma de forma concreta, tendo em vista a sua aplicação no cotidiano de nossa sociedade.

Desta forma, não basta a simples análise de elementos jurídicos entre o direito ordinário e as normas constitucionais. É preciso ter uma visão mais ampla e contemporânea observando as conseqüências práticas da aplicação da lei ou do ato normativo impugnado.

A Lei nº 9.868 traz a possibilidade de pedido cautelar nas ações diretas de constitucionalidade em obediência à Constituição Federal que em seu artigo 102, I, p estabelece que cabe ao Supremo processar e julgar o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade.

Trata-se de uma exceção, visto que, os atos estatais gozam da presunção de validade. Assim, o Tribunal só concederá a liminar por decisão da maioria absoluta de seus membros, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado.

Como previsto na Lei a concessão da medida cautelar terá eficácia *erga omnes* e efeitos *ex nunc* salvo se o Tribunal decidir que seus efeitos devem retroagir.

Ademais, a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior caso exista, salvo expressa manifestação do Tribunal em sentido contrário.

Havendo pedido de medida cautelar a Lei permite ainda que o Relator em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica conduza o processo por um rito mais célere. Trata-se de um procedimento sumário da ação direta de inconstitucionalidade.

O Relator caso entenda necessário poderá submeter o processo diretamente ao Tribunal que no prazo de cinco dias deverá julgar definitivamente a ação.

### 3.3.4 Decisão

A Lei estudada dispõe conjuntamente da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade e da decisão na ação declaratória de inconstitucionalidade.

Para a tomada de decisão em qualquer das ações a Lei exige a presença de pelo menos oito Ministros na sessão e a manifestação de pelo menos seis Ministros pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo para que seja julgada improcedente ou procedente, respectivamente a ação.

A decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei e que conseqüentemente, julga improcedente ou procedente a ação direta de inconstitucionalidade é irrecorrível ressalvada a interposição de Embargos de Declaração, não se admitindo nem mesmo ação rescisória em face da decisão.

Isso ocorre tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal é a última instância do Poder Judiciário brasileiro. É ele o guardião final da Constituição, devendo ser sua a última palavra.

Além disso, num Estado Democrático de Direito é imprescindível que a segurança jurídica seja respeitada não podendo os cidadãos estarem eternamente sujeitos às mudanças quanto à constitucionalidade ou não de uma norma. Por fim, deve-se zelar também pela economia processual, evitando a interposição de recursos manifestamente protelatórios.

A decisão de procedência da ação direta de inconstitucionalidade transita em julgado em dez dias se tornando imutável. Como conseqüência do trânsito em julgado não poderá ser ajuizada nova ação direta de inconstitucionalidade questionando a constitucionalidade do mesmo dispositivo já declarado inconstitucional.

Além disso, possui eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal tendo em vista que os legitimados ativos ao proporem a ação direta de inconstitucionalidade atuam no interesse da coletividade. Desta forma, juízes e tribunais ao se depararem com a lei ou ato normativo, declarado inconstitucional pelo Supremo, em controvérsia levada a sua apreciação deverão levar em conta a inconstitucionalidade já declarada da lei.

Quanto à decisão de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, isto é, que entende pela constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado Luís Roberto Barroso<sup>30</sup> defende que não há nada que impeça o Supremo de reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo anteriormente considerado válido caso surjam novos argumentos, novos fatos, mudanças ocorridas na Constituição ou mesmo transformações na realidade que modifiquem a repercussão da norma.

Para o autor no caso de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, a decisão proferida não se reveste da autoridade da coisa julgada material e a lei ou ato normativo continuará plenamente válido e eficaz podendo ter sua constitucionalidade novamente questionada. Todavia, juízes e tribunais estarão vinculados à decisão que declarou a constitucionalidade da lei ou ato normativo.

No caso de procedência da ação o Tribunal ao declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estará enunciando a nulidade da norma. A nulidade, como já foi dito, constitui um vício no plano da validade do ato jurídico.

Por sua vez, a lei ou ato normativo nulo deve ter sua eficácia cessada, não produzindo mais efeitos. Sendo assim, o Tribunal ao declarar que uma lei ou ato normativo é inconstitucional, está reconhecendo a nulidade desta lei ou ato normativo e, conseqüentemente, retirando sua eficácia.

É esta a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade, retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a Constituição.

Por fim, quanto aos efeitos temporais da decisão o artigo 27, da Lei nº 9.868 dispõe que o Supremo ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá, por maioria de dois

---

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: 2008, p. 188/189.

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.

Como regra, os efeitos da decisão que reconhece o vício da inconstitucionalidade retroagem ao momento do seu ingresso no mundo jurídico, isto é, são *ex tunc*. Contudo, a jurisprudência do Supremo possui diversos precedentes em que a declaração de inconstitucionalidade não possui efeitos retroativos.

Com a Lei 9.868/99 o Supremo passou a poder limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. O artigo 27 acima citado permitiu que o Tribunal escolha, quando necessário, entre restringir os efeitos da decisão, excluindo certos grupos de seu alcance, não atribuir efeito retroativo a decisão, cessando sua eficácia apenas a partir do trânsito em julgado da decisão ou até mesmo estabelecendo uma data futura para a cessação de seus efeitos desde que, por maioria de dois terços de seus membros.

Trata-se de um juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Tribunal.

Na verdade, o Judiciário ao declarar uma lei inconstitucional deve ser muito cuidadoso, visto que, é preciso observar as inúmeras conseqüências que essa decisão irá acarretar.

De fato, devido a essas inúmeras conseqüências que o Supremo Tribunal Federal pode avaliar a conveniência ou não dos efeitos dessa declaração serem retroativos à data da vigência da lei. Isso porque pode ser impossível voltar ao estado anterior à vigência da lei.

Os efeitos da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade podem ser muito mais maléficos do que a não retroatividade, visto que, as pessoas que se beneficiaram dessa lei agora declarada inconstitucional agiram supostamente de boa-fé, pois aquela lei até ser declarada inconstitucional era plenamente válida.

### **3.4 Da Ação Declaratória de Constitucionalidade**

A ação declaratória de inconstitucionalidade foi criada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993.

Como se sabe, os atos emanados do Poder Público gozam de presunção de validade, todavia, a EC nº 3 criou um instituto através do qual os legitimados ativos podem provocar o Supremo com vistas a obter o reconhecimento expresso da compatibilidade entre uma norma infraconstitucional e a Constituição quando essa presunção de validade tiver se tornado objeto de interpretações judiciais antagônicas.

Para Luís Roberto Barroso<sup>31</sup>: “a finalidade da ação declaratória de constitucionalidade é justamente afastar a incerteza jurídica, bem como estabelecer uma orientação homogênea na matéria.”

A criação da referida ação decorre da implementação de um sistema misto de controle de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico. Como já foi abordado anteriormente, vigora no Brasil dois tipos de controle de constitucionalidade, o controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal e o controle difuso a cargo de juízes e tribunais realizado de forma incidental na apreciação de um caso concreto.

Ocorre que a decisão proferida no controle difuso só vincula as partes do processo sendo assim, um mesmo tribunal pode julgar uma lei ora constitucional, ora inconstitucional.

Assim, a introdução do controle difuso de constitucionalidade, nos sistema da *Civil Law*, levou à conseqüência de que uma mesma lei poderia ser julgada inconstitucional e, assim, não ser aplicada por alguns juízes e poderia também ser julgada perfeitamente de acordo com a Constituição sendo aplicada por outros juízes no caso concreto levado a julgamento.

