

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA

GABRIEL COSTA DE ASSIS GOIS

**A POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS INFRALEGAIS À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

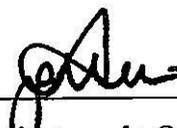
Maceió/AL.
Janeiro/2022.

GABRIEL COSTA DE ASSIS GOIS

**A POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS INFRALEGAIS À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada
à Faculdade de Direito de Alagoas
(FDA/UFAL) como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Ivo



Assinatura do Orientador

Maceió/AL.

Janeiro/2022.

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecário: Valter dos Santos Andrade

G616p Gois, Gabriel Costa de Assis.

A possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de atos
infralegais à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Gabriel
Costa de Assis Gois, Maceió – 2022.

72 f.

Orientador: Gabriel Ivo.

Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade
Federal de Alagoas, Faculdade de Direito de Alagoas, Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 69-72.

1. Direito processual. 2. Direito constitucional. 3. Controle de
constitucionalidade. 4. Atos normativos. I. Título.

CDU: 342(81)

À minha avó Nivalda, de quem tenho muitas saudades.

Aos meus pais e ao meu irmão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Lucas e Magaly, por sempre apoiarem meus estudos e serem exemplos na minha vida.

Ao meu irmão, Leonardo, pela amizade.

Aos meus tios, Yara, Ewerton e Rafael, por todo apoio que sempre me deram.

Ao Felipe e ao João Gabriel, amigos sempre presentes desde a infância.

Aos amigos que encontrei na Faculdade de Direito de Alagoas (FDA) e levarei para a vida: João Alexandre, Leandro Silva, José Pereira, Reudson Bezerra e Alex Carvalho, que sempre me inspiraram a ser um estudante melhor.

À Letícia, cuja companhia sempre iluminou os dias mais sombrios. Ao

Lucas Bernardes, à Carla e ao José Vitor pela fraternidade e união.

Aos professores da Faculdade de Direito de Alagoas que contribuíram para minha formação acadêmica e humanística, especialmente ao Professor Doutor Gabriel Ivo, pela orientação neste Trabalho de Conclusão de Curso.

*“Ninguém respeita a Constituição,
Mas todos acreditam no futuro da Nação.”*

Que País É Este, de Legião Urbana

RESUMO

Este trabalho tem como objeto a possibilidade de os atos normativos infralegais, também denominados atos normativos secundários, serem passíveis do controle concentrado de constitucionalidade. Em termos metodológicos, a investigação foi conduzida a partir da revisão bibliográfica de escritos acadêmicos e da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir da qual se constatou a ocorrência de uma evolução na abordagem do tema, superando-se o restritivo anterior, segundo o qual a crise de ilegalidade não poderia se sujeitar ao procedimento mencionado. Diante da imperatividade e da supremacia da Constituição, constatou-se que o controle de constitucionalidade é meio hábil à prevenção de incoerências sistêmicas que determinados atos normativos infralegais provocam quando ofendem diretamente o texto constitucional, bem como mecanismo de efetivação da Lei Maior e de implementação dos direitos e garantias fundamentais nela previstos. Assim, concluiu-se que a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade aos atos normativos secundários garante e reforça a supremacia da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito Processual Constitucional. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Atos Normativos Infralegais. Atos Normativos Secundários.

ABSTRACT

This work has as its object the possibility of infralegal normative acts, also called secondary normative acts, to be subject to concentrated control of constitutionality. In methodological terms, the investigation was conducted from the bibliographic review of academic writings and the analysis of the jurisprudence of the Federal Supreme Court, from which an evolution in the approach to the theme was observed, overcoming the previous restrictive, according to which the crisis of illegality could not be subjected to the aforementioned procedure. Given the imperative and supremacy of the Constitution, it was found that the control of constitutionality is a skillful way to prevent systemic inconsistencies that certain infralegal normative acts cause when they directly offend the constitutional text, as well as a mechanism for the realization of the Major Law and implementation of the fundamental rights and guarantees provided for therein. Thus, it was concluded that the expansion of the concentrated control of constitutionality to secondary normative acts guarantees and reinforces the supremacy of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: *Constitutional Procedural Law. Concentrated Control of Constitutionality. Infralegal Normative Acts. Secondary Normative Acts.*

LISTA DE SIGLAS

Ac. – Acórdão

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Ag. – Agravo

CE – Constituição Estadual

CF – Constituição Federal

CFRB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente

DJ – Diário da Justiça

LOA – Lei Orçamentária Anual

Min. – Ministro(a)

MP – Ministério Público

MTP – Ministério do Trabalho e Previdência

PGR – Procuradoria Geral da República

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONCEITOS GERAIS ACERCA DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	13
2.1 Da força normativa da constituição.....	13
2.2 Do controle concentrado de constitucionalidade.....	17
2.3 Da evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil	19
2.4 Das Ações do Controle Concentrado na Constituição Federal de 1988.....	22
2.4.1 Da ação direta de inconstitucionalidade.....	22
2.4.2 Da ação declaratória de constitucionalidade	27
2.4.3 Da ação direta de inconstitucionalidade por omissão	30
2.4.4 Da ação de descumprimento de preceito fundamental.....	32
3 ATOS NORMATIVOS, INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE	37
3.1 Conceitos gerais sobre os Atos Normativos	37
3.1.1 Dos atos normativos do processo legislativo	38
3.1.2 Emenda à Constituição.....	39
3.1.3 Leis Complementares, Leis Ordinárias e Leis Delegadas.....	40
3.1.4 Medidas Provisórias	41
3.1.5 Decretos Legislativos e Resoluções	42
3.1.6 Demais atos normativos previstos na Constituição que não fazem parte do processo legislativo	43
3.2 Dos atos normativos secundários.....	45
3.3 Da inconstitucionalidade e da ilegalidade	47
3.4 Da inconstitucionalidade de atos secundários via arguição de descumprimento de preceito fundamental	54

4 A POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS SECUNDÁRIOS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	56
4.1 Da possibilidade de controle concentrado de atos normativos secundários através de ação direta de inconstitucionalidade	56
4.2 Da possibilidade de controle concentrado de atos normativos secundários através de ação declaratória de inconstitucionalidade	61
4.3 Da possibilidade de controle concentrado de atos normativos secundários através de ação direta de inconstitucionalidade por omissão	62
4.4 Da possibilidade de controle concentrado de atos normativos secundários através de ADPF	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69

1 INTRODUÇÃO

Decorrente de múltiplos fenômenos históricos, sociais e políticos, a Constituição é o diploma normativo que fundamenta, forma e organiza o Estado, sendo a norma de maior hierarquia do ordenamento jurídico e, portanto, fundamento de validade de todas as demais normas. A Constituição é suprema e sua supremacia deve ser respeitada.

Ao ser promulgada, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 rompeu com a ordem totalitária do sistema político anterior, inaugurando o Estado Democrático de Direito e um novo ordenamento jurídico caracterizado pela existência de normas de contenção do poder estatal e pela presença de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais.

Apesar de as normas afeitas à proteção das liberdades individuais, à dignidade da pessoa humana e aos direitos sociais terem inserido o Brasil na vanguarda internacional, a mera positivação destas não garante as suas efetividades, sendo imperiosa à garantia da supremacia da Constituição a existência de mecanismos de efetivação.

É nesse contexto que este trabalho se insere ao estudar o controle de constitucionalidade como um procedimento de fiscalização normativa que opera para garantir a efetividade das normas constitucionais – ou seja, como um mecanismo de efetivação da Lei Maior – e, assim, prevenir a incoerência sistêmica.

Considerando a possibilidade de normas infralegais (portarias, decretos, resoluções etc.) atacarem frontalmente a Constituição, esta investigação se orienta a partir da seguinte pergunta: se provocarem ofensa direta a norma constitucional, os atos normativos infralegais podem ter suas constitucionalidades contestadas por meio do controle concentrado?

Para responder à pergunta, que corresponde ao objeto deste trabalho, lança-se mão da revisão bibliográfica combinada à análise das decisões do Supremo Tribunal Federal – única instância do Poder Judiciário dotada de competência para exercer o referido controle – enquanto aportes metodológicos.

Assim, de início, são analisados os conceitos de supremacia da Constituição e de controle de constitucionalidade na perspectiva histórica, legal e doutrinária, contudo, sem o intuito de exaurir temas de tamanha vastidão, mas apenas de obter o conteúdo indispensável para a condução deste trabalho.

Em seguida, analisaram-se os atos normativos em suas espécies, definições, diferenças, formas de produção e fundamentos de validade, além da distinção entre inconstitucionalidade

e ilegalidade. Para melhor compreensão do tema aplicado à prática forense, nessa etapa foi analisada a jurisprudência do STF.

Por fim, em conformidade com a jurisprudência e a doutrina, foram estudadas as possibilidades e as condições de os atos normativos secundários serem objetos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, bem como da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2 CONCEITOS GERAIS ACERCA DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Da força normativa da constituição

A tese fundamental de Ferdinand Lassalle sobre a essência da Constituição é a de que as questões constitucionais não são jurídicas, mas políticas, sendo o texto constitucional a expressão das relações de poder de um país. Ao seu entender, a força ativa das leis e instituições expressam tão somente os fatores reais de poder, os quais formam a “Constituição Real”¹.

É desse jurista a frase que atribui à “Constituição Jurídica” a característica de ser apenas um pedaço de papel. Ela estaria limitada à compatibilidade com a Constituição Real e, em caso de conflito, pereceria.

Crítico dessa concepção, Konrad Hesse² afirma que o texto constitucional não está desvinculado da realidade histórica do seu tempo, muito pelo contrário: a Constituição Jurídica confere forma e modifica a realidade, uma vez que se torna força ativa que influi e determina a realidade política e social.

É óbvio que as condicionantes naturais limitam a Constituição. No entanto, essa dicotomia exacerbada entre Constituição Real e Jurídica ignora que o texto decorre da realidade, das forças políticas, econômicas, sociais etc. e que também se impõe à realidade, moldando-a.

Diante das condições históricas de sua elaboração, o texto constitucional busca a construção de um futuro com base na natureza singular do presente. Afirma-se que ela é determinada e determinante ao mesmo tempo.

A Constituição, portanto, possui força normativa própria e, para Hesse, expressa o ser e o dever ser. Essa força é indispensável para segurança jurídica e para a estabilidade das relações sociais, surgindo não somente do seu conteúdo, mas de sua práxis³.

Em caso de conflito, há postulados que permitem assegurar a força normativa da Constituição: não permanecer estancado com o pensamento jurídico rigoroso, mas adotar perspectiva histórica, social, econômica, entre outras. É, em suma, aplicar a vontade da Constituição.

¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Sergio Antonio Fabris. Editora: Porto Alegre, 1991. p.1

² *Ibidem*, p. 25.

³ *Ibidem*, p. 21.

Sobre essa verdade, afirma Hesse⁴ :

O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais - princípio até então desconhecido -, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado.

Assim, partindo da lógica do autor, é papel do Pretório Excelso aplicar a Constituição Jurídica aos conflitos de poder que intentam descumpri-la, não deixando de impor a sua vontade nos aspectos finalísticos, utilizando-se de aspectos sociais, históricos etc. para tanto.

Dessa forma, o diploma normativo de maior hierarquia e que fundamenta todo o resto do ordenamento – isto é, a Constituição de um Estado nacional – caracteriza-se por fundamentá-lo, formá-lo e organizá-lo. Nesse sentido, as normas ⁵ constitucionais são dotadas de supremacia, expurgando do sistema tudo aquilo for contrário às suas prescrições.

Sobre isso, escreveu José Afonso da Silva⁶:

Nossa constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só nela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Compreendendo a rigidez e a supremacia da Constituição, afirma-se que todas as situações jurídicas devem respeitar os princípios e preceitos constitucionais, de modo que, independentemente de partir de ato comissivo ou omissivo, a inconstitucionalidade poderá e deverá ser reconhecida⁷. Nesse contexto, o controle de constitucionalidade se apresenta como mecanismo de defesa e de efetivação do texto constitucional.

Tal mecanismo, inclusive, garante ao Estado Democrático de Direito eficácia e efetividade, pois a partir da verificação da adequação da norma ao ordenamento, poderá ser constatada a nulidade de ato normativo ou de lei que agrida, na forma ou no conteúdo, o pactuado pelo poder constituinte originário.

⁴ HESSE, 1991, p.28.

⁵ Neste trabalho, a expressão “norma” é utilizada em sentido amplo, isto é, referente aos documentos prescritivos do direito. Portanto, essa palavra refere-se aos instrumentos normativos e enunciados, tenham eles passado ou não pela atividade de interpretação do sujeito cognoscente.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 48.

⁷ Ibidem, pp. 48-49.

Ao tratar do conceito de sistema, Norberto Bobbio ⁸ afirma que “um ordenamento jurídico constitui um sistema, porque nele não podem coexistir normas incompatíveis”. E segue afirmando que

Nesse caso, "sistema" equivale a validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento passam a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, significa que as normas de um ordenamento têm uma certa relação entre si, e essa relação é a relação de compatibilidade.⁹

Assim, para a Ciência do Direito, a unidade do ordenamento jurídico pressupõe uma compatibilidade sistêmica entre o previsto na norma fundamental e os conteúdos das demais leis e atos normativos.

Há de se dizer, contudo, que podem existir antinomias no ordenamento: diante do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, um texto normativo inconstitucional pode ser sancionado, publicado e aplicado. Não raro, sua aplicação provocará conflitos nas realidades jurídica e social.

Para contenção dessas incongruências, o sistema dispõe do controle de constitucionalidade enquanto conseqüente lógico da posição hierárquica da Constituição, pois, sendo ela o fundamento do ordenamento jurídico, norma alguma poderá contrariá-la, devendo ser tolhidas as que o fizerem.

Nesse jaez, Ivo Dantas¹⁰ ensina que tal mecanismo encontra-se assentado na rigidez e na supralegalidade do texto constitucional.

Assim, o controle jurisdicional da constitucionalidade é dividido entre difuso e concentrado, sendo o primeiro realizado casuisticamente pelo juiz, que, interpretando a Constituição, observará se o direito pleiteado em determinado processo judicial teve a sua aplicação obstada por inconstitucionalidade de ato normativo.

Vale ressaltar que, nos processos em que é suscitada a possibilidade do controle difuso, a declaração da inconstitucionalidade do ato normativo não é o objetivo central da ação. Por essa razão, a análise da constitucionalidade será objeto de um incidente de mérito, nãoconstando no dispositivo da sentença e produzindo efeitos apenas *intra partes*.

Tal aspecto não é comum às modalidades referidas, pois, no controle concentrado, o objeto da ação é a declaração da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, que é

⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinette, revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 239-240.

⁹ Ibidem.

¹⁰ DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**. 3ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, pp. 35 e 36.

questionada em abstrato, produz efeitos *erga omnes* e tramita em um tribunal especial, como explica Alexandre de Moraes¹¹ ao tratar de sua origem:

Posteriormente, em 1920, a Constituição austríaca criou, de forma inédita, um tribunal- Tribunal Constitucional- com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, em oposição ao sistema adotado pelos Estados Unidos, pois não se pretendia a resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato incompatível com as normas constitucionais.

No Brasil, vigora um sistema denominado misto ou híbrido, no qual todo juiz ou tribunal poderá fazer o controle difuso de constitucionalidade, sendo, todavia, restrito ao Supremo Tribunal Federal o controle concentrado, salvo nos casos de controle de lei municipal ou estadual em face de Constituição Estadual, em que o Juízo competente é o Tribunal de Justiça do Estado.

Essa classificação é feita por Gilmar Mendes¹²:

O modelo brasileiro, sobre o qual nos cabe falar hoje, é um dos exemplos mais eminentes desse modelo misto. Se as influências do modelo difuso de origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, o desenvolvimento das instituições democráticas acabou resultando num peculiar sistema de jurisdição constitucional, cujo desenho e organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade.

Adota-se, portanto, a fiscalização da constitucionalidade por meio judicial em duas frentes: uma indireta, feita por todo aquele prejudicado em caso concreto, e outra direta, em que se questiona, genérica e abstratamente, a constitucionalidade do ato normativo.

Calha consignar que, atualmente, opera-se no Brasil o fenômeno da “abstrativização” do controle difuso. Segundo Lauro Ishikawa e Clóvis Smith Frota Júnior¹³, há uma aproximação entre as espécies de controle de constitucionalidade, notadamente pela eficácia geral atribuída a decisões proferidas na via difusa.

Entretanto, a relação entre as duas modalidades se restringe à aproximação, pois somente por meio do controle constitucionalidade é possível invalidar o ato normativo, dado que esse é o mérito da discussão¹⁴.

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 724.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; **O Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v_Port.pdf. acesso em : 09 de mar de 2021.

¹³ ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 133-154, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p133. Acesso em 02 nov. 2021.

¹⁴ ISHIKAWA; FROTA JÚNIOR, 2019.

2.2 Do controle concentrado de constitucionalidade

Considerando a natureza híbrida do controle de constitucionalidade no Brasil, para melhor compreensão do objeto deste trabalho, foi feito um recorte epistemológico, de modo que, a partir de então, será dada maior atenção ao controle concentrado à luz do Direito Constitucional e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nessa esteira, a ação de controle concentrado, também denominada controle abstrato de constitucionalidade, tem como objeto o próprio ato normativo, analisando-se a existência de incompatibilidade formal ou material entre ele e a Constituição Federal. Assim, ao contrário do que ocorre no controle difuso, decide-se aqui sobre a permanência da norma no ordenamento.

É esse o entendimento de Luís Roberto Barroso¹⁵, o qual afirma que, apesar de a função jurisdicional, em regra, julgar pretensões antagônicas das partes, o controle concentrado não resolve um litígio ou uma situação concreta, pois se destina à proteção do ordenamento jurídico mediante a retirada de elemento incompatível com a Constituição. Diferente do controle difuso, no controle abstrato não há formação de uma lide propriamente dita. Não se trata de um conflito de interesse, mas sim de uma análise de conformação sistêmica. O texto é posto à prova perante a Constituição e analisa-se se ele a respeita. É o que afirma Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁶:

É indiscutível na doutrina o entendimento de que a ação direta de inconstitucionalidade é espécie de processo objetivo, considerando-se a ausência de um conflito de interesses específico a ser resolvido pelo órgão jurisdicional. Costuma-se afirmar com acerto que a finalidade do processo objetivo não é a aplicação de uma norma jurídica ao caso concreto, tomando-se por fundamento o suporte fático apresentado, mas tão somente a de discutir a adequação de uma lei ou ato normativo ao texto constitucional. Ao invés de resolver um conflito de interesse, nascido da pretensa violação ou ameaça de violação a um direito subjetivo, na ação direta de inconstitucionalidade analisa-se a lei em tese, decidindo-se pela adequação das normas infraconstitucionais às normas constitucionais.

Para o autor¹⁷, apesar das convergências, essa modalidade não pode ser classificada como jurisdição voluntária, pois o controle concentrado é ação declaratória necessária. Assim,

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2016, p. 120.

¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 5ª. Ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2020. p. 27.

¹⁷ NEVES, 2020, pp. 27 e 28.

não se aplica o Direito ao caso concreto para solucionar conflito, nem há integração jurídica da vontade das partes.

Apesar disso, não se pode afirmar o total desinteresse de grupos na declaração ou não da constitucionalidade de determinada norma, pois, no desempenho de suas funções, o Supremo Tribunal Federal acaba sendo percebido como uma instância que viabiliza o exercício de direitos fundamentais, como ocorreu no caso do julgamento da união homoafetiva.

Buscando reunir características comuns aos modelos de controle dos Estados que adotam o sistema de controle abstrato, Ivo Dantas¹⁸ afirma que, apesar das especificidades, neles, comumente, há a criação de órgão singular, com natureza e atuação jurisdicional, cuja escolha dos membros é diferente da escolha dos membros dos demais tribunais, mas não há vitaliciedade quanto à permanência dos membros da Corte Constitucional em seus cargos.

Assim, em se tratando de controle de constitucionalidade na forma concentrada, atribui-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para a salvaguarda da constituição nos termos do artigo 102 da CFRB/88.

Dessa forma, compete ao STF julgar, originariamente, as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e as ações declaratórias de constitucionalidade (ADC), bem como a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), essas nos termos dos §§1º e 2º do referido artigo 102.

As mencionadas ações possuem leis específicas que disciplinam seus procedimentos: a Lei nº 9.868/90 para ADI, ADC e ADO e a Lei nº 9882/99 para ADPF. Elaboradas com o objetivo de uniformizar o processo constitucional, elas dispõem sobre o processamento e julgamento das ações referidas com suas especificidades e requisitos, os quais serão tratados mais à frente.

Em suma, é através das ações previstas no texto constitucional que se provoca o Tribunal a realizar essa averiguação sistêmica da norma, sendo inegável que elas possuem uma importância fundamental para manutenção da força normativa da Constituição, do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, conforme reconhecido por Gilmar Mendes¹⁹:

O modelo *abstrato* recebeu ênfase da Constituição de 1988, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser

¹⁸ DANTAS, 2010, p.78.

¹⁹MENDES, 2020, p. 5.

submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Esse protagonismo averiguado não é por acaso: ante a implementação de um Estado Democrático de Direito, o constituinte originário se atentou não só à previsão de direitos que garantam o mínimo existencial, mas também à necessidade de estabelecer mecanismos de fiscalização e implementação desses direitos.

Sobre o tema, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin²⁰ propala:

O texto legislativo, sozinho, realmente não leva a lugar nenhum, contrariamente ao que insinua e advoga o saber convencional. [...]. Nas palavras de Rosco e Pound, ainda no início do Século XX e com apoio nos alemães, "O Direito sempre esteve e sem dúvida sempre estará em processo de vir a ser". Se não bastasse tal sábia lição, a realidade do fenômeno jurídico nos ensina que a promulgação, como momento formal, nada mais representa que o ponto inicial de uma trajetória, que pode ser curta ou longa, tranquila ou tumultuada, cara ou barata, democrática ou autoritária, efetiva ou inoperante, mas sempre prisioneira da sua implementação.

Assim, para evitar que o texto normativo constitucional fosse reduzido a uma mera carta de conselhos, conferiu-se ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, servindo o controle abstrato à implementação de direitos fundamentais e à garantia da efetividade da Lei Maior. Eis a importância do controle abstrato.

2.3 Da evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil

Em "O Valor da Constituição"²¹, o professor Ivo Dantas destaca que foi a Europa o local do surgimento e da consolidação do controle abstrato. Segundo o jurista, esse modelo surgiu em 1920 e fora aperfeiçoado por Hans Kelsen na Áustria em 1929.

O Brasil, porém, não o adotou de imediato, sendo a adesão ao sistema híbrido, mistura do europeu com o norte americano, resultado de um processo histórico-evolutivo do Direito.

Cabe, então frisar que, apesar de ser possível realizar o controle de constitucionalidade desde a Constituição Brasileira de 1891, no Brasil República, o modelo adotado era o difuso,

²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman De Vasconcellos E, **O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2156206/mod_resource/content/1/Estado%20Teatral%20e%20a%20Implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20Ambiental,.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 5

²¹ DANTAS, 2010, página?

presente desde a Constituição provisória do 1890, nos termos do artigo 58 do decreto nº 510 de 22 de junho de 1890²²:

Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...)

III. Rever os processos findos, nos termos do art. 78.

§ 1º Das sentenças da justiça dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;

b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados.

Nesse contexto, não se pode olvidar da influência norte-americana no pensamento do final do século XIX, pois, espelhando-se em seu sistema judicial, os Estados Unidos do Brazil adotaram o modelo difuso, entretanto não de imediato.

Segundo José Carlos Moreira Alves²³, foi em 1893 que, em uma das causas de Rui Barbosa, foi aventada a possibilidade de o Judiciário verificar se atos dos outros poderes respeitavam a Constituição. Estabeleceu-se, então, que não somente o Supremo Tribunal, mas todo o Poder Judiciário poderia realizar essa função, suspendendo a eficácia dos atos apontados como inconstitucionais.

Avançando no tempo, foi só com a Emenda nº 16 à Constituição de 1946 que houve a possibilidade de o controle de constitucionalidade brasileiro ser tratado por meio de ação judicial. Antes da Emenda, o texto constitucional de 1946 previa a representação interventiva não como modo de discutir norma em tese, mas como meio de o Supremo Tribunal Federal analisar o ato normativo que decretava intervenção.

Como colocam Gilmar Ferreira Mendes e Lênio Luiz Streck²⁴, a mencionada Emenda ao texto constitucional de 1946 adveio de uma reforma da estrutura do Poder Judiciário. Diferente do visto hodiernamente, o controle concentrado de constitucionalidade poderia ser provocado exclusivamente pelo Procurador Geral da República.

Ao tratar da Emenda Constitucional supra, sublinha Ivo Dantas²⁵ que

²² BRASIL. Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 10 jun 2021.

²³ ALVES, 1993, *APUD* DANTAS, 2010. **O Valor da Constituição**. 3ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 95.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1457.

²⁵ DANTAS, 2010, p. 104.

A Emenda Constitucional n° 16, de 26.11.1965, publicada no DOU de 6.12.65, composta de 21 artigos, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o denominado controle de constitucionalidade por via de ação direta, a qual não mais haveria de limitar-se a hipótese de funcionar como requisito prévio para a decretação de intervenção federal. Em outras palavras: a ação direta por ela adotada desvinculava-se do instituto da intervenção federal.

É, portanto, cediço que foi a partir dessa alteração legal que o controle abstrato de constitucionalidade começou a ser praticado no Brasil. Inegável, no entanto, que a legitimidade exclusiva para propositura da ação pelo Procurador Geral da República, cargo demissível *ad nutum* à época, restringira bastante seu uso. Influência do espírito antidemocrático dos tempos em que foi produzida, o contexto histórico muito diz sobre a opção por essa exclusividade.

Logo após, em 24 de janeiro de 1967, foi promulgada a Constituição da ditadura militar, a qual não trouxe grandes mudanças no controle de constitucionalidade, mantendo-se incólume o controle difuso e a ação direta de inconstitucionalidade²⁶.

Assim, durante vinte e um anos, permaneceu em vigor a Constituição do regime militar que, após um processo de lutas, pereceu e, em 27 de novembro de 1985, através da Emenda Constitucional 26, foi convocada uma nova constituinte.

Surge, então, em 5 de outubro de 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil, que vigora até hoje. Chamada de “Constituição Cidadã”, ela reflete a superação do regime ditatorial com a adesão ao um Estado Democrático de Direito de fato.

As liberdades civis e políticas, os direitos sociais e difusos, o rol de preceitos e garantias fundamentais, de liberdades individuais e de cláusulas pétreas possibilitam ao cidadão brasileiro uma mínima existência plena. Ademais, conferem ao país estabilidade e segurança.

Nesse contexto, o constituinte de 1988 quis dar ao controle de constitucionalidade nova formulação, aumentando seu alcance e, conseqüentemente, viabilizando a efetiva implementação do texto constitucional. A partir de então, a operacionalização desse procedimento passa a implicar na defesa do texto constitucional, de seus princípios e, por fim, da dignidade humana, objetivo maior da República Federativa do Brasil.

²⁶ CANOTILHO *et al*, 2018, p. 1457.

2.4 Das Ações do Controle Concentrado na Constituição Federal de 1988

Como já visto, a modificação do controle de constitucionalidade advinda com a Constituição de 1988 deu maior ênfase à sua atuação como um mecanismo de fiscalização das autoridades públicas, especialmente àquelas responsáveis por decisões de aplicabilidade geral.

Diferentemente do que ocorrera no sistema jurídico-político anterior, que fez perecer o Direito Constitucional para permitir maior capacidade de coação, com a instalação do Estado Democrático de Direito, essa seara foi sobremaneira fortalecida.

Antes, na vigência de um regime autoritário, havia uma escassez de meios de limitação do poder, de modo que, na dicção de Lassalle²⁷, a Constituição brasileira equivalia a uma mera folha de papel. Hodiernamente, entretanto, nota-se que o controle de constitucionalidade por via direta de ação é um dos mecanismos fundamentais à defesa da democracia.

O meio, por conseguinte, de provocar esse mecanismo é através do uso das ações do controle concentrado, as quais serão analisadas a seguir.

2.4.1 Da ação direta de inconstitucionalidade

Prevista expressamente no artigo 102, I, “a” da CF/88, a ação direta de inconstitucionalidade foi, dentre aquelas que permeiam o processo objetivo, a primeira a ser trazida para o ordenamento brasileiro, como já visto quando discutida a evolução histórica do controle de constitucionalidade.

Para Lênio Luiz Streck²⁸, a ADI se divide em duas espécies: a genérica e a interventiva. A primeira é aquela que objetiva declarar inconstitucionalidade em tese. Já a interventiva, de iniciativa do Procurador Geral da República ou do Procurador Geral de Justiça, trata da possibilidade da intervenção da União nos Estados e dos Estados nos Municípios. Nesse caso, não há inconstitucionalidade em tese, mas sim um conflito de competência, nos termos do artigo 34 da CFRB/88.

Por ser o Supremo Tribunal Federal guarda precípua da Constituição, o julgamento da ADI não poderia competir a outro órgão a não ser a ele próprio. Ocorre, porém, que há a possibilidade de os Tribunais de Justiça Estaduais julgarem ADI proposta contra leis ou atos

²⁷ LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 68.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. pp. 317-318.

normativos estaduais ou municipais em face da Constituição do Estado. O artigo 125, §2º da CFRB/88 trata dessa possibilidade, chamando a ação de “representação de inconstitucionalidade”.

Conforme afirma Daniel Amorim Assunção Neves²⁹, apesar de o texto expresso da Constituição falar em representação de inconstitucionalidade, a doutrina aponta a incorreção do termo, pois a representação de inconstitucionalidade nada mais seria que a ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, a ADI propriamente dita, isto é, a denominada de genérica, é a ação cabível para impugnar lei ou ato normativo federal ou estadual inconstitucional.

Para José Afonso da Silva³⁰, o fenômeno da inconstitucionalidade se dá pela produção de atos legislativos ou administrativos que contrariam regras e princípios constitucionais. Nessa toada, o Professor apresenta como hipóteses a inconstitucionalidade formal e a material.

Formalmente, é inconstitucional norma formulada por autoridade incompetente ou em desacordo com os procedimentos previstos pelo texto constitucional. Já inconstitucionalidade material é a incompatibilidade de conteúdo da lei ou ato normativo impugnado com o prescrito pelo constituinte.

Sobre aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, o artigo 103 da Constituição Federal prevê que são legitimados ativos o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores dos Estados ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou as entidades de classe de âmbito nacional.

Houve, em verdade, uma expansão dos legitimados a propor ADI, de modo que, o que antes era atribuição exclusiva da PGR, foi diversificado e democratizado pelo constituinte de 1988. O número de legitimados, então, aumentou para nove.

A abertura no rol de legitimados conduz à democratização do acesso ao controle concentrado, como é visto no caso dos partidos, por exemplo, ou dos grupos de categorias homogêneas.

Portanto, legitimar o povo, mesmo que de maneira indireta e limitada, permite uma maior possibilidade de fiscalização dos atores políticos, já que, quando de competência

²⁹ NEVES, 2020, pp. 27-29.

³⁰ SILVA, 2019, p. 49.

exclusiva do Procurador Geral da República, muito daquilo que seria de interesse da sociedade poderia ficar restrito ao crivo de um único agente legal.

Apesar dessa abertura vista, dentre os nove legitimados, alguns devem demonstrar pertinência temática: os Governadores dos Estados, as Mesas das Assembleias Legislativas, as Confederações Sindicais e as Entidades de Classe.

Por pertinência temática entende-se a relação entre objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato.³¹ Assim, devem comprovar o interesse de agir; a maneira pela qual o ato impugnado é prejudicial.

Dessa forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal limitou processualmente os legitimados ativos. Conforme Luís Roberto Barroso³², eles foram divididos em os universais e especiais, sendo os primeiros aqueles “cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese”, enquanto os segundos, os que possuem “atuação restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada”.

Esses últimos devem demonstrar, quando do ajuizamento da ação, pertinência temática entre o proposto e a atuação do órgão, isto é, como a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado agride diretamente suas competências.