No direito norte-americano, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma ou ato normativo através do controle difuso tem efeito vinculante, isto é, vincula o tribunal que a proferiu. Sendo assim, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma na apreciação de um caso concreto essa decisão vincula o tribunal não podendo o mesmo tribunal aplicar a norma antes declarada inconstitucional em outro caso concreto.

O efeito vinculante das decisões proferidas pelos tribunais norte-americanos no controle difuso visa evitar decisões contraditórias proferidas pelo mesmo tribunal. Assim, se o tribunal considera uma lei inconstitucional, deixando de aplicá-la num caso concreto não pode considerá-la constitucional para aplicá-la em outro.

---

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: 2008, p. 218.

Cappelletti<sup>32</sup> afirmou que:

A principal consequência desse tipo de controle, num sistema em que as decisões nele proferidas não têm eficácia vinculante, seria a formação de verdadeiros 'contrastes de tendências', especialmente entre órgãos judiciários de diverso grau. Surgindo, assim, uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado.

Desta forma, para evitar que juízes e tribunais profiram decisões conflitantes acerca da constitucionalidade ou não de uma norma, afastando a certeza jurídica, se criou um instituto que permite a provocação do Supremo acerca da constitucionalidade de uma lei dirimindo definitivamente o conflito, evitando interpretações contrastantes, visto que, essa decisão sim terá efeito vinculante.

Estabelece o artigo 102, I, a, da Constituição da República<sup>33</sup> que a competência para processar e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal é do Supremo Tribunal Federal.

#### 3.4.1 Legitimidade para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Emenda Constitucional nº 3/93 que criou a ação em análise acrescentou à Constituição o § 4º do artigo 103 que passou a prever como legitimados para a sua propositura o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. Cuidava-se de rol muito mais limitado que o da ação direta de inconstitucionalidade.

Em decorrência dessa limitação Luís Roberto Barroso<sup>34</sup> afirmou que:

A nova ação funcionava como um mecanismo de atuação dos órgãos estatais, um instrumento de governo e não uma ferramenta da própria sociedade.

---

<sup>32</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: 1984, p. 78.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: 2008, p. 220.

Felizmente, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 revogou o § 4º do artigo 103, da Constituição e a ação declaratória de constitucionalidade passou a ter o mesmo rol de legitimados da ação direta de inconstitucionalidade.

Trata-se de um grande ganho para a sociedade civil, política e jurídica de nosso país tendo em vista o alcance de um maior número de grupos e categorias na provocação da discussão acerca da constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo permitindo assim, uma fiscalização mais eficaz dos poderes e uma maior participação tanto desses grupos quanto do próprio Poder Judiciário na vida política de nosso país.

#### 3.4.2 Objeto

O objeto na ação declaratória de constitucionalidade é a lei ou ato normativo federal já promulgado, mesmo que ainda não esteja em vigor.

As espécies normativas que podem ser objeto da referida ação são as mesmas que a da ação direta de inconstitucionalidade.

A sua finalidade é a declaração do Supremo certificando a compatibilidade entre a norma infraconstitucional impugnada e a Constituição.

#### 3.4.3 Existência de Controvérsia Judicial Relevante

A Lei nº 9.868/99 determina em seu artigo 14 que a petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade demonstre a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

É necessário, portanto, que haja uma controvérsia acerca da constitucionalidade da norma afetando a presunção de validade gozada pelas normas emanadas do Poder Público.

Desta forma, deve haver uma controvérsia judicial acerca da constitucionalidade da norma infraconstitucional questionada que precise ser dirimida de forma a homogeneizar a matéria.

Isso ocorre, pois a presente ação não tem como objetivo uma simples consulta ao Supremo acerca da constitucionalidade de uma norma, mas sim zelar pela segurança jurídica que venha a ser afetada por decisões contraditórias proferidas pelo Judiciário a respeito da constitucionalidade dessa norma pelo pronunciamento do Supremo que vai uniformizar a matéria através da declaração de constitucionalidade ou não.

#### 3.4.4 Procedimento

Anteriormente, a ação declaratória de constitucionalidade era disciplinada pela Constituição e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 9.868/99 que dispõe acerca do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade deverá indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido, o pedido, com suas especificações e, por fim, a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Aqui também o Supremo não está adstrito aos fundamentos jurídicos do pedido apontados na petição inicial ao analisar a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, ratificando seu papel de guardião da constituição não podendo se omitir quanto a eventuais inconstitucionalidades que venha a aferir. O Tribunal, portanto, pode basear-se em outros fundamentos distintos dos fundamentos trazidos na inicial.

Tratando-se de petição inicial inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente será liminarmente indeferida pelo relator. Esse dispositivo busca dar maior celeridade ao processo.

Aqui também, não será admitida a desistência da ação, conforme dispõe o artigo 16 da Lei, nem a intervenção de terceiros. Contudo, o relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência

pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.

Assim como na ação direta de inconstitucionalidade há aqui a figura do *amicus curiae*.

#### 3.4.5 Da Medida Cautelar

A Constituição não prevê a possibilidade de pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade. A jurisprudência do Supremo, todavia, entendia pela possibilidade de concessão de medida cautelar.

A Lei nº 9.868/99, por sua vez, prevê a possibilidade de concessão de medida cautelar em seu artigo 21 que estabelece que 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.

A concessão de medida cautelar tem como objetivo reduzir o estado de insegurança jurídica provocado pelos pronunciamentos judiciais contraditórios acerca da constitucionalidade do dispositivo questionado.

#### 3.4.6 Decisão

Os efeitos da decisão na ação declaratória de constitucionalidade são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade tratados no capítulo anterior.

#### **4 DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA ATRAVÉS DO CONTROLE CONCENTRADO**

O Estado de Direito é o Estado baseado numa Constituição, é aquele no qual o direito se aplica a todos, inclusive ao próprio Estado.

Surge então, o Estado Democrático de Direito. Neste o Estado também está submetido ao direito criado pelo povo.

Em seu conceito formal, o povo é o elaborador das normas vinculantes que disciplinam nossa vida em sociedade. Em seu conceito material, é o Estado preocupado em proteger a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais.

Desta forma, num Estado Democrático de Direito deve-se buscar alcançar a primazia da dignidade da pessoa humana e o respeito efetivo dos direitos fundamentais e sociais previstos no texto constitucional.

O Estado deve sempre zelar pelo bem comum que se caracteriza pela síntese dos interesses dos membros de uma sociedade da qual resulta um conjunto de valores sociais. O interesse público, portanto, não é o interesse do governante, mas sim o interesse da sociedade. Há, portanto, uma supremacia do interesse público sobre o interesse dos governantes, sobre a máquina estatal.

Por esta razão, o Poder Público deve ser constantemente fiscalizado e cobrado pela sociedade quanto ao exercício de suas funções, visto que, o interesse público deve sempre prosperar. E é, por isso, que cada poder deve fiscalizar a atuação dos outros reciprocamente, sempre zelando pelo bem comum.

No Estado Democrático de Direito a vontade do povo deve ser respeitada e esta está consolidada na Constituição de um Estado e não nas decisões tomadas pelo legislador no exercício de suas funções.

Um dos princípios mais importantes da atualidade característico do Estado Democrático de Direito é o princípio da sindicabilidade segundo o qual todo ato estatal deve sofrer controle.

Por muito tempo se afirmou que alguns atos estatais não poderiam ser controlados pelo Judiciário como as políticas públicas instituídas pela Administração, todavia, esse entendimento já está derogado.