São, por conseguinte, legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional.

Sobre a legitimidade passiva, afirma Daniel Amorim Assunção Neves³³ que, no processo objetivo, inexistente formação de lide. Portanto, mesmo tendo o Advogado Geral da União o dever de, nos termos do §3º do art. 103 da Constituição, defender o ato normativo impugnado, ele não forma o polo passivo, pois o objetivo da ação é a impugnação de ato e não uma demanda contra o sujeito.

No mesmo sentido, ocorre com as autoridades responsáveis pelo ato normativo impugnado: elas são chamadas para se manifestarem no processo, todavia não há pretensão formada contra elas.

³¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI Nº 1157 MC / DF. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7654/false>> Acesso em: 10 jun. 2021.

³² BARROSO, 2016, p.124.

³³ NEVES, 2020, pp. 30-31.

O procedimento da ADI é regulamentado pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Em respeito aos artigos 102 e 103 da CFRB/88, os legitimados podem propor petição inicial com objetivo de provocar o Tribunal. A petição indicará o dispositivo de lei impugnado com a fundamentação jurídica. Vale destacar que o STF não fica restrito a essa fundamentação, uma vez que a causa de pedir é aberta³⁴.

Também não fica a Corte restrita aos dispositivos impugnados, pois, caso haja conexão com outras normas, poderá ocorrer inconstitucionalidade por arrastamento, como bem explica Lênio Luiz Streck³⁵ ao dizer que se trata de técnica em que o Tribunal, ao declarar determinado dispositivo inconstitucional, “arrasta” outros dispositivos, mesmo que não presentes no pedido, considerando a necessidade da coerência e integridade do sistema jurídico.

Uma vez recebida a petição inicial da ADI, pode o Relator pedir informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, nos termos do artigo 6º da Lei nº 9868/99. Não há, porém, intervenção de terceiros, mesmo assim é possível a presença de *amicus curiae* que, segundo Paulo Roberto de Góuvea Medina³⁶, é uma figura essencial para ampliar a participação dos interessados da causa.

Após o prazo conferido à autoridade que produziu o ato para prestar informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República.

Isso ocorre para que haja, na ADI, uma espécie de contraditório: o legitimado propõe a tese de inconstitucionalidade, a AGU apresenta a sua defesa e a PGR, quando não é a proponente da própria ação, é ouvida. Após, tem-se a oitiva de *amicus curiae* para esclarecer pontos técnicos ou visões.

Um exemplo da partição do *amicus curiae* pode ser encontrado na ADI 3510, que tratava do uso de células-tronco e da Lei de biossegurança: foram ouvidas entidades de direitos humanos, o Instituto de Bioética, a Confederação Nacional dos Bispos, entre outros.

Ao analisar a decisão derivada da mencionada ação, escreveu Lenio Streck³⁷:

Nota-se que a introdução das audiências públicas, bem como a participação de *Amicus Curiae* em sede de controle abstrato de constitucionalidade, veio conferir maior legitimidade democrática às decisões da Suprema Corte. Além disso, esta abertura

³⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI Nº 3796/PR, Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur370668/false>. Acesso em: 22 ago. 2021.

³⁵ STRECK, 2019, pp. 329-330.

³⁶ MEDINA, Paulo Roberto de Góuvea. **Direito Processual Constitucional**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 90-91.

³⁷STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF 9.868em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 50.

supre, em certa medida, a ausência da fase probatória, visto que o objeto das ações no interior do controle concentrado é considerado “estritamente” jurídico.

Sobre as Audiências Públicas, elas podem ocorrer nos termos do artigo 9º, § 1º, da Lei nº 9868/99, caso haja insuficiência de informações. O Relator poderá, então, designar perito, ou “fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”³⁸.

Em sede de controle concentrado há a possibilidade de medida cautelar ser deferida pelo Relator do processo. É o que prevê a Seção II do Capítulo I da Lei da ADI e ADC. Prevê o artigo 10º: “a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal”³⁹ e ocorrerá após audiência ou oitiva das autoridades que produziram o ato. Trata-se do princípio do *full bench* ou da cláusula de reserva de plenário, estabelecido no artigo 97 da CF, que, em caso de urgência, pode ser inobservado.

Os efeitos dessa decisão liminar, em regra, são *erga omnes* e *ex nunc*, salvo se entenda diversamente o Relator.

O efeito não retroativo da decisão cautelar é diverso daquele da decisão definitiva em sede de ADI. Ao tratar do tema, o legislador estabeleceu que a regra, diante de decisão terminativa, é o efeito retroativo. Sobre o tema, escreve Paulo Roberto de Gôuvea Medina⁴⁰:

O acórdão do STF que acolhe a arguição de inconstitucionalidade tem caráter declaratório, implicando o reconhecimento da nulidade da norma e produzindo, em regra, efeito *ex tunc*. Mas a decisão que defere medida cautelar, em ADI, suspendendo, provisoriamente, a eficácia da lei ou do ato normativo produz, em princípio, apenas efeito *ex nunc*.

Cabe destacar que, ao STF, é possibilitada a modulação de efeitos: o artigo 27 da Lei nº 9868/99, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de 2/3, permite que o Tribunal restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou faça com que ela surta efeitos a partir de determinado momento.

Além dos efeitos, em regra, retroativos, a decisão declaratória definitiva de inconstitucionalidade possui eficácia contra todos e vinculante a todos os órgãos do Poder

³⁸ BRASIL, Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal.&text=Art. Acesso em: 15 set 2021.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ MEDINA, 2012. p. 93.

Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, conforme previsto no §2º do artigo 102 da CF.

2.4.2 Da ação declaratória de constitucionalidade

Considerada a ADI de sinal trocado e de objeto mais restrito, a ADC é ação proposta para comprovar que o ato normativo em questão respeita as previsões do texto constitucional.

Introduzida através da EC nº 3/93 e alterada pela EC nº 45/04, a Ação Declaratória de Constitucionalidade consiste, para Alexandre de Moraes⁴¹, em típico processo objetivo que se destina a afastar insegurança jurídica e estado de incerteza sobre validade de lei ou ato normativo, preservando a ordem jurídica nacional.

Apesar de plenamente utilizada, a introdução dessa espécie de ação gerou, de início, certa discussão acerca de sua possível inconstitucionalidade.

Nesse sentido, José Afonso da Silva⁴² destaca que “a inovação imediatamente suscitou controvérsias sobre sua legitimidade político-constitucional”, apontando que se argumentava que, por se tratar de uma ação que paralisa debates de questões jurídicas fundamentais, a ADC possibilitava a violação ao acesso à justiça, ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e à separação de poderes. *In verbis*:

Seu exercício, portanto, gera um processo constitucional contencioso, de fato, porque visa desfazer decisões proferidas entre partes, mediante sua propositura por uma delas. Nesse sentido, ela tem verdadeira natureza de meio de impugnação antes que de ação com o mesmo objeto das contestações apresentadas nos processos concretos, sustentando a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, e sem as contrarrazões das partes contrárias. Então, a rigor não se trata de processo sem partes e só aparentemente é processo objetivo, porque, no fundo, no substrato da realidade jurídica em causa, estão as relações materiais controvertidas que servem de pressupostos de fato da ação.⁴³

A ADC seria então um meio de paralisar processos que sobre os quais existem impugnações de inconstitucionalidade sem dar às partes possibilidade de se manifestarem. Sobre o assunto, o já citado Alexandre de Moraes⁴⁴ escreve que o Plenário do STF, incidentalmente, declarou, na ADC n.1-1, a constitucionalidade da ação direta de constitucionalidade, atribuindo-lhe, inclusive, aplicação imediata.

⁴¹ MORAES, 2013, p.794.

⁴² SILVA, 2019. p. 58.

⁴³ *Ibidem*, p. 59.

⁴⁴ MORAES, *op. cit.*, pp.793-794.

Cabe destacar que todas as leis possuem presunção de constitucionalidade. Diante disso, quando uma norma federal é constantemente julgada inconstitucional no processo subjetivo, tem-se a necessidade de colocá-la em discussão no processo objetivo.

Nesse contexto, a ADC é essencial para garantir estabilidade e segurança ao ordenamento jurídico, uma vez que trata de controvérsia judicial relevante, suficiente para abalar a presunção de constitucionalidade da norma.

Não se pode olvidar que a ADI e a ADC possuem efeito dúplice: ao julgar-se improcedente a ação declaratória de constitucionalidade, tem-se a inconstitucionalidade da norma declarada. O contrário também é possível, pois uma ADI improcedente serve de reforço à constitucionalidade daquilo que fora impugnado. É o que diz o artigo 24 da Lei nº 9868/99⁴⁵:

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Vale destacar que a ADI e a ADC possuem muitas semelhanças procedimentais, estando ambas previstas no artigo 102 I, “a” da CF e procedimentalmente regulamentadas pela Lei nº 9868/99. Sobre isso, Daniel Amorim Assumpção Neves⁴⁶ diz que as ações, substancialmente, possuem as mesmas características procedimentais, sendo de maior interesse para o estudo da ADC tratar daquilo que é singular a ela.

Diante da lição apresentada, destacam-se as seguintes características: objeto restrito à norma federal, função de pacificação jurídica e a necessidade de controvérsia judicial, liminar mais restrita, bem como decisão declaratória também mais limitada.

Inicialmente, é expressa a Constituição ao afirmar que ao STF cabe julgar “ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. Sobre a controvérsia judicial relevante, essa deve ser suscitada como requisito de admissibilidade da ação. É o que diz o artigo 14, III, da Lei nº 9868/99.

Tem, portanto, o autor da ADC a incumbência de demonstrar que o texto objeto da ação teve sua aplicabilidade afastada judicialmente em sede de controle incidental de

⁴⁵ BRASIL, Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal.&text=Art. Acesso em: 15 set 2021.

⁴⁶ NEVES, 2020, pp. 101-109.

constitucionalidade. Não basta somente a existência de decisões, sendo necessário que elas sejam aptas a abalar a presunção de constitucionalidade das leis.⁴⁷

Quanto às decisões, a de caráter liminar, em sede de ADC, é tão somente acautelatória, servindo apenas para que os processos em que se discute a norma em questão sejam suspensos, nos termos do artigo 21 da Lei nº 9868/99.

No que pertine à decisão definitiva de mérito, utiliza-se aqui já o entendimento Neves⁴⁸ sobre a impossibilidade de modulação de efeitos da declaração de constitucionalidade da norma. Para o autor, é inaplicável o previsto no artigo 27 da Lei nº 9868/99, pois a procedência do pedido apenas confirma seu estado natural.

Pensa diferente Luís Roberto Barroso⁴⁹:

De fato, como a lei ou ato normativo objeto da declaração de constitucionalidade já desfrutava, a exemplo dos atos emanados do Poder Público em geral, de presunção de validade, seus efeitos regulares já deveriam estar se produzindo desde a publicação. A ação declaratória de constitucionalidade existe apenas para reafirmar o que já se presumia, em hipóteses nas quais tenha surgido controvérsia judicial relevante. De ordinário, portanto, seu acolhimento não afetará as situações jurídicas preexistentes. Por essa razão, o art. 27 da Lei n. 9.868/98 somente se refere à flexibilização dos efeitos temporais em relação à decisão que declara a inconstitucionalidade. No entanto, é possível especular que em uma hipótese na qual haja ocorrido ampla controvérsia judicial acerca da constitucionalidade de determinado dispositivo — com sua inaplicação em larga escala — se possa estabelecer uma eficácia puramente prospectiva da decisão ou de algum outro modo restringir seus efeitos, com base no mesmo tipo de raciocínio ponderativo previsto naquela norma, levando-se em conta a segurança jurídica ou excepcional interesse social

Para o Barroso, diante de uma grande controvérsia, poderia, em virtude da segurança jurídica ou interesse social, restringirem-se os efeitos da decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Seria um raciocínio excepcional e ponderativo.

Este trabalho se afilia a esse último entendimento, pois a interpretação do dispositivo em questão, o artigo 27 da Lei nº 9869/99, é gramaticalmente exauriente.

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo [...] poderá o Supremo Tribunal Federal [...] 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.

Portanto, em sede de ADC, a modulação dos efeitos só seria possível em caso de improcedência da ação, isto é, a partir da declaração da inconstitucionalidade. A aplicação de

⁴⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC Nº 40. Ag/R/DF, Rel. Min. Dias TOFFOLI, J. 06/06/2018. *apud* NEVES, 2020, p. 102.

⁴⁸ NEVES, 2020, p. 108.

⁴⁹ BARROSO, 2016, p. 167.

modulação de efeitos ao declarar norma constitucional é impraticável no ordenamento brasileiro, já que subsiste a presunção de constitucionalidade das leis, como reconhecido pelo próprio Barroso no trecho destacado.

Ao dar procedência à ação declaratória de inconstitucionalidade, o STF apenas reconhece um estado já existente. Portanto, ao Tribunal não cabe dizer que, em determinados casos, a lei constitucional não se aplica. Isso é, na verdade, o reconhecimento de inconstitucionalidade do ato normativo de uma maneira tácita e vai de encontro à finalidade da ação ora tratada, porquanto gera maior insegurança jurídica, uma vez permite lei constitucional ser afastada.

2.4.3 Da ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A força normativa da Constituição não existe apenas para impugnação dos atos contrários a ela. Em verdade, o texto constitucional vai além da figura do Estado Liberal, que se prestava apenas a limitar a atuação governamental, mas inaugura um verdadeiro Estado de Bem-Estar Social, figurando no texto inúmeras normas de caráter programático, obrigando-se a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal a agir.

Ao longo de toda a Constituição Federal, constam exemplos de direitos sociais e difusos que imperam, isto é, obrigam o Estado a agir, seja legislando, seja tomando medidas executivas para satisfação, nesse sentido, é o artigo 225 da CF, que trata do dever do Estado em preservar o meio ambiente, e o artigo 215, que remete ao dever de garantir o pleno exercício dos direitos culturais.

Conforme afirma José Afonso da Silva⁵⁰, a inconstitucionalidade pode decorrer tanto de ação contrária à Constituição, quando da omissão ao cumprimento do texto constitucional, se prevista uma obrigação pelo constituinte e o poder público se furtar de atendê-la, verifica-se uma omissão inconstitucional.

Para inibir esse tipo de inconstitucionalidade, surge a figura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inovação prevista no artigo 103, §2º da CF/88. Para Alexandre de Moraes⁵¹, o objetivo do constituinte era conceder plena eficácia a normas constitucionais dependentes de complementação infraconstitucional, entretanto, não só são

⁵⁰ SILVA, 2019, pp. 48-49.

⁵¹ MORAES, 2013, p.790.

impugnáveis as omissões relativas às normas de eficácia limitada de princípio constitutivo e caráter imposto, ou seja, as que investem o legislador a obrigação de tecer comando normativos.

Ao tratar da ADO e compará-la a uma figura semelhante do controle difuso, escreve Lenio Streck⁵² que a ação do controle objetivo se caracteriza por buscar dar efetividade a normas constitucionais, enquanto o mandado de injunção tem por essência tornar viável, às partes requerentes, o exercício de direito fundamental.

Também leciona o autor que qualquer um é legitimado a propor a ação injuntiva, enquanto que, para propor ação direta de inconstitucionalidade, somente são legitimados aqueles previstos no artigo 103 da Constituição Federal, aliás, os mesmos da ADI e da ADC.

A espécie de ação ora tratada é regulamentada procedimentalmente pela Lei nº 9868/99, outra semelhança à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade. Essa regulamentação, todavia, ocorreu dez anos após sua entrada em vigor, por meio da inserção do Capítulo II-A e artigos 12-A a 12-H da Lei nº 12.063/09, os quais preveem admissibilidade e procedimento da ADO.

Deve a petição inicial trazer especificada, nos termos do artigo 12-B, inciso I da Lei nº 9.868/99, “omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa”⁵³. Após, são aplicados os procedimentos da ADI, sendo a única distinção a não obrigatoriedade da participação da AGU nos termos do §2º do artigo 12 E da Lei nº 9.868/99.

A problemática maior no que pertine à ação ora tratada são os efeitos da decisão. Sobre isso, previu o legislador, no artigo 12-E, que será dada ciência da omissão inconstitucional ao poder competente para adoção de medidas e, em caso de órgão administrativo, as providências deverão ser tomadas em até 30 dias ou em prazo razoável estipulado pelo Tribunal.

Nesse esteio, escreve Alexandre de Moraes⁵⁴ que a decisão em ADO é de caráter obrigatório e mandamental, haja vista que o pretendido é obtenção de uma ordem judicial para obrigar outro órgão do Estado.

Eis então uma polémica suscitada: seria indevida essa interferência do Judiciário nos outros poderes, agredindo a separação entre eles? Não. O artigo 2º da Constituição prevê que os poderes são independentes e harmônicos entre si, de modo que o judiciário não é impedido

⁵² STRECK, 2019, p. 514.

⁵³ BRASIL, Lei nº 9896, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal.&text=Art. Acesso em: 15 set 2021.

⁵⁴ MORAES, 2013, p. 792.

de interferir nos outros Poderes, desde que o texto constitucional e legal preveja a possibilidade de atuação e que essa ocorra de forma legítima.

Tem-se um sistema de freios e contrapesos, impedindo que os poderes sejam agressores do ordenamento. É o que escrevem Lênio Streck e Fábio de Oliveira⁵⁵:

O princípio da separação de poderes é ancorado na aceção de discricionariedade: um poder está proibido de invadir a discricionariedade dos outros. Este o ponto de equilíbrio, a linha fronteira. Acontece que a apreensão do juízo discricionário passa por uma (r)evolução, uma acentuada mudança, e, assim, a separação de poderes. Discricionariedade não significa liberdade total, ao sabor da opinião individual do agente, refém do subjetivismo (solipsismo), onipotência, juízo fora ou ignorante do Direito sem parâmetros, sem balizas. Discricionariedade, nesse sentido, também não se confunde com "discricionariedade interpretativa", valendo sempre lembrar a aguda crítica feita por Dworkin ao positivismo de Herbert Hart, aplicável ao decisionismo de Hans Kelsen. Há, destarte, uma reengenharia da separação de poderes, com o judiciário promovendo a sindicância de hipóteses até pouco tempo consideradas proibidas.

Então, concluem os autores que não há na separação de poderes fórmula rígida, não é um coringa argumentativo para impedir a solução de casos complexos. É indubitosa, então, a atuação do Judiciário para análise de atos de outros poderes, inclusive omissões, desde que respeitados os limites legais.

Vale mencionar que a omissão pode ser total ou parcial: como ensina Streck⁵⁶, tem-se um número considerável de normas que sofrem de inconstitucionalidade parcial, em razão da regulamentação insuficiente. São exemplos para o autor os dispositivos que regulamentam o salário mínimo, o acesso ao ensino fundamental gratuito e obrigatório, bem como a assistência social aos necessitados.

Portanto, para o ordenamento brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem função primordial na implementação do teto constitucional, atacando a desídia daqueles que possuem o dever de agir. Complementa-se o controle de constitucionalidade, com a ADI atacando as ações e a ADO as omissões inconstitucionais.

2.4.4 Da ação de descumprimento de preceito fundamental

A ação de descumprimento de preceito fundamental é prevista pelo artigo 102 § 1º da CF/88. Seu julgamento, assim como as já citadas ações do controle abstrato, é também de

⁵⁵ CANOTILHO *et al*, 2018, p.149.

⁵⁶ STRECK, 2019, p. 525.

competência do STF. Seu procedimento, porém, não é regulamentado pela mesma lei da ADI, ADO e ADC. É, na verdade, regulamentado pela Lei nº 9882/99.

Lênio Streck⁵⁷ define a ADPF como forma *sui generis* de controle de constitucionalidade, destacando que ela é sim colocada no rol das ações de controle concentrado, mas que, por outro lado, também pode ser suscitada em sede de qualquer ação judicial, o que a aproxima de uma característica do controle difuso.

Pontua o jurista que a ADPF é um remédio supletivo nos casos em que a ADI é incabível, isso significa que, inexistindo meio para resolver controvérsia constitucional de maneira ampla, geral e imediata, a ação ora tratada é cabível. Exemplifica-se com atos normativos municipais, pré-constitucionais e secundários. A função seria “compelir o Poder Público de se abster de realizar um ato abusivo e violador do Estado”⁵⁸.

A ADPF pode tanto se desenvolver de maneira direta, suscitada como ação principal, como também surgir de maneira incidental, no bojo de um processo judicial. Portanto, existem duas ADPF: a autônoma e a incidental. Sobre isso, Lenio Streck⁵⁹ afirma:

É importante registrar que há uma diferença entre aquilo que se pode denominar de arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma, que se aproxima da modalidade de controle abstrato de constitucionalidade, e a forma incidental de manejo da ADPF. Assim, no primeiro caso, é preciso tão somente comprovar a inexistência de outros meios para solver a controvérsia (com os necessários aportes hermenêuticos que essa questão merece, já especificados anteriormente); no segundo caso, a essa exigência agrega-se a comprovação da relevância da questão. Mas, mais do que a comprovação da relevância, há que estar provada a violação de preceito fundamental.

Dessa forma, entre todas as ações do controle concentrado, é a ADPF a de maior alcance e peculiaridade.

Na já citada Lei nº 9882/99, estabelece-se, no artigo 1º, que a ação servirá para “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Sobre isso, escreve Daniel Neves⁶⁰ que houve uma grata inovação no controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que essa tem a relevante característica de não tutelar toda e qualquer norma constitucional, mas se limitar aos preceitos fundamentais. Ao restringir o objeto da ação, subsiste maior possibilidade de fiscalização.

⁵⁷ STRECK, 2019, p. 525.

⁵⁸ *Ibidem*, p.527-529; 535.

⁵⁹ *Ibidem*, p.538.

⁶⁰ NEVES, 2020, p.110.

Vale memorar aqui que, entre a previsão da ADPF pela Constituição e a efetiva regulamentação, decorreram-se onze anos, de 1988 a 1999. Sobre esse período, Lênio Streck⁶¹ afirma que todas as ações de descumprimento de preceito fundamental que passaram pelo STF foram barradas pela inexistência da lei ordinária. Eram, como lembra o professor, arquivadas.

Assim, ao estabelecer por que seria a ADPF tão inovadora, explicita Streck⁶² que nenhuma Constituição brasileira anterior possuía tal instituto. Para o autor seria uma revolução paradigmática proporcionada pelo novo constitucionalismo, que permitiu uma intensificação normativa da fiscalização dos direitos sociais e fundamentais, um verdadeiro garantidor do §1º do art. 5º da Constituição.

Cabe, então, tratar aqui do objeto da ação de descumprimento de preceito fundamental. Obviamente, o objeto é o descumprimento de um ou mais preceitos fundamentais. Dada a vagueza do termo, é preciso recorrer às lições de Gilmar Mendes e Lenio Streck⁶³ para defini-lo. Os autores escrevem que, para entender, é necessário observar o que seria necessário para um Estado Democrático de Direito: todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação de direitos fundamentais.

Vê-se, portanto, que não se trata de uma definição simples. Mendes e Streck⁶⁴ apontam que até o STF reconheceu essa dificuldade diante da ADPF-MC nº 33. Há, na Constituição, destaques claros de vários direitos que são preceitos fundamentais, como os do artigo 5º.

Dessa forma, o STF ao decidir a já mencionada ADPF-MC nº 33 estabeleceu um rol não exaustivo do que poderia ser objeto de arguição de descumprimento de preceitos fundamentais: direitos e garantias fundamentais (art. 5º a 17), cláusulas pétreas (art. 60, §4º) e os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII).

Essa definição, contudo, pode ser hermenêuticamente ampliada desde que o objeto da ação, como colocam Mendes e Streck⁶⁵, possibilite encontrar dispositivos essenciais para preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais. Afirmam os autores que:

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

⁶¹ STRECK, *op. cit.*, pp. 526-529.

⁶² STRECK, 2019, pp. 529-533.

⁶³ CANOTILHO, 2018, pp. 1497-1498.

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ *Ibidem.*

Por conseguinte, defende Uadi Lammêgo ⁶⁶ que as agressões aos princípios fundamentais (1 e 2º) e as normas que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*) podem ser objetos de uma ADPF.

Portanto, diante desse conceito jurídico indeterminado, cabe ao intérprete, através das técnicas interpretativas, definir preceito fundamental e sua consequente possibilidade ou não de impugnar, via artigo 102, § 1º da CF/88, aquele ato.

A Lei nº 9882/99 estabelece, ainda, como requisito para propositura da ação ora tratada a inexistência de outro meio para sanar a lesão ou o perigo de lesão. Isso é previsto no §1º do seu artigo 4º. Por conseguinte, a distinção da ADPF para com as outras ações do controle objetivo é a subsidiariedade: o autor deve comprovar inexistir no ordenamento outro meio de impugnar a lesão ao preceito fundamental.

Nesse sentido, escreveu Paulo Roberto de Gouvêa Medina ⁶⁷ que deve restar comprovado que as medidas processuais específicas, isto é: as ações comuns, recurso extraordinário, reclamação regimental, não seriam capazes de elidir a ofensa ou a possibilidade de ofensa. Ainda segundo o autor, a ação deve ser motivada pelo interesse público na manutenção da segurança jurídica para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes.

O legislador ordinário trouxe como possíveis objetos da ADPF leis pré-constitucionais, atos normativos secundários e leis municipais. Sobre isso, afirmam Gilmar Mendes e Lênio Streck⁶⁸ que a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem função de completar o sistema de controle de constitucionalidade concentrado, uma vez que aquilo que não poderia ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, como atos normativos infralegais e pré-constitucionais poderia sê-lo na ADPF.

A restrição, porém, feita pelo legislador não foi somente a subsidiariedade. Exige-se, ademais, ser considerada a questão arguida relevante. É o visto no artigo 1º, I, da Lei nº 9.882/99. Após decisão sobre sua constitucionalidade, na ADI n. 2231, foi adicionado o termo “relevante”, ficando o texto: “relevante o fundamento da controvérsia constitucional”. De acordo com os já citados Mendes e Streck⁶⁹, essa é uma interpretação dada à Lei para conformá-la à Constituição, visando evitar que se tornasse um meio de avocação de processos.

⁶⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1030. *apud* BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional - 2ª Fase Da Oab**, 14ª ed. rev., ampli., atual.. Salvador: JusPODIVM, 2020, pp. 169 -170.

⁶⁷ MEDINA, 2012, pp.105-106.

⁶⁸ CANOTILHO, *et al*, 2018, p. 1498.

⁶⁹ *Ibidem*.

São legitimados para propor a ADPF os mesmos do artigo 103 da Constituição, isto é, os autorizados a propor a ADI, assunto tratado no tópico 1.4.1.

Prosseguindo para o trâmite da ação, afirma Alexandre de Moraes ⁷⁰ que, após apresentada a petição com a demonstração do descumprimento e os pedidos, será a ação distribuída a um relator, que fará verificação de eventual inépcia e, após, analisará eventual pedido liminar.

Depois, solicitará informações às autoridades responsáveis pela prática do ato em dez dias. Poderá também ouvir as partes que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou fixar audiência pública para oitiva de *amicus curie*. Ainda, ouvirá a PGR, nos termos do art. 7, §2º da Lei nº 9.882/99.

As decisões em sede de ADPF podem ocorrer de maneira liminar e definitiva de mérito. Na primeira, conforme previsto pelo artigo 5º da Lei nº 9882/99, ocorrerá através de um pedido de tutela decidido por maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal. Ocorre, porém, que diante de extrema urgência ou perigo de lesão o relator concederá a tutela *ad referendum* do pleno.

Já a decisão definitiva de mérito, nos termos da lei da ADPF, art. 8º, exige quórum qualificado da maioria absoluta dos membros na sessão. Citando o artigo 10º dessa Lei, Daniel Neves⁷¹ destaca que há mais regras formais para o julgamento do pedido da ação, como a comunicação à autoridade responsável pelo ato.

Em regra, a decisão definitiva de mérito tem efeitos *erga omnes* e retroativos, porém, segundo Daniel Neves⁷², considerando que há no art. 11 da Lei nº 9882/99 a possibilidade de seus efeitos, essas características poderão ser modificadas.

É que, tal qual na ADI, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderia prejudicar segurança jurídica ou excepcional interesse público. Portanto, visando evitar que a adequação sistêmica gerasse mais mazelas sociais que a própria inconstitucionalidade, o legislador possibilitou, a partir da maioria de dois terços, modulação dos efeitos.

⁷⁰ MORAES, 2013, pp. 804-806.

⁷¹ NEVES, 2020, p.130.

⁷² *Ibidem*.

3 ATOS NORMATIVOS, INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE

3.1 Conceitos gerais sobre os Atos Normativos

Tendo sido abarcado o necessário conteúdo de direito processual constitucional, especificamente no que pertine ao controle de constitucionalidade, dar-se-á prosseguimento, neste capítulo, à análise dos atos normativos passíveis de ser objeto de ações por via direta.

Vale rememorar que o controle de constitucionalidade por via de ação, como afirmado no capítulo anterior, não busca satisfazer uma pretensão individual, mas sim impugnar leis e atos normativos que desrespeitem a Constituição.

Cabe, pois, definir lei e ato normativo. Lei, em sentido estrito, é a norma produzida pelo Estado, através do Poder Legislativo e promulgada pelo Executivo. Já atos normativos não possuem esse procedimento específico para sua confecção.

Há de observar, como trouxe Regina Tamami Hirose⁷³ em sua dissertação de mestrado, que os próprios atos normativos podem ser chamados de lei material pela doutrina. Isso ocorre diante da existência de generalização. Contudo, caso trate de elementos concretos, são chamados de lei meramente formal.

Como escreveu Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁴, tanto lei quanto atos normativos são fontes formais do Direito Administrativo. Segundo a autora, eles “constituem propriamente o direito aplicável”⁷⁵.

Assim, especificamente sobre os atos normativos, afirma-se que eles se caracterizam por possuir comando geral que busque correta aplicação da lei ou Constituição. Tratam de explicitar a norma legal a ser observada pela Administração Pública e para com os administrados. São exemplos: decretos, regimentos, resoluções, deliberações e portarias.

Essa espécie normativa diferencia-se dos atos ordinatórios justamente pela generalização: enquanto estes são individuais e concretos, direcionados a pessoas certas e determinadas; aqueles são gerais, abstratos e impessoais. Para Dirley da Cunha Júnior⁷⁶, eles

⁷³ HIROSE, Regina Tamami. **Atos Normativos E Controle Concentrado De Constitucionalidade**. Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010, p.145.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 147, E-book.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p.120.

“preveem reiteradas e infinitas aplicações, as quais se repetem cada vez que ocorre a reprodução da hipótese prevista”.

Os atos normativos seriam, conforme o que escreveu Hans Kelsen⁷⁷, normas jurídicas decorrentes de outras não autônomas, as quais conferem a terceiros competência para a produção de normas gerais.

Uadi Lammêgo Bulos⁷⁸ afirma que, para identificar um ato normativo, não se analisa nem forma nem fonte de origem, mas sim seu conteúdo: são textos prescritivos de conduta que contém densidade normativa. Assim, podem ser emitidos pelo Legislativo, mas também pelo Judiciário e pelo Executivo quando exercem suas funções constitucionais.

Nesse sentido, também escreveu Carlos Mário da Silva Velloso⁷⁹, que definiu ato normativo como “ato legislativo, formal ou materialmente considerado, ou ato administrativo com sentido de lei material”. Esse sentido de lei material ocorre quando se enuncia norma jurídica ou explícita sentido de seu conteúdo. Possuem, desse modo, generalidade e imperatividade.

Portanto, atos normativos não são somente as espécies do processo legislativo previstas no artigo 59 da Constituição, mas também qualquer outro ato que tenha conteúdo normativo, como resoluções de tribunais. Essa distinção será tratada a seguir com maior detalhe.

3.1.1 Dos atos normativos do processo legislativo

Ademais, os atos normativos são divididos em primários e secundários, isto é, atos normativos legais e infralegais. Os primeiros são espécies normativas que podem gerar inovação do ordenamento jurídico e que se baseiam diretamente na Constituição Federal. São, por exemplo, aqueles contidos no artigo 59 da CF, que trata do processo legislativo constitucional.