Os juízes deviam atuar como mediadores de conflitos, mas não deveriam se manifestar quanto ao conteúdo da Constituição e a interpretação de suas normas. Essa situação decorria da ausência de força do poder Judiciário para questionar as decisões das autoridades políticas. Assim, a vontade do legislador deveria ser respeitada, sem qualquer abertura para questionamentos e análises quanto à sua validade.

Tal pensamento foi influenciado pela Revolução Francesa cujos idealizadores pregavam que juízes não deveriam interpretar leis, não cabendo a eles se envolver em assuntos políticos<sup>35</sup>.

Todavia, tem havido uma ineficiência grosseira do Poder Público no exercício de suas funções, levando a violação até mesmo de direitos fundamentais. A consequência disso é que não há serviço público de fato quando este é manifestamente ineficiente.

Em razão disso, a legislação tem procurado diminuir a discricionariedade do administrador no que concerne à implementação de políticas públicas no país buscando assim, aumentar o controle sobre a matéria.

Juízes e tribunais cada vez mais analisam o mérito dos atos estatais verificando se este foi devidamente preenchido nos limites da lei, se o ato é razoável, proporcional, se a finalidade foi observada, realizando um controle não só da legalidade do ato como também de sua legitimidade.

Se o Poder Público no exercício de suas atividades estiver agindo com excesso de poder ou desvio de finalidade estará esvaziando o mérito de sua decisão cabendo ao Judiciário se imiscuir no mérito do ato e invalidá-lo, não caracterizando uma invasão, mas sim uma fiscalização em prol do interesse público.

---

<sup>35</sup> GARGARELLA, Roberto. **Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: 2008, p. 207.

Aqui, não há que se falar em supremacia judicial, mas sim em supremacia da vontade do povo e do interesse público o que acarreta a necessidade da fiscalização recíproca entre os poderes caracterizando o sistema de freios e contra-pesos incorporado do direito americano pelo Brasil. Assim, também o Judiciário está sujeito ao controle dos demais poderes desde que em busca do interesse social.

Como já abordado anteriormente, a Constituição de 1988 trouxe diversas inovações em seu conteúdo caracterizando-a como uma Constituição Cidadã e abrindo espaço para o fenômeno da judicialização da política em nosso ordenamento jurídico. A referida Constituição introduziu diversos mecanismos que possibilitaram a intervenção do Supremo no processo político.

A mudança mais importante trazida pela atual Constituição foi sem dúvida a previsão de direitos fundamentais e sociais. A partir do momento em que a Constituição prevê esses direitos em seu texto se torna imprescindível que o Judiciário, como guardião da Constituição, assegure o respeito aos seus dispositivos.

Além disso, criação da ação declaratória de constitucionalidade, o efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental são algumas das inovações trazidas pela atual Constituição da República que ampliaram a participação do Supremo na solução de controvérsias políticas.

Tal fenômeno se caracteriza pela maior participação do Judiciário na tomada de decisões políticas resultante da ampliação de seu poder de fiscalização sobre a atuação dos poderes Legislativo e Executivo.

Com o surgimento do Estado Democrático e Social de Direito o Judiciário passa a exercer um papel muito importante na vida social do país para assegurar que as normas emanadas do poder público sejam realmente observadas.

Além disso, a expansão dos poderes do Executivo torna necessário um maior controle dos seus atos pelo Judiciário para reequilibrar o exercício das funções dos três poderes.

Ademais, a legislação de nosso país está em constante mudança mesmo porque a própria realidade social do país é dinâmica. As prioridades mudam, as circunstâncias mudam e é preciso que o Poder Público acompanhe essas mudanças na vida política do país, por isso, o Judiciário vem complementar os dois outros poderes na busca pelo interesse público, seja

analisando a constitucionalidade de uma lei, seja dando a ela a interpretação que melhor atende as necessidades de nossa sociedade.

Por fim, os homens estão constantemente sujeitos a erros que podem levar a decisões equivocadas e, por isso, todas as decisões que possam interferir no bem comum, nos interesses da coletividade devem estar aptas a sofrer algum tipo de controle.

A judicialização da política se tornou muito evidente no Brasil em decorrência principalmente da supremacia e rigidez de nossa Constituição. Ao reconhecermos a Constituição como a lei suprema de nosso ordenamento, base jurídica de todas as demais normas surge a necessidade de que o poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal como verdadeiro guardião da Constituição, afira a compatibilidade de todas as normas infraconstitucionais com o texto constitucional.

Com isso surge o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário que atua como um mediador nas divergências entre maiorias e minorias políticas e entre governo e sociedade<sup>36</sup>.

Desta forma, o poder Judiciário funciona como uma alternativa para aqueles que foram excluídos do processo político de tomada de decisão. O controle judicial passa a ser extremamente relevante na medida em que os direitos sociais estão diretamente ligados à participação política, visto que, a ausência desses direitos exclui as minorias do processo democrático.

O Judiciário, portanto, passou a ser mais atuante colaborando inclusive na definição de políticas públicas, como anteriormente mencionado, seja através da aplicação e interpretação das leis, seja invalidando leis incompatíveis com a Constituição proferindo decisões com efeito *erga omnes* no controle concentrado.

As decisões proferidas no controle difuso de forma incidental apesar de não terem força vinculante ganham extrema importância quando atingem um número substancial de decisões contrárias ao governo, inviabilizando políticas públicas.

Ademais, há um espaço para o Judiciário criar uma construção jurisprudencial permitindo que este poder influencie ainda mais nas decisões políticas do país.

---

<sup>36</sup> MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. **Circuitos Interrompidos: as ADins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999 -2004)**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: 2007, p. 58.

Pode-se dizer que o controle de constitucionalidade foi o estopim do processo de judicialização, especialmente pela adoção pelo Brasil do controle concentrado de constitucionalidade, mesmo que em concomitância com o controle difuso.

A declarar inconstitucionalidade de uma lei, isto é, reconhecer que uma lei é contrária à Constituição e, por isso, inválida devendo ter cessada sua eficácia, o Judiciário inevitavelmente está interferindo no processo político do país.

O Supremo Tribunal Federal ao ser provocado para exercer o controle concentrado de constitucionalidade acaba por efetuar uma modificação no processo legislativo se posicionando numa posição de mediador final de controvérsias políticas.

Desta forma, as demandas políticas trazidas à análise deste órgão judicial são solucionadas através de orientações a serem seguidas na resolução de conflitos futuros. As decisões no controle concentrado têm, portanto, um efeito prolongado servindo de exemplo para situações futuras.

Muito se discute a respeito do limite do exercício pelo Judiciário desse controle sobre os demais poderes, devendo ele atuar não como um substituto, mas sim como um complemento na realização das funções desses poderes na busca pela supremacia do interesse público.

Antonio Moreira Maués e Alexandre Pinho Fadel<sup>37</sup> dividem o processo de judicialização em quatro estágios. No primeiro estágio há a adoção de um regime de democracia constitucional no qual a rigidez da Constituição limita a vontade da maioria, regulando o processo legislativo e implementando um sistema de controle de constitucionalidade das leis com o objetivo de aferir a compatibilidade destas com a Constituição.

Nesse contexto o legislador passa a tentar prever o entendimento do Tribunal acerca da constitucionalidade das normas por ele elaboradas evitando que, posteriormente, sejam elas invalidadas. Neste primeiro momento, todavia, ainda não há uma construção jurisprudencial ampla dando um maior espaço para o legislador interpretar o texto constitucional.