Assim, esse rol taxativo do processo legislativo brasileiro trata especificamente de Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis ordinárias, Leis delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos e Resoluções.

⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009, pp. 60-64.

⁷⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 169.

⁷⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. (1982). Do Poder Regulamentar. **Revista do Serviço Público**, 39(2), 29-40. <https://doi.org/10.21874/rsp.v39i2.2250>. Acesso em: 25 ago. 2021.

3.1.2 Emenda à Constituição

Emenda à Constituição é categoria do processo legislativo que altera diretamente o texto constitucional. Dentro do estabelecido no seu artigo 60, exige-se quórum qualificado de três quintos das casas legislativas em seção bicameral, não podendo a matéria ser rediscutida em um mesmo ano, se rejeitada.

Ademais, a iniciativa é restrita a: um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ao Presidente da República e a mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação. Tais aspectos restritivos são denominados limites procedimentais ao poder constituinte derivado reformador.

É justamente por alterar a Constituição que as Emendas Constitucionais possuem maior rigor procedimental. Ainda, estão numa hierarquia superior às leis no ordenamento brasileiro. Nas palavras de Igor Leonardo Moraes Albuquerque⁸⁰:

As Emendas à Constituição ocupam o mais elevado patamar na estrutura piramidal do ordenamento jurídico, juntamente com a própria Constituição, já que devidamente promulgadas, passarão a fazer parte dela.

Vale destacar que, conforme escreveram Lênio Streck e Marcelo Andrade Catonni de Oliveira⁸¹, o exercício do poder constituinte derivado através de Emenda Constitucional se sujeita tanto ao contramajoritarismo, característica das constituições contemporâneas, quanto ao controle de constitucionalidade.

Há, aliás, matérias que sequer podem ser tratadas de maneira supressiva, denominadas de cláusulas pétreas, como a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. Essa impossibilidade de tratar de determinadas matérias é denominada limite material.

Além dos limites procedimentais e materiais, há o limite circunstancial ao poder constituinte derivado reformador. Estabeleceu o constituinte que o texto jamais poderá ser alterado nos casos de intervenção federal, estado de defesa ou de sítio, porquanto são instrumentos característicos de momentos de instabilidade e insegurança.

⁸⁰ ALBUQUERQUE, Igor Leonardo Moraes. **Hierarquia Normativa no Direito Brasileiro**. 1ª ed. Aracaju: Criação Editora, 2020, p. 37.

⁸¹ CANOTILHO *et al*, 2018, p. 1210.

3.1.3 Leis Complementares, Leis Ordinárias e Leis Delegadas

Também fazendo parte do processo legislativo, Leis Complementares são espécies de lei previstas expressa e taxativamente pela Constituição. Possuem um quórum distinto daquele utilizado na lei ordinária, sendo necessário para sua aprovação maioria absoluta.

Cita-se, para ilustrar, o parágrafo único do artigo 23 da CF, o qual trata da competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ali, dispõe-se que Leis Complementares fixarão normas para a cooperação dos entes federados.

Já as Leis Ordinárias, diferentemente, possuem um quórum de maioria simples para sua aprovação. Sempre que texto constitucional estabelecer que “lei” tratará do assunto, sem explicitar a palavra “complementar”, ter-se-á a indicação dessa espécie normativa. Vale destacar que a Lei Ordinária é, como disseram Lenio Streck e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira⁸², a categoria central do processo legislativo.

Da maneira similar, escreveu Igor Leonardo Moraes Albuquerque⁸³, quando apontou a vastidão do alcance da Lei Ordinária. Como destaca o autor, a espécie normativa ora citada alcança tanto as designações expressas quanto toda matéria que não for especificada no texto constitucional.

Antes de passar para a próxima espécie normativa do processo legislativo, não se pode olvidar que, diferentemente do que ocorre com as Emendas à Constituição, não existe hierarquia entre Lei Ordinária e Lei Complementar. A distinção de ambas apenas ocorre pela matéria a ser tratada, especificada em texto constitucional, e pelo quórum, maioria simples ou maioria absoluta, respectivamente.

Não tão frequentes no processo legislativo cotidiano quanto as Leis Ordinárias e Complementares, as Leis Delegadas são instrumentos normativos editados pelo Presidente da República, após solicitar delegação ao Congresso Nacional, nos termos do artigo 68 da CF.

Não seria processo legislativo em si, mas procedimento elaborativo. O chefe do Poder Executivo Federal elabora projeto de lei, após isso, o encaminha ao Congresso e solicita delegação. Por meio de Resolução, o Legislativo poderá conceder delegação, sugerir modificações ou pautar o projeto para votação. Caso o Congresso delegue, o presidente poderá promulgar e publicar o projeto como Lei Delegada.

⁸² CANOTILHO *et al*, 2018, p. 1211.

⁸³ ALBUQUERQUE, 2020, p. 37.

Destaca-se que, nos termos do parágrafo único do artigo 68 da CF, o constituinte cria determinados óbices de conteúdo material para delegação: os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a matéria reservada à Lei Complementar.

No mesmo sentido, não poderá haver Lei Delegada que trate sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público; a nacionalidade, a cidadania, os direitos individuais, políticos e eleitorais; e os planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

É necessário relembrar, contudo, que as Leis Delegadas são raríssimas. Existem até o presente momento, no ordenamento brasileiro, somente 13 (treze) normas da espécie, das quais apenas duas foram editadas após a promulgação da atual Constituição. Isso decorre de todo o trâmite especialíssimo que contém e da figura normativa seguinte, a Medida Provisória, que confere ao Chefe do Executivo Federal um poder de produção normativa muito mais célere.

3.1.4 Medidas Provisórias

No rol do artigo 59 da Constituição, há também a Medida Provisória. Ela é compreendida como parte do processo legislativo, sendo, da mesma forma que a lei delegada, de iniciativa do Presidente da República. Diferentemente, contudo, a Constituição exige que sejam preenchidos os requisitos formais de relevância e urgência para sua confecção.

Há de se observar a crítica feita sobre esses requisitos e sua fiscalização por José Afonso da Silva⁸⁴. Segundo o autor, não há uma verificação rigorosa da fática existência de urgência e relevância, pois o Legislativo e o Judiciário não se dispõem a rejeitar ou julgar inconstitucionais Medidas Provisórias que de fato não os preenchessem. Para ele, isso surgiu do falso fundamento de que seria de estrita competência do Presidente da República.

Nessa esteira, Igor Leonardo Moraes Albuquerque⁸⁵ escreve que, em vastos períodos de governo, o Poder Executivo Federal tem editado inúmeras Medidas Provisórias. Apesar disso, para o autor, a problemática maior não seria a ocorrência de relevância e urgência, mas o não planejamento de apresentação, sendo jogada ao Poder Legislativo de uma maneira que impede a melhor discussão das matérias.

⁸⁴ SILVA, 2019, p. 537.

⁸⁵ ALBUQUERQUE, 2020, pp. 65-66.

Além dos já citados requisitos formais, o artigo 62 da CF prevê pressupostos materiais impeditivos da confecção de Medidas Provisórias. Portanto, a espécie normativa não poderá tratar de matéria relacionada à cidadania, à nacionalidade, aos direitos políticos, ao direito penal, processual penal, processual civil. Igualmente, não poderá tratar da organização do Poder Judiciário e do Ministério Público. Também é defeso às Medidas Provisórias tratar de Direito Financeiro, salvo créditos extraordinários, em casos de despesas imprevisíveis e urgentes.

Por fim, as Medidas Provisórias são mais céleres por entrarem em vigor no momento de sua edição, sendo submetidas à apreciação do Congresso posteriormente. São 60 (sessenta) dias prorrogáveis por igual período que o Legislativo possuirá para discutir o texto, aprová-lo, modificá-lo ou reprová-lo. Caso seja aprovada, a Medida Provisória será convertida em lei e, caso seja reprovada ou perca sua eficácia no curso, será vedada sua reedição.

3.1.5 Decretos Legislativos e Resoluções

Adentrando nas espécies normativas legislativas que independem do Poder Executivo, apresentam-se os Decretos Legislativos e as Resoluções.

Decretos Legislativos são, em suma, a espécie normativa que possibilita regulamentação das matérias de competência exclusiva do Congresso. Pode ser iniciado tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado e seu processo de aprovação é semelhante ao da Lei Ordinária, exceto quanto à sanção do Executivo, uma vez que o Decreto Legislativo passa somente pela Casa Legislativa, sendo o Presidente do Senado responsável por sua promulgação e publicação.

Já as Resoluções correspondem à figura normativa que permite a regulamentação daquilo que é de interesse interno da Câmara de Deputados e do Senado, isolada ou conjuntamente. Essa espécie de ato normativo primário abrange tudo aquilo que os Decretos

Legislativos não podem tratar. Sobre isso Lenio Streck e Marcelo Andrade Catonni de Oliveira⁸⁶ afirmam:

Em regra, têm como objeto assuntos internos do Congresso ou das Casas Legislativas. Porém, podem, excepcionalmente, possuir efeitos externos, como no caso das resoluções que concedem delegação ao Presidente da República para elaboração de lei.

Ademais, como disseram os mencionados autores⁸⁷, o procedimento de formação das Resoluções é previsto pelo regimento interno das Casas Legislativas. Ainda, destaca-se que,

⁸⁶ CANOTILHO *et al*, 2018, p. 1212.

⁸⁷ CANOTILHO *et al*, 2018, p. 1212..

por se tratar de ato exclusivo do Legislativo, não há qualquer análise feita pelo Presidente da República. Contudo, assim como todas as outras espécies normativas do processo legislativo aqui tratadas, as Resoluções podem ser submetidas ao controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

3.1.6 Demais atos normativos previstos na Constituição que não fazem parte do processo legislativo

Os atos normativos, como tratado anteriormente, não se restringem às já citadas figuras do processo legislativo. Alexandre de Moraes⁸⁸, ao tratar das figuras normativas passíveis de serem impugnadas em ação direta de inconstitucionalidade, afirma:

Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição a ser cumprida pelos órgãos destinatários, deverá ser considerado, para efeitos de controle de constitucionalidade, como ato normativo.

O que torna o ato normativo primário não é ele estar no mencionado artigo 59, mas ter sua validade retirada diretamente do texto constitucional. O mencionado autor cita, então, o exemplo do decreto autônomo, figura normativa prevista no artigo 84, incisos VI e XII da Constituição Federal.

É consonante o que escreve Luís Roberto Barroso⁸⁹: o decreto autônomo, apesar de utilizar roupagem de ato normativo secundário, é, na realidade, um pretendente a inovar o ordenamento jurídico, o que o torna ato normativo primário. Aliás, traz o autor⁹⁰ outros exemplos, como os regimentos internos e os atos normativos elaborados pelos Tribunais, inclusive pelo Tribunal de Contas, uma vez previstos constitucionalmente no artigo 96, I, alínea a, da CF.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se na medida cautelar na ADI 1590⁹¹:

⁸⁸ MORAES, 2013, pp. 746-747.

⁸⁹ BARROSO, 2016, pp. 131-132.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 1590 MC. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%201590%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true> Acesso em: 3 set 2021.

Tem-se objeto idôneo à ação direta de inconstitucionalidade quando o decreto impugnado não é de caráter regulamentar de lei, mas constitui ato normativo que pretende derivar o seu conteúdo diretamente da Constituição.

É, portanto, entendimento consolidado que atos normativos previstos no texto constitucional, mas que não estejam no rol do artigo 59, podem gerar inconstitucionalidade direta. Por conseguinte, são passíveis de sofrer controle concentrado de constitucionalidade.

Além dos já citados Decreto Autônomo e dos regimentos de tribunais, os tratados internacionais, resoluções e deliberações administrativas de tribunais, também podem agredir diretamente a Constituição. Ainda, Regina Tamami Hirosi⁹² inclui nesse grupo o parecer da consultoria geral da república.

A autora escreve, em sua dissertação de mestrado, que os pareceres da consultoria geral, ao serem aprovados pelo Presidente da República, adquirem caráter abstrato, geral e autônomo e, como se manifestou o STF na ADI 4/DF, tornam-se passíveis de sofrer controle concentrado de constitucionalidade

Assim, os atos normativos que inovam o ordenamento jurídico, isto é: criam, modificam e extinguem direitos e obrigações, podem figurar como objeto das ações de constitucionalidade. Devem, para isso, ser revestidos de certa generalidade, impessoalidade e abstratividade.

Vale destacar, porém, a ressalva feita por Lênio Streck⁹³ sobre a problemática quanto à definição de generalidade: o autor afirma que, eventualmente, poderá haver um problema hermenêutico para diferenciar lei com generalidade de lei de efeitos concretos.

Isso ocorre diante da necessidade de precisar, em cada caso, se o interesse do ato normativo é de regular abstratamente determinados fatos ou se se destina a situações concretas e fatos certos. Assim, podem existir leis gerais que tenham dimensões individuais, haja vista produzidas sob a égide de determinado pressuposto fático.

Inclusive, para Alexandre de Moraes⁹⁴, os atos estatais de conteúdo meramente derogatório também se incluem no conceito de ato normativo. Seriam eles distintos dos atos de efeitos concretos, pois há densidade normativa no seu conteúdo.

É por isso que Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁹⁵ escreveram que os atos normativos, desde que editados por pessoas jurídicas de direito público criadas pela

⁹² HIROSI, 2010, pp. 186-187.

⁹³ STRECK, 2019, pp. 330-334.

⁹⁴ MORAES, 2013, pp. 748-749.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. – (Série IDP), pp. 1764-1765. E-book.

União, poderão ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, caso haja caráter autônomo.

Também os atos do Poder Executivo com força normativa, como os anteriormente citados pareceres da Consultoria Geral da República, devidamente aprovados pelo Presidente da República, e Resoluções do TSE podem ser objeto de controle pelo Pretório Excelso.

Na ADI 4048⁹⁶, houve uma revisão de jurisprudência sobre o controle abstrato de constitucionalidade de Leis Orçamentárias.

Anteriormente, entendia-se que, por serem consideradas de efeito concreto, não seria possível a análise abstrata desse tipo de lei. No julgamento da ADI, entendeu-se que o STF deve realizar sua função precípua de fiscalizar leis e atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto.

3.2 Dos Atos Normativos Secundários

Diferentemente dos atos normativos primários, os atos secundários são aqueles que tiram fundamento de outros atos normativos, e não diretamente da CFRB/88. Dessa forma, eles não inovam a ordem jurídica, subordinando-se, portanto, à lei. Sua conexão com a Constituição é, portanto, reflexa: baseiam-se em norma que se funda no texto constitucional.

São exemplos de atos normativos secundários: decretos regulamentares, resoluções de órgãos administrativos e instruções normativas.

Diante da subordinação à lei por parte dos atos normativos infralegais, são trazidas duas hipóteses de inadequação jurídica por Luís Roberto Barroso ⁹⁷ : a primeira é a do descumprimento da lei por parte do ato e a segunda é a inconstitucionalidade da lei em que ele se fundamenta. A inconstitucionalidade e ilegalidade que será melhor enfrentada nos tópicos seguintes.

Os atos normativos secundários não deixam de ser espécie de norma. No entanto, são chamados de infralegais, pois se subordinam a lei ou a outra espécie de ato normativo primário.

⁹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 4048 MC. Relator: Min. GILMAR MENDES Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204048%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true.>> Acesso em: 4 set 2021

⁹⁷ BARROSO, 2016, p. 133.

São, por conseguinte, não autônomos e estabelecem como outra norma infraconstitucional deve ser aplicada.

Carlos Mário da Silva Velloso⁹⁸, ao tratar do poder regulamentar e da teoria dos atos normativos, escreveu que, numa concatenação lógica, a Constituição é o ato normativo inicial. Dela derivam as Constituições estaduais e as Emendas ao texto constitucional. Também derivados dela, e só a ela subordinados, estão os atos normativos primários.

Já atos normativos infralegais, para o autor, posicionam-se num segundo plano, subordinados aos atos normativos primários, uma vez que é deles que retiram fundamento. Não criam, dessa forma, direitos, muito menos podem extingui-los ou modificá-los: aqueles que podem fazê-los são os atos normativos primários.