---

<sup>37</sup> MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. **Circuitos Interrompidos: as ADins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999 -2004)**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: 2007, p. 61.

No segundo estágio o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo passa a funcionar como uma última etapa do processo legislativo, competindo ao Tribunal rever a norma elaborada pelo legislador no tocante a sua compatibilidade com a Constituição.

O controle concentrado de constitucionalidade permite que minorias políticas provoquem o Supremo para obtenção de uma declaração de constitucionalidade ou não de uma norma infraconstitucional reduzindo assim o poder da maioria sobre a legislação. Trata-se, portanto, de uma arma importante para as minorias políticas.

Como se sabe, há um jogo de interesses no processo político caracterizado pela demasiada influência dos mais poderosos em detrimento das minorias.

Por sua vez, o terceiro estágio caracteriza-se pela necessidade de motivação das decisões proferidas no controle de constitucionalidade e, em decorrência dessa necessidade a construção jurisprudencial acerca dos litígios constitucionais, estabelecendo paradigmas para situações futuras.

Finalmente, no quarto estágio o Tribunal além de solucionar o conflito a respeito da constitucionalidade da norma também estabelece parâmetros normativos para a atividade legislativa futura, intervindo diretamente nesta atividade.

Essa jurisprudência constitucional consolidada pelo Supremo não pode ser ignorada pelo legislador sob pena da norma por ele elaborada ter sua invalidade reconhecida. Assim, o legislador ao interpretar as normas constitucionais deve levar em conta a interpretação do tribunal constitucional.

Assim, de acordo com Antonio Moreira Maués e Alexandre Pinho Fadel:

o processo político passa a incorporar o discurso constitucional às deliberações do Executivo e do Legislativo, os quais também passam a fazer uso de argumentos jurídicos e constitucionais como justificação de suas propostas e ações<sup>38</sup>.

A ação direta de inconstitucionalidade segundo Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, “atua como

---

<sup>38</sup> MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. **Circuitos Interrompidos: as ADins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999 -2004)**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: 2007, p. 63.

um instrumento de grande importância para a defesa de direitos da cidadania, bem como para a racionalização da administração pública<sup>39</sup>”.

Nesse contexto da judicialização da política se efetivando principalmente pelo controle concentrado da constitucionalidade a ação declaratória de constitucionalidade e, principalmente, a ação direta de inconstitucionalidade exerce um papel de grande importância como será demonstrado no tópico seguinte.

#### **4.1 Uma análise acerca das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas entre 1988 e 2004**

Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende, Manuel Cunha Melo e Marcelo Burgos em seu trabalho “A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil” realizaram interessante pesquisa acerca do ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade desde a promulgação da atual Constituição em 1988 até o ano de 1998.

Primeiro trataram da evolução anual dessa ação. Em 1988, ano de promulgação da atual Constituição, foram ajuizadas onze Adins em contraposição a 177 ajuizadas em 1998, dez anos depois.

O ápice foi em 1990 em que foram ajuizadas 255 ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal devido, dentre outros fatores, ao processo de elaboração das constituições estaduais que tiveram muitos dispositivos questionados quanto a sua constitucionalidade, geralmente pelos governadores dos estados.

O crescente número de Adins no decorrer desses dez anos demonstra que o Supremo saiu de uma posição de mero auxiliador no processo legislativo exercido pelo poder soberano assumindo uma posição de verdadeiro guardião da Constituição e dos direitos fundamentais da pessoa humana atuando como um verdadeiro Tribunal constitucional.

Em um segundo momento os autores analisaram a distribuição das Adins segundo os legitimados que a ajuizaram e concluíram que as associações de trabalhadores, de profissionais e de empresários representam o segmento que mais tem provocado o controle de

---

<sup>39</sup> VIANNA, Luiz Werneck (e outros). **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, 1999, p. 47.

constitucionalidade das leis. Em segundo lugar estão as ações propostas pelos governadores de estados seguido dos procuradores, partidos e OAB.

Contudo, tem havido nos últimos anos uma diminuição substancial das Adins ajuizadas por governadores e procuradores se comparado com o aumento do número de ações de autoria dos partidos políticos e das associações nacionais o que demonstra a maior participação da sociedade civil na vida política do país.

Segundo os autores os partidos de esquerda são os que mais ajuízam ações diretas de inconstitucionalidade caracterizando a participação de minorias parlamentares no processo de judicialização<sup>40</sup>.

Portanto, as ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelos partidos políticos constituem um importante indicativo do processo de judicialização da política, visto que, se trata de um instrumento que garante a participação dessas minorias parlamentares num processo político comandado pelos mais poderosos e, conseqüentemente, mais influentes.

Desta forma, é possível perceber que o Judiciário passou a ser visto por esses grupos políticos de associação popular como um instrumento efetivo de defesa de direitos, com autoridade para questionar os atos de segmentos políticos já consolidados.

Esse resultado demonstra a importância de a atual Constituição ter ampliado o rol de legitimados para a propositura dessa ação. O grande número de Adins ajuizadas pelas associações e partidos políticos resume a necessidade que estes segmentos tinham de participar desse processo de provocação da fiscalização pelo Judiciário dos demais poderes, bem como de poderem efetivamente participar do processo de elaboração de normas apesar de serem minorias parlamentares, como no caso dos partidos de esquerda.

Uma conseqüência do grande número de Adins propostas por partidos políticos, principalmente os de esquerda, é a influência direta destes na construção jurisprudencial de nosso Tribunal Constitucional de forma a contribuir para a efetivação de uma verdadeira mudança na cultura política do Brasil.

A análise seguinte relaciona a origem do diploma legal impugnado com os autores da ação. A conclusão foi de que procuradores e governadores questionam precipuamente normas

---

<sup>40</sup> VIANNA, Luiz Werneck (e outros). **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, 1999, p. 58.

estaduais enquanto que os partidos políticos impugnam em maior número normas de âmbito federal.

Quanto ao assunto de que tratam as normas questionadas em sua maioria dizem respeito à administração pública. Trata-se de um reflexo do descontentamento da sociedade com o exercício das funções pela máquina estatal levando diferentes setores a buscar no Supremo a adequação dos serviços prestados pela Administração com os princípios e direitos fundamentais pregados pela Constituição.

Para os autores o Supremo Tribunal Federal ao ser provocado por um número grande de Adins que impugnam normas que em sua maioria dizem respeito à administração pública, passa a atuar como um órgão superior dessa administração pública<sup>41</sup>.

Com exceção das organizações empresariais que impugnam majoritariamente normas que tratam de política tributária, todas as demais classes de legitimados questionam em maior número dispositivos legais concernentes a função da administração pública. Governadores e procuradores são autores de 41,3% do total de Adins relativas à matéria caracterizando sua ação contra a representação parlamentar no país em afastamento da vontade do poder soberano.

Por fim, os autores estudaram as decisões proferidas pelo Supremo no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas pelos legitimados<sup>42</sup>.

Através da pesquisa chegou-se a conclusão que o Superior Tribunal Federal tem adotado uma postura previdente ao exercer o controle de constitucionalidade das normas através do julgamento das Adins propostas pelos legitimados descontentes com o processo de elaboração das normas.

No período analisado, 44,1% das Adins ajuizadas tiveram seu pedido de medida cautelar total ou parcialmente deferido. Destas, 75% questionavam a constitucionalidade de norma estadual, o que por si só não descaracteriza o controle efetivo que sofrem as normas federais.

---

<sup>41</sup> VIANNA, Luiz Werneck (e outros). **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, 1999, p. 66.