Vale destacar ainda a origem dos atos normativos secundários: diferentemente dos primários, que surgem de um processo típico legislativo ou da previsão expressa na Constituição, os atos infralegais decorrem do poder regulamentar e do poder regulatório.

O poder regulamentar é uma função atípica do Poder Executivo, segundo a qual poderá editar normas gerais para o fiel cumprimento da lei. É prevista expressamente pelo inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal⁹⁹.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]
IV - Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução

Doutra banda, poder regulatório é uma competência das entidades administrativas e engloba tanto a atividade executiva, quanto a judicante. No campo do dever-ser, os atos normativos secundários fundados no poder regulamentar terão caráter político e os fundados no regulatório, caráter técnico.

Os principais atos normativos da administração pública são os decretos autônomos, decretos regulamentares, instruções normativas, regimentos e resoluções e portarias.

Sobre a distinção entre atos normativos primários e secundários, Paulo de Barros Carvalho¹⁰⁰ escreve:

A lei e os estatutos normativos que têm vigor de lei são os únicos veículos credenciados a promover o ingresso de regras inaugurais no universo jurídico

⁹⁸ VELLOSO, 2017, p. 27-29.

⁹⁹ Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁰⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019. Livro digital (E-pub) Produção do e-pub Guilherme Henrique Martins Salvador, pp. 97-98.

brasileiro pelo que as designamos por “instrumentos primários”. Todos os demais diplomas regradores da conduta humana, no Brasil, têm sua juridicidade condicionada às disposições legais, quer emanem preceitos gerais e abstratos, quer individuais e concretos. São, por isso mesmo, considerados “instrumentos secundários” ou “derivados”, não apresentando, por si só, a força vinculante que é capaz de alterar as estruturas do mundo jurídico-positivo. Realizam os comandos que a lei autorizou e na precisa dimensão que lhes foi estipulada. Ato normativo infralegal, que extrapasse os limites fixados pela lei que lhe dá sentido jurídico de existência, padece da coima de ilegalidade, que o sistema procura repelir.

Com isso, pode-se dizer que, para não esbarrar em ilegalidade, o ato infralegal deverá ser confeccionado sob a forma prevista na lei, sem contradizê-la e sem invadir as matérias restritas ao processo legislativo. É fato decorrente da impossibilidade de inovar o ordenamento jurídico.

Entretanto, existem hipóteses em que um ato normativo secundário vai além de seu regime de competências ou previsões legais e agrida diretamente a Constituição. Tema esse que será melhor tratado no próximo tópico.

3.3 Da Inconstitucionalidade e da Ilegalidade

Dentro do ordenamento jurídico, as normas, como escreveu Norberto Bobbio¹⁰¹, devem possuir coerência lógica. As compatíveis e complementares serão aproximadas e as contraditórias ou incompatíveis serão eliminadas. Há o que é chamado de “bloco sistemático”.

Como escrito no capítulo anterior, um exemplo, quiçá o melhor exemplo, de mecanismo de manutenção dessa coerência é o controle de constitucionalidade. Nele, as normas que desrespeitam o texto constitucional tornam-se nulas ou sem eficácia, a partir da análise do órgão competente.

Outro mecanismo de manutenção sistêmica é o controle de legalidade. Diferentemente do controle de constitucionalidade, faz-se nele a verificação de conformidade com a disposição da norma infraconstitucional que o autoriza. Há uma análise se o ato praticado respeitou os limites até os quais o órgão tem autorização de fazer. A própria Administração Pública pode realizá-lo, bem como o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, esses últimos através do controle externo.

Vale lembrar que princípio da Legalidade é um direito fundamental de primeira dimensão e previsto no segundo inciso do artigo 5º da Constituição brasileira: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Posteriormente, o

¹⁰¹ BOBBIO, 2010, p. 235.

artigo 37 do texto constitucional trata desse princípio na Administração Pública, colocando o seguinte¹⁰²:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

É, aliás, a legalidade um dos pilares da democracia. Atribuída a Charles-Louis Sécondat, mais conhecido como barão de Montesquieu, a frase “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem” ilustra muito bem isso. José Roberto de Castro Neves¹⁰³, ao analisar os escritos de Montesquieu, aduz que a tirania e os excessos dos governantes são combatidos pelo império da legalidade, inclusive com a clara disposição dos limites de cada um dos poderes constituídos.

Dirley da Cunha Júnior¹⁰⁴ afirma, pois, que o princípio da legalidade é decorrente da indisponibilidade do interesse público, devendo a atividade pública ser exercida em conformidade absoluta com a lei. O autor¹⁰⁵ aponta que há uma exigência de, no Estado de Direito, ocorrer a submissão do Estado à ordem jurídica.

Portanto, afirma-se que, oposto às relações privadas, nas relações públicas, só se poderá agir quando aquilo for ou autorizado ou permitido pela lei. Nesse sentido também escreveu José dos Santos Carvalho Filho¹⁰⁶: “o princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração.” E conclui dizendo que na teoria do Estado moderno são funções estatais não somente criar lei, mas executá-la, conseqüentemente, tendo de respeitá-la.

Há, então, a necessidade de esmiuçar a dicotomia entre ilegalidade e inconstitucionalidade para fins de controle abstrato de constitucionalidade, já que a primeira pode ser resolvida por uma via menos complexa e mais ordinária. Senão vejamos:

Quando um ato normativo que retira sua validade da Constituição e, ao mesmo tempo, a contrapõe, seja por forma ou conteúdo, tem-se inconstitucionalidade. São exemplos,

¹⁰² Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁰³ NEVES, José Roberto de Castro. **Como os Advogados Salvaram o Mundo**: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020, pp. 115-117.

¹⁰⁴ CUNHA JÚNIOR, 2015, pp. 37-38.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 20.

respectivamente, uma Lei Ordinária aprovada sem quórum mínimo da maioria absoluta da casa legislativa e uma Emenda Constitucional que vise abolir direitos e garantias fundamentais.

Nos casos destacados, há um ataque direto do ato normativo a uma norma constitucional. Conseqüentemente, tem-se clara inconstitucionalidade.

Diferente, no entanto, é o caso de uma portaria que, apesar de ter existência possibilitada pela lei, extrapola o que a ela é prescrito, criando ou extinguindo determinado direito sem a autorização.

Hipoteticamente, imaginemos lei ordinária proibindo caça predatória, visando a concretude do artigo 225 da CF. Se, posteriormente, é editado pelo órgão ambiental competente portaria autorizando esse tipo de caça apenas no verão, tem-se evidente ilegalidade. A inconstitucionalidade, contudo, é reflexa. O ato normativo secundário viola diretamente a lei, bastando apenas declarar sua ilegalidade.

Diante disso, Alexandre de Moraes¹⁰⁷ ensina que

a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil para controlar a compatibilidade de atos normativos infralegais em relação à lei a que se referem, pois as chamadas crises de legalidade, como acentua o Supremo Tribunal Federal, caracterizadas pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapam do objeto previsto pela Constituição Federal.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente em suas decisões, tem afirmado a necessidade de o ato impugnado, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, violar diretamente a Constituição. Exemplificativamente, o pleno do STF negou provimento ao agravo regimental na ação direta de constitucionalidade 6117/DF¹⁰⁸, porquanto haveria impossibilidade da análise de constitucionalidade do ato normativo secundário impugnado sem o exame da lei na qual se fundamenta.

Consta na própria ementa do julgado¹⁰⁹:

A jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou-se no sentido de não se admitir o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo secundário por ser necessário o exame da lei na qual aquele se fundamenta, não impugnada na presente ação.

¹⁰⁷ MORAES, 2013, p. 753.

¹⁰⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 6117 AgR/DF. Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435476/false>>. Acesso em: 3 set. 2021.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

Outro exemplo é o agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade 3.074 ¹¹⁰ /DF, o qual negou provimento à análise de constitucionalidade de resolução administrativa, justamente por se tratar de ato normativo secundário. Nos termos da ementa do julgado:

Não se admite a propositura de ação direta de inconstitucionalidade para impugnar Resolução do CONAMA, ato normativo regulamentar e não autônomo, de natureza secundária. O parâmetro de análise dessa espécie de ato é a lei regulamentada e não a Constituição. Precedentes.

Embora seja farta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca disso, vale destacar, todavia, que há casos em que essa diferença entre ilegalidade e inconstitucionalidade não é tão flagrante e dicotômica.

Um exemplo disso é a ADI 4263/DF ¹¹¹. Nela, a Procuradoria Geral da República questionava a resolução 36/2009 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual dispõe sobre interceptações telefônicas requeridas por membros do Ministério Público. A PGR sustentava que, ao emitir a resolução, o CNMP extrapolou a competência regulamentar constitucional, inovando o ordenamento jurídico, já regulado pela Lei nº 9.296, Lei das Interceptações Telefônicas.

A ação foi julgada improcedente e a maioria do pleno do STF entendeu que a resolução se baseia na lei e não exorbitou os poderes regulamentares atribuídos pela Constituição. A Corte apontou que o CNMP regulamentou a conduta dos seus membros, sem criar normas de natureza penal ou processual penal, sequer trazendo nulidades, uma vez previstas apenas sanções administrativas para aqueles membros que descumprirem a conduta prescrita. A resolução serviria para dar maior eficiência à lei, não para descumpri-la.

Note-se, então, que o Supremo Tribunal Federal entendeu a Resolução nº 36/2009 do CNMP como capaz de gerar inovação no ordenamento e ainda declarou sua conformidade com a Constituição, inclusive no que pertine à própria Lei que já tratava das interceptações telefônicas.

Com destaques para a própria ementa da decisão¹¹²:

¹¹⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3074 AgR/DF. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur267496/false>>. Acesso em: 3 set. 2021.

¹¹¹ *Idem*. ADI nº 4263/DF - DISTRITO FEDERAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 25/04/2018 Publicação: 28/10/2020 Órgão julgador: Tribunal Pleno Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428846/false>. Acesso em 3 set. 2021.

¹¹² *Ibidem*.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESOLUÇÃO DO CNMP. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. 1. **Resolução editada pelo CNMP no exercício de sua competência constitucional, em caráter geral e abstrato, não constitui ato normativo secundário.** [...] 3. O ato impugnado insere-se na competência do CNMP de disciplinar os deveres funcionais dos membros do Ministério Público, entre os quais o dever de sigilo, e de zelar pela observância dos princípios previstos no art. 37 da Constituição, aí incluído o princípio da eficiência. 4. Ausência de violação à reserva de lei formal ou à autonomia funcional dos membros do Parquet. 5. Pedido em ação direta de inconstitucionalidade julgado improcedente. (*Grifo nosso*)

Essa decisão demonstra que, justamente por ser dotada de generalidade e abstratividade, a norma em questão inova o ordenamento, com clara previsão de competência de o órgão editor do texto poder confeccioná-la. O julgador é, portanto, cristalino ao demonstrar que, para identificação do ato, há de se observar suas características e não apenas a forma ou quem seria o órgão editor.

No entanto, vale destaque que, apesar de possuir características gerais, a resolução não é um ato primário previsto no artigo 59 da Constituição, isto é, do processo legislativo ordinário. É um ato que se caracteriza por incidir diretamente na Constituição, porém.

Ainda sobre o conflito a questão da ilegalidade e constitucionalidade, tem-se outra decisão de destaque, a ADI 6754/TO¹¹³. Nela, o STF declarou inconstitucionais portarias do DETRAN do estado de Tocantins.

O caso se inicia quando o Departamento Estadual de Trânsito do referido estado edita portarias que regulamentam a profissão de despachante de trânsito. Ao deparar-se com isso, a Procuradoria Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade. O alegado foi que, apesar de ser ato normativo de caráter regulamentar, isto é, secundário, a portaria usurpou espaço reservado à lei.

Ao disciplinar exercício profissional, houve flagrante desrespeito à competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte, bem como ao parágrafo único do artigo 22 da CF, que dispõe que apenas lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Nesse caso, não há ilegalidade, haja vista que inexistia lei que autorizava o Estado do Tocantins a regulamentar a profissão. As portarias, por conseguinte, agrediam diretamente a Constituição. Para o Tribunal, os atos normativos possuíam suficiente generalidade e abstração,

¹¹³ *Idem.* ADI 6754/TO. Relator(a): Min. EDSON FACHIN. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206754%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 21 set 2021.

bem como independência normativa para haver a fiscalização abstrata de sua constitucionalidade.

Não somente a ação direta de inconstitucionalidade que tinha como objeto as portarias foram conhecidas, como foram as espécies normativas declaradas inconstitucionais. O Relator colocou em seu voto que as normas regulamentares podem constituir-se como objeto das ações de controle, porque o agir administrativo pode oferecer direta violação ao texto constitucional.

Não é essa uma decisão isolada, a ADI 6749/DF também teve como objeto ato normativo local que regulamentava o exercício da profissão de despachante. Dessa vez, o Departamento Estadual de Trânsito do Distrito Federal publicou instrução normativa usurpando competência da união de legislar sobre e sem a autorização legislativa para tal. A instrução foi, da mesma forma que na ADI 6574/TO, julgada formalmente inconstitucional.

Ademais, há a ADI 5543/DF¹¹⁴, em que o STF também analisou a constitucionalidade de uma portaria, a qual fora expedida pelo Ministério da Saúde. O Ministro Edson Fachin fez destaque para possibilidade de normas regulamentares sofrerem controle concentrado de constitucionalidade. Isso decorre da natureza jurídica e da possibilidade de o agir administrativo ferir diretamente a Constituição, o que exige do Pretório Excelso uma posição menos deferente com as delegações ao Poder Executivo.

A jurisprudência é esta: credencia-se à tutela de constitucionalidade em abstrato o ato normativo qualificado por abstração, generalidade, autonomia e imperatividade, nos termos das ADI supramencionadas.

Será inconstitucional o ato que ir além da barreira administrativa de regularidade e usurpar competência legislativa própria disposta em lei, ou seja, quando se legisla sem a atribuição devida.

Diante dos casos trazidos, verifica-se que um juízo raso sobre o ato normativo pode esconder uma inconstitucionalidade dentro de um juízo prévio e terminativo de mera ilegalidade. Por conseguinte, caberá, no caso concreto, uma análise aprofundada sobre o ato normativo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é certa da impossibilidade de controle abstrato em casos de inconstitucionalidade reflexa. Contudo, também é certa que há viabilidade

¹¹⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 6749/DF. Relatora: Min. ROSA WEBER. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206749%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true.> Acesso em: 21 set 2021

quando se tratar de ato normativo secundário de natureza regulamentar que expressa conteúdo jurídico-normativo primário, assumindo grau de abstração, autonomia e impessoalidade.

Exemplos desse entendimento, elencados pela Ministra Relatora Rosa Weber na citada ADI 5543/DF, são: ADI 4874, Relatora Ministra Rosa Weber, DJ 01.02.2019; ADI 3.731-MC/PI, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 29.8.2007; ADI 2.439/MS, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 13.11.2002; ADI 2.308-MC/DF, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 05.10.2001 e ADI 1.383-MC/RS, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 18.10.1996.

Outro exemplo é a medida cautelar na ADI 1777/DF ¹¹⁵, na qual se discutia inconstitucionalidade de ato normativo baixado pelo presidente do Conselho da Justiça Federal, o qual fez repercutir gratificação por representação mensal na remuneração dos servidores ativos, inativos e dos pensionistas daquele Órgão e da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.

Proposta pela Procuradoria Geral da República, a ação supracitada tinha como fundamento que o Conselho de Justiça Federal não poderia conceder aumento remuneratório aos servidores, ativos, inativos e pensionistas, uma grave violação ao texto constitucional. Somente o STF e os tribunais superiores poderiam fazê-lo, desde que existente prévia dotação orçamentária e autorização na lei de diretrizes orçamentárias.

Na decisão, foi destacado que “É inegável o caráter normativo do ato impugnado, pois instituiu para os servidores [...] a Gratificação de Representação Mensal, estendeu a vantagem aos aposentados e pensionistas e fixou os respectivos valores.” Esse ato, aliás, não foi impugnado em razão de regulamentação de lei, já que nenhum diploma tratou de tal gratificação. O ato, na verdade, fora impugnado por descumprir gritantemente os artigos 48; 61 *caput*, 96 ,II, b; e 169 da CF.