<sup>42</sup> Ibid. p. 115/142.

É importante observar que nesse contexto há inúmeras Adins que não foram objeto de qualquer decisão do Supremo e que um número substancial de Adins que tiveram o pedido de medida cautelar deferido ainda se encontram pendentes de julgamento quanto ao mérito da ação. Assim, há mais decisões proferidas pelo STF quanto ao pedido de medida cautelar do que quanto ao mérito demonstrando uma prudência do Tribunal.

Contudo, o reduzido número de decisões de mérito não afeta sobremaneira o processo de judicialização, visto que, as poucas decisões que o Tribunal proferiu bastaram para evidenciar sua atuação como guardião da Constituição.

Quanto às ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pelos partidos políticos, especialmente aquelas questionando a constitucionalidade de normas federais, percebeu-se uma maior aceitação do Supremo partir do ano de 1994. Este fato acaba por tornar verdadeiramente efetiva a participação desse legitimado no processo de judicialização contribuindo inclusive, para a construção jurisprudencial do Tribunal que como já se viu serve de parâmetro para o legislador no momento de interpretar o texto constitucional.

Antonio Moreira Maués e Alexandre Pinho Fadel<sup>43</sup>, por sua vez, fizeram a mesma análise em relação ao ajuizamento de Adins, mas em período distinto. Em um primeiro momento esses autores fizeram sua pesquisa em relação ao período do segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso como Presidente da República tendo em vista o aumento da prática de reedição de medidas provisórias pelo Governo Federal que ocasionaram diversas provocações do Supremo pelos partidos de oposição.

Segundo os autores, o uso excessivo de medidas provisórias diminuía a participação da oposição no processo legislativo, diminuindo sua influência sobre este, tornando a ação direta de inconstitucionalidade o único instrumento capaz de enfrentar a ausência de deliberação no Congresso Nacional<sup>44</sup>. Esse contexto político e jurídico acabou por facilitar o desenvolvimento do processo de judicialização.

---

<sup>43</sup> MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. **Circuitos Interrompidos: as ADins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999 -2004)**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: 2007, p. 60.

<sup>44</sup> Ibid. p. 65.

Num segundo momento a pesquisa tratou dos dois primeiros anos do governo do Presidente Lula em que os partidos políticos passaram a ocupar a posição de legitimados ativos com maior número de Adins ajuizadas.

No ano de 1999 foram ajuizadas 189 ações diretas de inconstitucionalidade sendo que 61 ações foram ajuizadas por partidos políticos com representação no Congresso Nacional.

Em segundo lugar no quesito número de ações ajuizadas ficaram os governadores de estado que ajuizaram no total 49 Adins, sendo que destas 45 questionavam normas estaduais e apenas quatro normas federais.

Em terceiro lugar ficaram as confederações sindicais ou entidades de classe com 45 ações, 24 questionando norma federal e 21 questionando normas estaduais.

Dentre as ações ajuizadas pelos partidos políticos 42 foram de autoria de partidos de esquerda, 19 de partidos de centro e nenhuma dos partidos de direita, caracterizando a ação direta de inconstitucionalidade como um verdadeiro instrumento de influência das minorias.

No ano de 2000 o número total de Adins ajuizadas subiu para 253. Deste total, 75 foram de autoria de partidos políticos, 68 de Governadores de estado e 63 de Confederação sindical ou entidade de classe.

Dentre as Adins ajuizadas por partidos políticos 43 eram de partidos de centro, 30 de partidos de esquerda e apenas uma de partidos de direita.

Em 2001 foram propostas 210 ações diretas de inconstitucionalidade, sendo 79 de autoria de partidos políticos, 58 de Governadores de estado e 52 de Confederação sindical ou entidade de classe.

Os partidos políticos de centro ajuizaram 56 Adins, os partidos de esquerda, 22 e os partidos de direita não ajuizaram nenhuma Adin.

Em 2002, foram contabilizadas 206 Adins. Do total, 75 eram de Governadores de estado, 60 de partidos políticos e 44 de Confederação sindical ou entidade de classe.

Das ações postuladas pelos partidos 22 eram de partidos de centro, 16 dos de esquerda e apenas uma de partidos de direita.

Os autores então fazem uma análise a respeito das decisões cautelares e de mérito proferidas pelo Supremo no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade questionando a constitucionalidade de normas federais ajuizadas pelos partidos políticos.

No ano de 1999, das 30 Adins ajuizadas pelos partidos foram deferidos oito pedidos de medida cautelar sendo que destes cinco foram deferidos em parte e apenas três integralmente. Quanto ao mérito, apenas três Adins foram deferidas em parte.

Já em 2000, das 30 Adins ajuizadas nenhuma foi julgada procedente e foram deferidos seis pedidos de medida cautelar sendo que destes quatro foram deferidos integralmente e duas em parte.

Em 2001, de 24 Adins nenhuma foi deferida quanto ao mérito e apenas dois pedidos de cautelar foram concedidos em parte.

Por fim, no ano de 2002, 16 ações diretas de constitucionalidade foram ajuizadas. Apenas um pedido de cautelar foi deferido e nenhuma foi deferida quanto ao mérito pelo Supremo.

Para os autores: “o reduzido número de decisões de mérito indica um baixo desenvolvimento da jurisprudência do STF<sup>45</sup>”.

Não há que se discutir que tal situação acarreta uma dificuldade para o desenvolvimento do processo de judicialização tendo em vista a necessidade de uma construção jurisprudencial extensa o suficiente para que o poder legislativo a utilize de forma consultiva no momento de elaboração das normas, evitando que estas sejam invalidadas num momento futuro.

Todavia, esse contexto não indica que o processo de judicialização esteja desacelerando, pelo contrário, a simples provocação do Supremo, levando-a a realizar a análise da constitucionalidade de uma norma já constitui a judicialização mesmo porque não cabe a ele se omitir.

Ademais, o deferimento de uma liminar já é suficiente para influenciar o legislador, não deixando de constituir um precedente.

---

<sup>45</sup> MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. **Circuitos Interrompidos: as ADins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999 -2004)**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: 2007, p. 72.

Um exemplo disso é a Adin nº 2.125<sup>46</sup> ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores em face do artigo 2º da MP nº 2.006/99 que autorizava a contratação de servidores, por tempo determinado, para o INPI. Em 06/04/2000 o Supremo entendeu por bem deferir medida liminar para suspender a eficácia do referido artigo.

Ocorre que o artigo questionado não foi incluído nas reedições posteriores da Medida Provisória o que levou o STF a julgar a ação prejudicada tendo em vista a perda de objeto.

Trata-se, portanto de um caso em que o Executivo exercendo sua função atípica de legislar, considerou a cautelar deferida pelo Supremo e prevendo uma possível declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, deixou de incluí-lo nas reedições seguintes da MP.

Em outros casos, o simples ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade parece ter sido suficiente para a retirada dos dispositivos questionados do ordenamento jurídico.

A Adin nº 2.001<sup>47</sup>, por exemplo, foi ajuizada pelo PDT em face do artigo 56 do Decreto nº 3.048/99, que vinculava a concessão de aposentadoria no regime geral de previdência social à idade mínima de 65 anos para os homens e 60 para as mulheres.

Antes do julgamento do pedido de cautelar pelo Supremo o decreto foi republicado sem o referido artigo restando prejudicada a ação pela revogação da norma impugnada.

Por fim, no período de 2003 a 2004 houve um aumento substancial no número de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas por partidos de centro e de direita.

No ano de 2003, foram ajuizadas 308 Adins no total. Destas 118 foram de autoria do Procurador-Geral da República, 85 de Governadores, 52 de Confederação Sindical ou entidade de classe e 44 de partidos políticos com representação no Congresso Nacional.

Do total de 44 ações propostas por partidos políticos 24 eram de partidos de direita, 13 de partidos de centro e sete de partidos de esquerda.

Já em 2004, das 277 Adins ajuizadas 92 foram de autoria do Procurador-Geral da República, 75 de Confederação Sindical ou entidade de classe, 53 de Governadores e 41 de

---

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Inconstitucionalidade art. 2º da Medida Provisória nº 2.014-4, de 28.3.2000. Adin nº 2125-DF. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 22 de setembro de 1999.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Inconstitucionalidade do artigo 56 do Decreto nº 3.048/99. Adin nº 2001-DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 12 de maio de 1999.

partidos políticos com representação no Congresso Nacional sendo que destas 14 eram de partidos de direita, 14 de partidos de centro e 13 de partidos de esquerda.

Quanto ao mérito e medidas cautelares deferidas em 2003 apenas uma cautelar foi deferida, enquanto que em 2004 nenhuma Adin foi deferida quanto ao mérito ou mesmo cautelar. Segundo os autores:

Isso se deve ao fato do grande número de ações diretas de inconstitucionalidade que ainda aguardam o julgamento do pedido de cautelar e pelo número substancial de ações que tiveram seu pedido de medida cautelar julgado prejudicado<sup>48</sup>.

Decorre também da mudança trazida pela judicialização da política principalmente à sociedade política do país que acatou essa maior participação do Judiciário na tomada de decisões já prevendo qual será seu entendimento em determinadas situações através da análise da jurisprudência do Tribunal.

Assim, evita-se todo um processo de análise da constitucionalidade ou não de determinado dispositivo pelo Supremo já que o legislador de antemão soluciona o conflito abandonando o dispositivo.

Portanto, é notória a força que este fenômeno ganhou em nosso país.

---

<sup>48</sup> MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. **Circuitos Interrompidos: as ADins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999 -2004)**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro 2007, p. 80.

## 5 ANÁLISE ACERCA DE ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cabe aqui fazermos uma breve análise acerca de dois precedentes do Superior Tribunal Federal no que concerne a dois assuntos distintos, a fidelidade partidária e o aborto de feto anencéfalo.

Esses dois precedentes refletem a postura atuante da Corte na vida política e social do país como a seguir demonstrado.

### 5.1 Fidelidade Partidária

Quanto à fidelidade partidária vamos analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1465/DF<sup>49</sup>, Relator Ministro Joaquim Barbosa, ajuizada pelo Partido da Frente Liberal – PFL em face da parte final do parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 9.096 de 1995<sup>50</sup>.

Estabelece o referido parágrafo único do artigo 22:

Parágrafo único. Quem se filia a outro partido deve fazer comunicação ao partido e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral, para cancelar sua filiação; se não o fizer no dia imediato ao da nova filiação, **fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos.**

Sustentou o Requerente que o texto viola o princípio da autonomia partidária disposto no artigo 17, parágrafo 1º, da Constituição Federal que estabelece que:

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

---

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Inconstitucionalidade da parte final do parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 9.096 de 1995. Adin nº 1465-DF. Requerente: Partido da Frente Liberal. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 29 de maio de 1996.

<sup>50</sup> BRASIL. Lei nº 9.096 de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>.

Desta forma, o parágrafo único do artigo 22 da Lei estaria submetendo questões de interesse interno partidário à “atividade administrativa da Justiça Eleitoral”. Além disso, teria criado uma situação de inelegibilidade não prevista pela Constituição.

Por fim, sustenta que o registro dos partidos tem efeito meramente declaratório enquanto que o dispositivo impugnado geraria efeitos desconstitutivos.

O Relator Sr. Ministro Joaquim Barbosa entendeu por bem julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade analisada sob os seguintes fundamentos, para ele se assuntos como o da dupla filiação não pudessem ser tratados por lei, mas apenas pelo estatuto dos partidos poderia haver a imposição unilateral de um partido ao outro. Além disso, os partidos poderiam regular de maneiras diferentes a questão da dupla filiação. Aqui a presença do Estado visa justamente evitar essa interferência de normas internas de um partido em outro.

Além disso, a liberdade de que gozam os partidos deve estar sempre limitada aos fins e ao alcance de suas funções. Portanto, as normas que regulam a dupla filiação visam adequar as atividades do partido aos princípios constitucionais a que devem obediência.

A ausência de lei coibindo a dupla filiação poderia gerar uma confusão quanto a plataforma partidária seguida pelo filiado.

Por fim, o Eminent Relator afirma que a norma atacada não traz novo exemplo de inelegibilidade, pois a filiação não é pressuposto de inelegibilidade, mas verdadeiramente de elegibilidade.

No presente caso o Tribunal Constitucional entendeu que não cabe aos partidos através de seu estatuto regular o princípio da fidelidade partidária tendo, em vista a importância do assunto para a sociedade civil no que concerne ao exercício dos direitos de cidadania devendo a matéria ser regulada por lei dando maior segurança jurídica e legitimidade ao assunto.

Por fim, reconheceu a necessidade de obediência ao princípio constitucional da fidelidade partidária tirando essa margem de liberdade dos partidos políticos.

A constitucionalidade da resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que disciplina a perda de cargos eletivos por infidelidade partidária foi discutida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na quarta-feira, dia 12 de novembro.

Foram julgadas as Adins n<sup>os</sup> 3.999 e 4.086<sup>51</sup>, relatadas pelo ministro Joaquim Barbosa, contra a resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral

A resolução disciplina o processo de perda de mandato eletivo em consequência de desfiliação partidária sem justa causa. Pela resolução, deputados federais, estaduais e vereadores que mudaram de partido depois de 27 de março de 2007, e senadores, depois de 16 de outubro do mesmo ano, sem justificar o motivo, podem ser obrigados a devolver os mandatos para os partidos que os elegeram.

O Partido Social Cristão e a Procuradoria Geral da República ajuizaram, no Supremo, as Adins n<sup>os</sup> 3.999 e 4.086, respectivamente contra a referida resolução. O fundamento das duas é basicamente o mesmo: o TSE teria invadido a competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral e processual e também a reserva de lei complementar para dispor sobre a competência dos tribunais eleitorais.

O Tribunal, por maioria, superou a preliminar de conhecimento, vencido o Ministro Marco Aurélio, que se manifestou pela inadmissibilidade da ação entendendo não se tratar de ato normativo abstrato-autônomo do Tribunal Superior Eleitoral.

No mérito, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta e declarou a constitucionalidade da resolução impugnada, nos termos do voto do relator, vencidos os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio.

Em seu voto o Relator Ministro Joaquim Barbosa afirmou dentre outras coisas que:

As organizações partidárias não substituem o eleitor como centro de referência do sistema político. (...) A infidelidade partidária implica instabilidade do sistema democrático em duas ordens diversas. Em primeiro lugar, como decidiu a Corte, o acesso do candidato ao cargo eletivo pressupõe a força do partido político, nas eleições proporcionais. Em contraponto, contudo, não me parece possível ignorar a relação estabelecida diretamente entre o eleito e o eleitorado. O sistema de eleição baseado na apuração proporcional pressupõe a identidade entre o interesse dos eleitores e a postura e o programa adotados pelo partido político. (...) A questão que se coloca é como devem ser processadas essas tensões diante do temporário silêncio do Legislativo.