A ADI 1777 revelou verdadeira inconstitucionalidade, com o ato normativo agredindo o regime de competências para concessão de aumento de vencimentos ou criação de vantagens pecuniárias a servidores. Consequentemente, julgou-se procedente o pedido de inconstitucionalidade do ato normativo baixado pelo Presidente do Conselho da Justiça Federal.

Isso tornou-se cediço a partir dos precedentes das ADI 1.590-MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ de 15/8/1997; ADI 3.232, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe de 2/10/2008; ADI 1.282-QO, Rel. Min. SEPÚLVEDA

¹¹⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 1777 MC/DF. Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur22850/false.>> Acesso em: 5 set. 2021.

PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ de 29/11/2002, como colocou Alexandre de Moraes no seu voto na ADI 3481 / DF.

Nas palavras do próprio Ministro Relator da ação¹¹⁶:

[...] anoto que a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o uso das ações do controle concentrado de constitucionalidade para o exame de atos normativos infralegais, nos casos em que a tese de inconstitucionalidade articulada pelo requerente propõe o cotejo da norma impugnada diretamente com o texto constitucional.

Diante da farta jurisprudência, pode-se afirmar que, para destrinchar se o ato normativo está eivado de mera ilegalidade ou de inconstitucionalidade, necessária é a verificação de generalidade, imperatividade e autonomia.

Mas não somente isso: há de se atentar ao fato de a norma provocar inovação na ordem jurídica ou se apenas se restringe a interpretar ou aplicar lei. Por fim, ainda é preciso verificar se ofende algum regime de distribuição de competência para confecção da norma sobre a matéria.

Em suma, portanto, houve mudança de paradigma, sendo que os atos secundários com essência de atos primários são passíveis de questionamento via ADI.

3.4 Da inconstitucionalidade de atos secundários via arguição de descumprimento de preceito fundamental

Tratada aqui no primeiro capítulo, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental possui como características principal ser residual, isto é, subsidiária. É um instrumento de controle criado pelo legislador para repelir ou evitar qualquer ofensa aos alicerces da ordem jurídica do Estado.

Desde que sejam incabíveis as outras ações do controle concentrado e haja possibilidade de agressão a preceitos fundamentais, subsiste a possibilidade de ajuizamento de ADPF. Portanto, a ação é cabível em casos de atos normativos secundários.

¹¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI Nº 3481 / DF. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443387/false.>> Acesso em 5 set 2021.

O alcance é tão abrangente que até atos não normativos podem ser passíveis de questionamento via ADPF, como colocado por Dirley da Cunha Júnior¹¹⁷:

arguição de descumprimento de preceito fundamental, como já asseverado, pode ter por objeto as omissões do poder público, quer totais ou parciais, normativas ou não normativas, nas mesmas circunstâncias em que ela é cabível contra os atos em geral do poder público, desde que tais omissões afigurem-se lesivas a preceito fundamental, a ponto de obstar a efetividade de norma constitucional que o consagra. Nesse contexto, a arguição, segundo defendemos, pode se tornar um potencial instrumento de controle das omissões do poder público, quando a inércia dos órgãos políticos e administrativos do Estado infringirem algum preceito fundamental da Constituição.

Inclusive o autor supramencionado coloca que, a partir da ADPF 4, o STF consolidou a admissão de arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento eficaz de controle da inconstitucionalidade por omissão, desde que presentes os requisitos da ação.

Julgada em 15 de abril de 2021, a ADPF 690/DF é exemplo prático do que escreveu Dirley da Cunha Júnior. A ação tinha como objeto o ato do Governo Federal de abruptamente restringir a divulgação de dados relacionados à COVID-19.

Diante da agressão à publicidade e ao direito à saúde, o pleno do STF entendeu que a interrupção abrupta da coleta e divulgação de informações epidemiológicas, caracteriza ofensa a preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Julgou, então, parcialmente procedente o pleito e determinou a manutenção e divulgação integrais dos dados relativos à COVID-19.

Há inúmeros outros exemplos acerca do controle concentrado de atos normativos secundários por meio de ADPF. Em 2021, foram protocoladas as ADPF 898 e 900, ambas questionando inconstitucionalidade de trechos da Portaria do Ministério do Trabalho e Previdência (MTP) nº 620/2021. As ações atacam dispositivos que proíbem a demissão por justa causa dos trabalhadores que optarem por não se vacinar contra a COVID-19.

Essas duas portarias podem sim ser atacadas via controle concentrado, uma vez que foi estabelecido, na ADPF 93, que o artigo 1º da Lei nº 9882/99 abrange os atos normativos secundários. O dispositivo dispõe que são impugnáveis quaisquer atos do poder público que lesem ou ameacem preceitos constitucionais, indistintamente.

Portanto, além dos casos específicos de cabimento de controle concentrado de atos normativos secundários em ADI, quando presentes a generalidade, abstração, autonomia e a

¹¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 386-387.

ofensa direta à Constituição, é plenamente cabível ADPF para casos em que atos, sejam normativos ou não, primários ou secundários, agridem preceitos fundamentais.

4 A POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS SECUNDÁRIOS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 Da possibilidade de controle concentrado de atos normativos secundários através de ação direta de inconstitucionalidade

Como já tratado no tópico 2.4.1, a ação direta de inconstitucionalidade possui como objetos impugnáveis leis ou atos normativos estaduais ou federais. A norma é impugnada em abstrato, uma vez que confronta diretamente o texto constitucional.

Diante disso, atos normativos secundários, os quais, diante de suas características, não ofenderiam diretamente a Constituição, não poderiam também ser objeto de ADI genérica. O controle, nesses casos, é de legalidade, via mais célere e muito menos complexa que o controle de constitucionalidade via concentrada.

Da mesma forma, é fato que o STF não aceita a tese de inconstitucionalidade reflexa para sede de controle concentrado. Luís Roberto Barroso¹¹⁸ aponta que não serão objeto de ação direta de inconstitucionalidade “os atos normativos secundários, os de efeitos concretos, os anteriores à Constituição ou já revogados, os que ainda estejam em processo de formação e os que não têm suficiente grau de normatividade”.

No entanto, há sim a possibilidade de atos normativos secundários serem retirados do ordenamento via controle concentrado. Um exemplo é a inconstitucionalidade por arrastamento.

Como escreveram Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹¹⁹, a inconstitucionalidade por arrastamento é uma técnica de decisão, a qual alcança dispositivo cuja eficácia normativa dependa da norma objeto da declaração de inconstitucionalidade.

¹¹⁸ BARROSO, 2016, p. 134.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 1306 e 1307.

Assim, é imprescindível dizer que não é o ato normativo secundário que tem sua inconstitucionalidade analisada, mas sim o ato hierarquicamente superior, com o qual possui uma relação de dependência e submissão. É um problema que surge da congruência da sentença com o pedido.

Portanto, apesar de a inconstitucionalidade por arrastamento ser um meio de retirada do ordenamento de atos normativos secundário, não é objetivo principal da demanda, mas uma consequência lógica.

Se uma lei, por exemplo, é declarada inconstitucional, decretos e portarias que nela se baseiam também podem ser arrastados com essa lei. Nota-se, porém, que o objeto principal da inconstitucionalidade jamais fora o ato infralegal, mas sim a própria lei.

Como coloca o Lenio Streck¹²⁰, o STF aplica o círculo hermenêutico, uma vez não sendo possível impugnar alguns preceitos integrantes do texto e deixar de questionar a validade de outros que teriam relação com eles. Assim, a inconstitucionalidade não estaria a favor do impetrante ou do órgão julgador, mas da força normativa da Constituição.

Essa inconstitucionalidade, conforme aponta o escritor, seria colocada do todo para a parte e da parte para o todo. Dessa forma, inclusive, mesmo que não impugnados, podem ser reconhecidas a inconstitucionalidade dispositivos através de ADI, desde que sejam logicamente dependentes deles.

Prosseguindo na sua lição, Lenio Streck¹²¹ define a técnica da inconstitucionalidade por arrastamento como “expansão territorial da temática inquinada de inconstitucional.”

O professor gaúcho, então, aponta para o julgado da ADI 2895/AL.¹²² Nesse julgado, o Pretório Excelso analisou a inconstitucionalidade de determinados dispositivos legais, especificamente as leis complementares 7 e 23, ambas de Alagoas, bem como definiu o que seria para o tribunal a inconstitucionalidade por arrastamento:

[...] Todavia, quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma afeta um sistema normativo dela dependente, ou, em virtude de declaração de inconstitucionalidade, normas subsequentes são afetadas pela declaração, a declaração de inconstitucionalidade pode ser estendida a estas, porque ocorre o fenômeno da inconstitucionalidade por “arrastamento” ou “atração”.

¹²⁰ STRECK, 2019. p. 329.

¹²¹ *Ibidem*, p. 330.

¹²² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI Nº 2895/AL. Relator: Min. CARLOS VELLOSO. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95059/false>> Acesso em 4 set. 2021.

Assim, para uma unidade lógica do ordenamento jurídico, todos os atos normativos dependentes daquele declarado inconstitucional são extirpados, inclusive atos normativos secundários.

Além do caso da inconstitucionalidade por arrastamento, existe outra possibilidade de um ato normativo secundário ser retirado do ordenamento via ADI. Já tratado neste trabalho, no capítulo anterior, 2.3, o STF aplica a tese de que se o ato normativo é qualificado por abstração, generalidade, autonomia e imperatividade, ele poderá ser impugnado via controle concentrado.

Assim, no precedente criado pela ADI 1282¹²³, o ministro Relator trouxe que é objeto idôneo para propor ação direta de inconstitucionalidade quando o decreto impugnado não é de caráter regulamentar de lei, mas constitui ato normativo que pretende derivar o seu conteúdo diretamente da Constituição.

Outra ADI que julgou inconstitucionalidade de decretos é a ADI 3232¹²⁴, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. Julgou-se, por sua ocasião, decreto que criava cargos públicos remunerados, juntamente com denominações e competências. Nos termos da ementa do julgado:

É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações.

A figura normativa impugnada no caso supramencionado assumiu conteúdo de decreto autônomo, mesmo sem poder fazê-lo, superando o papel regulamentar. Ainda, o ato baseava-se em lei inconstitucional, sendo passível de ser retirado via técnica de arrastamento.

Nesse mesmo sentido da possibilidade de análise de ato normativo que agride a Constituição diretamente, mesmo sem ser lei em sentido amplo, tem-se o acórdão relativo à ADI 1590-7/SP¹²⁵. Nessa ação, foi impugnado Decreto do Governador do Estado de São Paulo que tratava da remuneração dos empregados e dirigentes das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações. Na ementa, o Relator reconheceu que ADI é cabível quando o

¹²³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI Nº 1282 QO/SP. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur15817/false>> Acesso em 4 set. 2021.

¹²⁴ *Idem*. ADI Nº 3232 / TO. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87653/false>> Acesso em 4 set. 2021.

¹²⁵ *Idem*. ADI Nº 1590 MC/SP. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118655/false>> Acesso em: 5 set. 2021.

decreto impugnado não é de caráter regulamentar de lei, porém é ato normativo que pretende inovar o ordenamento, isto é, derivado diretamente da Constituição.

Os precedentes supracitados são, pois, importantes para o entendimento de que poderão ser impugnados, via ADI, os atos normativos que estejam diretamente relacionados com a Constituição, independentemente da forma ou classificação.

Vale a ressalva, todavia, como coloca Alexandre de Moraes¹²⁶, de que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento correto para resolver as crises de legalidade quando ato normativo infralegal agride a lei a que se refere. Assunto esse já tratado aqui no capítulo anterior.

Contudo, na medida cautelar em sede da ADI 1777 / DF¹²⁷, já citada anteriormente, foi observado o precedente, pelo Ministro Relator Sydney Sanches, para análise de atos infralegais pelo STF quando “a tese de inconstitucionalidade articulada pelo requerente propõe o cotejo da norma impugnada diretamente com o texto constitucional”.

Esse entendimento é consequente do fato de que tudo que agride diretamente a Constituição é nulo, ou seja, não deve fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, em casos em que o ato normativo secundário possuidor de abstração, generalidade, autonomia e imperatividade, é impugnado, não por agredir preceitos da lei que o fundamenta, mas sim por estar descumprindo diretamente mandamento constitucional, poderá ser objeto de ADI. Isso, porque está em confronto direto ao texto constitucional, que é dotado de força normativa mais que o suficiente para retirá-lo do sistema.

Se nem mesmo uma Emenda à Constituição pode descumprir as normas previstas em texto constitucional, muito menos um ato normativo secundário poderá fazê-lo.

Como consta na ADI 1777, ato administrativo de órgão incompetente para fazê-lo impactou a gratificação de servidores da justiça federal que participassem do conselho, ativos ou inativos, em 85%. Agrediu prerrogativa que seria de lei, nos termos dos artigos 61 e 96, II, “b” da Constituição.

Dessa forma, ao negar apreciar a ação, o STF autorizaria a revogação das supracitadas normas constitucionais através de órgão administrativo incompetente. Isso aliás, figura contrário ao próprio *caput* do artigo 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

¹²⁶ MORAES, 2013, p. 753.

¹²⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI Nº 1777 MC / DF. Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur22850/false>> Acesso em: 5 set. 2021.

Semelhante é o julgado da ADI 3481¹²⁸. Nele, o Conselho Federal de Psicologia, autarquia integrante da administração pública indireta responsável pela fiscalização do exercício de profissão, emitiu ato que restringia comércio e uso de testes psicológicos.

Havia então, nos termos do decidido pelo plenário do STF, confronto direto entre o ato normativo secundário e os dispositivos constitucionais da liberdade de acesso à informação e à livre manifestação do pensamento, criação, expressão e informação. Assim, não poderiam os conselhos de classe impedir ou limitar meio editorial pelo qual se veiculem conteúdos relacionados ao exercício profissional.

Nos termos do voto do Ministro Relator:

Nessa medida, as normas impugnadas, ao estabelecerem a limitação em comento, acabaram por instituir disciplina desproporcional e ofensiva aos postulados constitucionais relativos à liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, IX e XIV, da CF) e de liberdade de acesso à informação (art. 220 da CF). A proibição de aquisição de testes por não psicólogos constitui medida que não proporciona proteção útil ao bem jurídico “saúde pública” (ou proteção ao exercício profissional), ao mesmo tempo em que acarreta restrição à livre circulação de ideias e conhecimento, mostrando-se, por isso, materialmente inconstitucional.

Extrai-se que, no caso em tela, foi perpassado o direito de regular a profissão, que é possível sobre situações concretas em que se realiza diagnóstico, orientação ou tratamento. Dessa forma, tal qual no caso da ADI 1777 / DF, o órgão administrativo ultrapassou o regime da legalidade e limitou direito constitucionalmente tutelado, sem a autorização expressa do constituinte para tanto.

Diante do trazido neste subtópico, as possibilidades de a ADI retirar ato normativo secundário por inconstitucionalidade são: I) a partir da técnica de inconstitucionalidade por arrastamento quando o ato normativo primário é retirado do ordenamento jurídico, carregando todos os diplomas a ele conectados; II) quando o ato normativo secundário afronta diretamente preceitos constitucionais, uma vez presentes abstração, generalidade, autonomia e imperatividade.

¹²⁸BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI Nº 3481/DF. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443387/false>> Acesso em: 5 set 2021.

4.2 Da possibilidade de controle concentrado de atos normativos secundários através de ação declaratória de inconstitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade, ADC, possui efeito dúplice com a ação direta de constitucionalidade. Portanto, quando uma é procedente, há o efeito de declarar improcedente a outra.

Ocorre, no entanto, como tratado aqui no primeiro capítulo, que a ADC possui peculiaridades distintas da ADI. Inicialmente, o próprio constituinte limitou o objeto da ação. Nos termos do artigo 102, I, “a” da CF, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Já há, nesse caso, um corte no que pertine à possibilidade de o STF analisar atos normativos. Outro corte é o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Segundo ele, há presunção relativa, *iuris tantum*, de ato normativo promulgado. Somado a esse princípio, há a presunção de legalidade dos atos da administração pública. Também chamada de presunção de veracidade e legitimidade, implica na desnecessidade de comprovar que o ato é praticado nos moldes legais.