Afirma ainda:

---

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Inconstitucionalidade da resolução n<sup>o</sup> 22.610/07 do TSE. Adins n.º 3.999 e 4.086- DF. Requerentes: Partido Social Cristão e a Procuradoria Geral da República. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 20 de dezembro de 2007.

Entendo que, em princípio, o debate legislativo é o ambiente adequado para resolver essas e outras questões, que são eminentemente políticas. Somente em situações extremas e sempre quando autorizado expressamente pela Constituição é que o Judiciário pode se manifestar sobre os critérios que orientam a manutenção ou a perda do cargo por infidelidade partidária. (...) Vale dizer, de pouco adiantaria a Corte reconhecer um dever – fidelidade partidária – e não reconhecer a existência de um mecanismo ou de um instrumento legal para assegurá-lo. É nesse quadro excepcional de carência de meio para a garantia de um direito constitucional, marcado pela transitoriedade, que interpreto a adequação da resolução impugnada ao art. 21, IX do Código Eleitoral, este interpretado conforme a Constituição. A atividade normativa do TSE recebe seu amparo da extraordinária circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurá-lo. Ante o exposto, conheço desta ação direta de inconstitucionalidade, mas a julgo improcedente, considerando, pois, válidas as resoluções adotadas pelo TSE até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria.

Na quinta-feira, dia 13 de novembro foi veiculada matéria no Jornal O Globo<sup>52</sup> a respeito da votação das citadas Adins. Na matéria o jornal se reporta ao presidente do STF, o Ministro Gilmar Mendes, que afirmou que a inoperância do Legislativo tem obrigado o Judiciário a suprir as lacunas da lei. Além disso, o Ministro, segundo a matéria disse que:

Este era um caso relevante. Tivemos outros casos em que tribunal tem atuado de maneira complementar, supletiva, especialmente nos procedimentos de omissão legislativa inconstitucional.

Portanto, o próprio Tribunal reconhece sua função complementar ao Poder Legislativo no processo político, principalmente nos casos de omissão deste último.

## 5.2 Feto Anencéfalo

Em relação à interrupção de gravidez de feto anencéfalo foi ajuizada uma Questão de Ordem na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54<sup>53</sup>, Relator Ministro Marco Aurélio, sendo argüente a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.

Na inicial da referida ADPF a CNTS apontou como envolvidos na matéria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e

<sup>52</sup> STF: partidos podem cassar mandatos de infiéis. **O Globo**, Rio de Janeiro, 13 nov. 2008.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Inconstitucionalidade dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal. ADPF n.º 54-DF. Argüente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 17 de junho de 2004.

autonomia da vontade e o direito à saúde e, como ato do Poder Público, causador da lesão os artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal que versam sobre o crime de aborto.

Ademais, afirmou que juízes e tribunais vêm aplicando o Código Penal em detrimento da Constituição da República ao proibir a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, patologia esta que torna inviável a vida fora do útero materno. Diferenciam inclusive a antecipação terapêutica de aborto, uma vez que neste, há a potencialidade de vida extra-uterina.

Assim, requereu a declaração de inconstitucionalidade dos referidos artigos do Código Penal, uma vez que, interpretados de forma a alcançar a antecipação terapêutica acarretando um processo penal para os médicos que a efetuem e para as mães que a ela se submetam.

Inicialmente, o Relator Ministro Marco Aurélio proferiu decisão monocrática deferindo o pedido de liminar:

Diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto.

O Eminentíssimo Relator reconheceu a primazia dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e autonomia da vontade e o direito à saúde em relação aos dispositivos do Código Penal tendo em vista o sofrimento a que a gestante é submetida ao ter que continuar com uma gestação de um feto que ela sabe que não vai sobreviver fora de seu útero.

Posteriormente, o Tribunal, por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, tendo em vista, o Tribunal ainda não ter julgado o cabimento da ADPF.

Por fim, após o pedido de vista feito pelo Sr. Ministro Carlos Britto o Tribunal, por maioria, votou pelo cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Cabe aqui destacarmos alguns trechos do voto de alguns dos ilustres Ministros. O Sr. Ministro Marco Aurélio em seu voto afirmou que:

Os olhos da Nação voltam-se ao Supremo Tribunal Federal e este há de se pronunciar quer em um sentido ou noutro, evitando, com isso, a insegurança jurídica, a grande perplexidade que advém de teses díspares sobre a matéria. A Corte está sendo convocada e deve atuar, cumprindo o seu dever de guardião maior da Carta da República.

O ilustre Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, reproduziu em seu voto o entendimento do Procurador-Geral da República que sustentou em seu parecer a impropriedade do uso da ADPF para efeito de obtenção de interpretação conforme a Constituição, alegando que tal utilização configuraria usurpação de função do Poder Legislativo. O Ministro então rechaçou o entendimento do Procurador ao afirmar que:

A ADPF há de ser utilizada pelo STF como instrumento especial por meio do qual esta Corte chamará a si uma incumbência de natureza toda particular: a de conferir especial proteção a grupos minoritários, isto é, aqueles grupos sociais, políticos, econômicos, que por força de sua baixa representatividade ou da situação de quase impotência com que se apresentam no processo político-institucional regular, não dispõem de meios para fazer valer de forma eficaz os seus direitos.

Dos trechos transcritos podemos extrair o entendimento do Supremo da necessidade de zelar pela Constituição mesmo que isto venha a refletir no próprio processo político. Se julgada procedente a referida ADPF poderá se entender que o Tribunal está atuando como verdadeiro legislador ao criar uma nova hipótese de aborto lícito, não prevista no Código Penal.

Por outro lado, pode se entender que o que deve preponderar aqui são os princípios constitucionais da dignidade humana, da saúde e da autonomia da vontade e cabe ao Supremo socorrer a sociedade, especialmente as minorias, no presente caso.

Trata-se de um caso em que o Direito deve acompanhar o avanço das tecnologias que permite a identificação da doença desde cedo e garante que não há possibilidade de sobrevivência do feto.

Portanto, perfeitamente cabível a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

## 6 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo fazer uma análise do recente fenômeno da judicialização da política que consiste num processo de ampliação da atuação do Poder Judiciário no processo político do país, precipuamente através do exercício de controle de constitucionalidade das normas realizado pelo Supremo Tribunal Federal que atua como verdadeiro guardião da Constituição se caracterizando por um Tribunal Constitucional.

Tal processo foi deflagrado pela promulgação da Constituição de 1988, que completa 20 anos de promulgação neste ano, que através de diversas inovações inseriu em nossa sociedade a idéia da constitucionalização do direito.

Ao reconhecermos a soberania, a supremacia dessa lei maior estabelecemos que todos os ramos do direito estão à ela submetidos. Não apenas o direito, mas também os três poderes devem pautar sua atuação no texto constitucional. Sendo o poder público o responsável por regular as relações sociais, que tem como finalidade o interesse público, ele mais do que ninguém deve exercer suas atividades em conformidade com a Constituição.

É justamente esta a finalidade da separação dos poderes, bem como da democracia. A democracia apóia-se em dois valores, a participação efetiva da sociedade na vida política, seja escolhendo seus representantes, seja auxiliando o Estado em suas ações.

Por outro lado a democracia se baseia na idéia da justiça social, na defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, não basta que as decisões sejam tomadas pela maioria, além deste fator elas devem ser tomadas em respeito à dignidade da pessoa humana.

Isso porque a decisão da maioria não necessariamente é a melhor decisão para o bem comum da sociedade. Por isso, a necessidade de que as minorias tenham um instrumento hábil a permitir sua participação no processo político questionando as maiorias mais influentes.

Quanto à separação dos poderes originada pela Revolução Francesa numa tentativa de acabar com o monopólio do poder, se reconheceu a falência do sistema de concentração do poder nas mãos de um só soberano. Entendeu por bem o legislador constituinte prever a separação das funções do Estado entre três poderes que devem fiscalizar-se entre si.

Cada um desses poderes exercem suas funções típicas de legislar, julgar e administrar conjuntamente com suas funções atípicas sempre que necessário como no caso do Executivo ao editar Medidas Provisórias exercendo a função legislativa.

Todavia, esses poderes não estão imunes de sofrer controle, tendo em vista que a atual Constituição refletiu uma nova esfera jurídica no país em que não há uma supremacia dos poderes, mas sim uma supremacia do interesse público. Em razão desse novo contexto a referida Constituição inovou elencando em seu texto direitos fundamentais e sociais, bem como formas de controle da atuação dos poderes no exercício de suas funções assegurando que esses direitos sejam observados e que suas atividades busquem sempre o melhor para a coletividade.

Desta forma, os três poderes se fiscalizam reciprocamente numa tentativa de manter a harmonia do poder público no exercício de suas funções. Portanto, não há que se falar em invasão do Judiciário ao se tratar do processo de judicialização. Ele, em decorrência do sistema de freios e contra-pesos deve controlar as atividades dos outros poderes sempre se pautando na vontade do povo traduzida pela Constituição como guardião que é desta lei.

Para quem entende que não cabe ao Judiciário se imiscuir no mérito das decisões políticas tendo em vista que o texto constitucional ao tratar das políticas públicas, dos direitos sociais está se dirigindo ao poder político que é quem tem conhecimento das possibilidades financeiras de implementar essas políticas, está equivocado.

O Judiciário ao exercer o controle de constitucionalidade não tem a intenção de substituir o administrador na tomada de decisões, mas sim complementar a atuação dele influenciando de modo positivo no processo político de tomada de decisões através da aferição da compatibilidade dessas decisões com a Constituição, buscando assim zelar pelo interesse público.

Mesmo porque, ao fazer a análise da constitucionalidade de uma norma o Supremo não se coloca no papel do legislador estabelecendo como deve ser o conteúdo da norma, o que ele faz é aferir se o conteúdo da norma está em consonância com os princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição e caso não esteja, obrigar o legislador a rever sua decisão adequando-a aos preceitos constitucionais.

É sabido que o sistema político brasileiro possui muitas deficiências e o Judiciário devido à sua estrutura institucional e às diversas ferramentas que tem a sua disposição se

encontra numa posição mais favorável de fiscalizar esse sistema garantindo o devido funcionamento do processo deliberativo.

Ademais, não cabe ao Supremo como guardião da Constituição ao se deparar com uma norma inválida que esteja produzindo efeitos no mundo jurídico se omitir deixando de retirá-la do ordenamento.

Podemos concluir, portanto, que o processo de judicialização da política do Brasil é verdadeiro e tem se mostrado efetivo no que se propõe a fazer, isto é, assegurar que o processo político no Brasil esteja em consonância com a Constituição Federal.

Para isso, a Constituição de 88 criou mecanismos para fortalecer o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro por meio do qual o Supremo concretiza sua “participação” e influência no processo político caracterizando a judicialização, principalmente através da ação direta de inconstitucionalidade.

A grande inovação foi a ampliação do rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade permitindo a participação das minorias nesse processo político tão influenciado pelas majorias.

A introdução do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional neste rol foi de suma importância para o processo de judicialização primeiro porque permitiu que um maior número de interesses, seja atingido e segundo porque acarretou uma maior provocação do Judiciário a se pronunciar sobre as normas emanadas do poder público.

Como se viu no presente estudo os legitimados que mais ajuizaram Adins nos últimos tempos foram os partidos políticos, principalmente os partidos de esquerda, caracterizando sua grande influência na jurisprudência do Supremo e a importância de sua previsão como legitimado para o processo de judicialização da política.

Por fim, é importante ressaltar que o processo de judicialização acarretou uma importante inovação no próprio poder político do país na medida em que o legislador e o administrador passam a tomar como parâmetro para interpretar a Constituição a interpretação do Supremo consolidada em sua jurisprudência.

Assim tentam evitar que seus atos possam vir a ser invalidados no futuro pelo Tribunal. Em outros casos, quando o Supremo defere um pedido de medida cautelar suspendendo a eficácia da norma questionada, antecipando de alguma forma seu entendimento quanto à matéria o poder político tem optado muitas vezes por desistir da aplicação do dispositivo. Há uma revogação da norma.

Não há dúvidas de que se trata de um processo em andamento que ainda tem muito a ser aprimorado. No Jornal O Globo de quinta-feira<sup>54</sup>, foi divulgada a notícia de que após o Supremo Tribunal Federal se manifestar pela inconstitucionalidade da Lei nº 11.819/05 que autorizava o procedimento de interrogatório por videoconferência no estado de São Paulo, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou um projeto de lei federal para regulamentar o assunto.

Não se trata de um retrocesso apenas caracteriza um processo recente ainda em desenvolvimento, mas que vem ganhando muita força na sociedade civil, jurídica e até mesmo política do país.

Portanto, inegável a força que a judicialização da política vem ganhando principalmente pelo aumento do número de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo provocando deste uma atuação maior na vida política e social brasileira demonstrando a visão da sociedade do Tribunal como remédio na busca da defesa de direitos fundamentais e sociais.

---

<sup>54</sup> COMISSÃO de Constituição e Justiça do Senado aprovou um projeto de lei federal para regulamentar o procedimento de interrogatório por videoconferência. **O Globo**, Rio de Janeiro, 6 nov. 2008.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)>

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Inconstitucionalidade do inciso I e alíneas do artigo 1º da Lei nº 2.749, do Estado do Amazonas, parágrafo único do citado artigo, e o inciso II, alínea *a*, do mesmo artigo. Adin n.º 2728-AM. Requerente: Partido dos Trabalhadores e outros. Requerido: Governador do estado de Amazonas. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 18 de setembro de 2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Inconstitucionalidade art. 2º da Medida Provisória nº 2.014-4, de 28.3.2000. Adin n.º 2125-DF. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 22 de setembro de 1999.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Inconstitucionalidade do artigo 56 do Decreto nº 3.048/99. Adin n.º 2001-DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 12 de maio de 1999.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Inconstitucionalidade da parte final do parágrafo único do artigo 22 da Lei n.º 9.096 de 1995. Adin n.º 1465-DF. Requerente: Partido da Frente Liberal. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 29 de maio de 1996.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 9.096 de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Inconstitucionalidade da resolução n.º 22.610/07 do TSE. Adins n.º 3.999 e 4.086- DF. Requerentes: Partido Social Cristão e a Procuradoria Geral da República. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 20 de dezembro de 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Inconstitucionalidade dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal. ADPF n.º 54-DF. Argüente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 17 de junho de 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1984.

GARGARELLA, Roberto. *Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais*. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 207- 277.

MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. *Circuitos Interrompidos: As Adins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999-2004)*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito*. 1. ed. rev. Rio de Janeiro,: Lumen Juris, 2007. p. 57-81.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23. ed. rev. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2001.

STF: partidos podem cassar mandatos de infiéis. **O Globo**, Rio de Janeiro, 13 nov. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. 1. ed. rev. Rio de Janeiro: Revan, 1999.