Assim, no caso de ADC, há uma presunção legal a ser superada. Nos termos da Lei 9868/99, artigo 14, III, deverá ser indicada na petição inicial controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do dispositivo impugnado.

Isso quer dizer que o proponente da ação deve comprovar que reiteradamente a presunção de constitucionalidade do ato objeto tem sido afastada por decisões judiciais. Assim, deve ser demonstrada existência de decisões conflitantes nos diversos tribunais do país.

Dessa forma, o papel de uma ação declaratória de constitucionalidade é de uniformizar jurisprudência acerca de atos que podem ter interpretações dúbias.

Considerando o disposto anteriormente, quando tratada a possibilidade de controle concentrado de atos normativos secundários através de ADI, desde que presentes os requisitos específicos da ADC e que o ato possua abstração, generalidade, autonomia e imperatividade, bem como se trate de discussão direta acerca da constitucionalidade, é possível impugnação por essa via.

Inclusive, há o exemplo da ADC 12: nela, foi impugnado Resolução nº 07, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. O ato disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do poder judiciário.

Vale destaque que, conforme José Adércio Leite Sampaio ¹²⁹, o CNJ é órgão administrativo que compõe o Poder Judiciário e não pode inovar o ordenamento com atos normativos.

Ao analisar a questão, o STF declarou a constitucionalidade dessa resolução. E, aliás, concluiu pelo poder normativo primário do Conselho Nacional de Justiça, uma vez que suas resoluções são previstas 103-B, § 4º da CF. No entanto, vale o destaque do voto do Ministro Marco Aurélio de que o CNJ não possui competência legiferante.

4.3 Da possibilidade de controle concentrado de atos normativos secundários através de ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não impugna ato inconstitucional, mas sim omissão legislativa ou administrativa que impossibilita exercício de direitos constitucionalmente previstos.

Há provocação jurisdicional para se ter efetivação daquilo negado por inércia de órgão legislador competente. Nas palavras do ministro Celso de Melo, em seu voto na ADI 26/DF¹³⁰:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional.

Dessa forma, a ADO seria o meio correto para evitar, conforme o voto supramencionado, ilegítima falta de vontade de cumprir a Constituição, ou de cumpri-la em partes. É um meio de evitar a submissão do ordenamento aos interesses da maioria, evitando que direitos sejam negados por falta de legislação.

Prevista no § 2º do artigo 103 da CF, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem como objeto o comportamento omissão do Poder Público. E isso ocorre quando, diante de norma de eficácia limitada, o poder competente para legislar não o faz, embora existente ordem constitucional específica.

¹²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 263.

¹³⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO Nº 26 / DF. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>> Acesso em: 10 set. 2021.

A interpretação do supramencionado artigo permite afirmar que poderão ser impugnados atos que não sejam lei em sentido estrito. Ainda nesses casos, o órgão administrativo terá trinta dias para tornar efetiva a norma Constitucional.

Portanto, diante da ausência de ato normativo, primário ou secundário, que torne direito constitucional parcial ou totalmente ineficaz, é plenamente cabível a propositura da ação ora tratada. Isso, pois o que é inconstitucional é a omissão do dever de atuar, a inércia do órgão competente.

Com isso, afirma-se que, diante da característica de tornar efetiva norma constitucional, podem ser requeridos através de ADO todos os poderes ou órgãos administrativos, bastando estar ausente a norma reguladora. Assim, se a Constituição deixa de possuir efeitos em normas de eficácia limitada, seja total ou parcialmente, será cabível a ação.

Inclusive, o artigo 12-H da Lei nº 9.868/99 dispõe que será dada ciência da omissão ao poder omisso para adoção das medidas necessárias. Dispondo o §1º do mesmo dispositivo que, caso a omissão parta de órgão administrativo, deverão ser tomadas as medidas em 30 (trinta) dias ou no prazo que o STF julgar razoável.

Portanto, de acordo com a própria lei que a prevê a ADO é possível ajuizamento contra falta de ato normativo secundário que inviabiliza direito constitucional. Há inclusive possibilidade de constrição de órgão administrativo para que sejam tomadas as providências, seja para produção de ato normativo de efeito concreto, seja para de efeito abstrato.

4.4 Da possibilidade de controle concentrado de atos normativos secundários através de ADPF

Ao tratar da arguição de descumprimento de preceito fundamental no capítulo primeiro, foi destacado que, das ações do controle concentrado, ela é a que possui maiores peculiaridades. Surgida com o objetivo de suprir lacunas do processo constitucional, tem sua regulamentação feita pela Lei nº 9882/99.

A previsão do texto constitucional é direta ao tratar da ação, conforme artigo 102 §1º: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Na oportunidade do julgamento da ADPF 127/DF¹³¹, o Ministro Relator do acórdão, Teori Zavaski, assim definiu a ação de descumprimento de preceito fundamental:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi concebida pela Lei 9.882/99 para servir como um instrumento de integração entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, viabilizando que atos estatais antes insuscetíveis de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal, tais como normas pré-constitucionais ou mesmo decisões judiciais atentatórias a cláusulas fundamentais da ordem constitucional, viessem a figurar como objeto de controle em processo objetivo.

Essa maior extensão reconhecida pelo magistrado requer o preenchimento de determinados requisitos. São eles a subsidiariedade e a necessidade de descumprimento de preceito fundamental.

Subsidiariedade, também chamada de residualidade, é a característica de que a ADPF só poderá ser utilizada quando inexistente outro meio eficaz para sanar a lesão, previsão expressa no §1º do artigo 4ª da Lei nº 9.889/99. O próprio Supremo Tribunal Federal entende que se materializa a subsidiariedade quando restar ação nenhuma do controle concentrado.

Lenio Streck¹³² suscita uma dúvida acerca da característica da subsidiariedade: se possível a interposição de extraordinário, a ADPF poderia tornar-se inócua. O autor, então, traz uma resposta do direito alemão. Como descreve, lá, o esgotamento das vias judiciais pode ser mitigado ou desconsiderado quando o curso constitucional é de significado geral ou quando poderá provocar ao impetrante prejuízo grave e irreparável.

Assim, afirma Lenio Streck¹³³ que, diante da lei que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que se tem é um remédio supletivo do processo constitucional concentrado para casos em que seja incabível ação direta de inconstitucionalidade.

Essa mesma interpretação é repetida por Alexandre de Moraes¹³⁴ que afirma que o princípio da subsidiariedade exige que se esgotem ou que sejam ineficazes todas as vias para sanar a lesão. Prossegue, ainda, para afirmar que o mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não poderá substituir os demais remédios e ações constitucionais com a mesma finalidade, como o mandado de segurança e *habeas corpus*.

¹³¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF Nº 127 ED / DF. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366136/false>> Acesso em: 10 set. 2021.

¹³² STRECK, 2019, pp. 534-535

¹³³ *Ibidem*, p. 535.

¹³⁴ MORAES, 2013, pp. 803-804.

Vale destaque, aliás, que é exatamente essa a interpretação utilizada pelo STF, como pode ser visto no destaque feito do voto na citada ADPF 127. Inclusive, em questão de ordem na ADPF 3/CE¹³⁵, o Ministro Sidney Sanches colocou:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no artigo 102, §1º, da Carta da República e regulada pela Lei nº 9882/99, é ação de natureza constitucional cuja admissão é vinculada à inexistência de qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade do ato de poder atacado.

Uma vez preenchidos os requisitos específicos, até mesmo a revogação de normas pode ser objetos de ADPF. Nas ADPF 747, 748 e 749, o Supremo Tribunal Federal analisou a revogação de normas operacionais fixadoras de parâmetros mensuráveis necessários ao cumprimento da legislação ambiental. Decidiu, então, em medida cautelar referendada, que tal revogação compromete a observância da Constituição, da legislação vigente e de compromissos internacionais.

Como mencionado anteriormente no tópico 2.4, as ADPF 690, 898 e 900 são exemplos da possibilidade de impugnar atos normativos secundários que agridem preceitos fundamentais e geram inconstitucionalidade direta. A interpretação do já citado artigo 1º da Lei nº 9.882, que trata da ADPF, é que a ação busca evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. Não se pode negar a imperatividade da Constituição a atos secundários, deixando-os em vigência quando a agridem frontalmente.

Ainda mais, diante das características do controle concentrado tratadas neste trabalho, tem-se que, conforme vasta jurisprudência, é plenamente cabível ADPF em face de atos normativos secundários.

Contudo, para impugnação dessa espécie normativa, precisa de ser preenchido, obviamente, o descumprimento de preceito fundamental. Como coloca Lenio Streck¹³⁶, não basta a existência de uma controvérsia constitucional, o proponente de ADPF deverá demonstrar que essa controvérsia é sobre expressa violação a preceito fundamental.

A Lei nº 9882/99, coloca em seu artigo 1º, duas hipóteses de cabimento da ação ora tratada. As hipóteses de cabimento são, conforme destaca Alexandre de Moraes¹³⁷, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental cujo agressor é o Poder Público, bem como quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional.

¹³⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF Nº 3 QO / CE. Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur14108/false>.> Acesso em: 10 set. 2021.

¹³⁶ STRECK, 2019, p. 538.

¹³⁷ MORAES, 2013, p. 802.

Na já citada ADPF/127, por exemplo, discutia-se a eventual lesão ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e sadio a partir de resoluções administrativas do CONAMA, órgão administrativo que expediu atos normativos infralegais para delimitar as Leis 6.938/81 e 4.771/65.

No caso concreto o STF entendeu não haver questão constitucional relevante para o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, muito menos agressão a preceitos fundamentais. O que houve, para o Pretório Excelso é questionamento da conformidade com as leis.

Os preceitos fundamentais, porém, não possuem um rol exaustivo. Sobre isso, o plenário do STF já se manifestou na ADPF33/PA¹³⁸, ao listar os seguintes preceitos fundamentais a título exemplificativo: direitos e garantias fundamentais, cláusulas pétreas, princípios constitucionais sensíveis, respectivamente artigos 5º a 17, 60 § 4º e 34, VII.

Contudo, podem figurar como preceitos fundamentais inúmeros outros direitos, como direito à saúde, ao meio ambiente equilibrado e à cultura, respectivamente previstos nos artigos 196, 225 e 215 da Constituição. Uadi Lammêngo Bulos¹³⁹, por exemplo, destaca os princípios fundamentais, primeiros dois artigos da Constituição, e os princípios que regem a administração pública, *caput* do artigo 37, como preceitos fundamentais.

Vale, todavia, o destaque feito por Luís Roberto Barroso¹⁴⁰: “preceito fundamental não corresponde a todo e qualquer preceito da Constituição”. O autor destaca que, ao deixar aberto o que seriam tais preceitos, o legislador criou um conceito jurídico indeterminado a ser preenchido pelos operadores e doutrinadores do Direito.

Utilizando a diferenciação entre Constituição formal e material, o jurista destaca:

A expressão preceito fundamental importa o reconhecimento de que a violação de determinadas normas — mais comumente princípios, mas eventualmente regras — traz consequências mais graves para o sistema jurídico como um todo.¹⁴¹

Diante disso, concluiu Luís Roberto Barroso para não banalizar o instrumento de defesa da Constituição que se tornou a ADPF, a questão constitucional discutida: deverá interferir com a necessidade de fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental, não podendo

¹³⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF Nº 33 / PA. Relator: Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92470/false>.> Acesso em: 10 set. 2021.

¹³⁹ BULOS, Uadi Lammêngo. **Constituição Federal Anotada**, 8ª ed.rev e atua., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1030. *Apud* BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional - 2ª Fase da OAB**, 14ª ed. rev., ampli., atual., Salvador: JusPODIVM, 2020, pp. 171-172.

¹⁴⁰ BARROSO, 2016, p. 191.

¹⁴¹ *Ibidem*.

ser dependente de definição prévia de fatos controvertidos. Ainda, deverá ser insuscetível de resolução a partir da interpretação do sistema infraconstitucional.

Com tudo o que foi delimitado sobre a ADPF, é cabível afirmar que atos normativos secundários podem sim figurar como objeto de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contudo, para isso, devem preencher os requisitos para da subsidiariedade e da agressão a preceito fundamental, previstos na Lei nº 9882/99, regulamentadora da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o controle concentrado de constitucionalidade como importante mecanismo de efetivação do texto constitucional e, conseqüentemente, da manutenção do Estado Democrático de Direito e da observância de direitos e garantias fundamentais, este trabalho se propôs ao estudo da extensão da aplicabilidade desse instituto.

Assim, valendo-se da revisão bibliográfica e da análise da jurisprudência, essa investigação foi conduzida a fim de entender como o controle abstrato de relacionava com os atos normativos secundários ou infralegais – resoluções, portarias, decretos legislativos, regimentos etc.

De início, foi constada a existência de um antigo e consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual propalava que a “mera” crise de ilegalidade não tinha o condão de provocar o controle abstrato, ou seja, ao entender do Tribunal, os atos normativos infralegais não se submetiam à fiscalização de suas conformidades constitucionais.

A partir disso, passou-se a explorar o conceito de supremacia da Constituição Federal, averiguando-se que, por ser a norma de maior hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro, as demais deveriam estar em conformidade com o seu texto, devendo ser anulados os atos normativos que contrariassem os seus comandos.

Diante disso, percebeu-se a total incompatibilidade do entendimento do STF com a Constituição enquanto norma suprema, pois, ao se furtar da apreciação das constitucionalidades dos referidos atos, o Supremo renegava a supremacia do texto constitucional, situação que provocava uma incômoda incoerência sistêmica que produzia efeitos danosos à sociedade.

Desta forma, foi empreendida uma análise doutrinária dos pormenores da temática, a partir da qual se obteve a constatação de que, majoritariamente, a doutrina rechaçava o

entendimento supramencionado, ou seja, a doutrina entendia e entende pela possibilidade do controle da conformidade constitucional dos atos normativos secundários.

Obtida essa informação, tornou-se objeto central do estudo os posicionamentos mais recentes do STF acerca da viabilidade do controle concentrado desses atos, observando-se, a partir disso, que o antigo entendimento havia sido relegado ao anacronismo, dando lugar a uma concepção mais elástica.

Já não era sem tempo, pois diante da complexidade do ordenamento jurídico brasileiro, marcado por uma incômoda inflação legislativa, a vedação ao controle abstrato das normas infralegais, possibilitava a coexistência e a aplicabilidade mútua de normas constitucionais e inconstitucionais, essas últimas encobertas pelo véu da “mera ilegalidade”.

Comparados os julgados obtidos do Tribunal competente e destacadas as compatibilidades existentes entre eles, confirmou-se que, de fato, os atos normativos em discussão podem ser objeto do controle concentrado, mas, para tanto, devem atender a alguns requisitos, sendo o principal deles a existência de ofensa direta ao texto constitucional.

Assim, as normas infraconstitucionais podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, desde que sejam dotadas de abstração, generalidade e imperatividade, que inovem o ordenamento jurídico e que ofendam diretamente à Constituição Federal.

Os aspectos descritos acima são os requisitos gerais, havendo outras existências a depender da ação – a título de exemplo, para que uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão prossiga, deve estar demonstrado que a ausência ato normativo secundário inviabiliza direito constitucional.

Pelo exposto, pode-se afirmar que não se trata de mera mudança no trato do tema pelo STF, mas sim de uma evolução de sua postura frente aos atos normativos secundários que, finalmente, atualiza o processo de fiscalização das constitucionalidades das normas, compatibilizando-o ao complexo ordenamento jurídico atual.

Como dito na introdução deste trabalho, a Constituição é suprema e a sua supremacia deve ser respeitada, de modo que, sendo o controle de constitucionalidade o principal mecanismo de efetivação de suas normas e princípios, a sua ampliação às normas secundárias reforça a segurança jurídica e confere maior efetividade ao texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Igor Leonardo Moraes. **Hierarquia Normativa no Direito Brasileiro**. 1. ed. Aracaju: Criação Editora, 2020.

ALVES, José Carlo Moreira. **A Evolução do Controle de Constitucionalidade do Brasil**. *in*: As garantias do cidadão na Justiça. Coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Saraiva, 1933.

BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional - 2ª Fase Da Oab**, 14ª ed. rev., ampli., atual., Salvador: JusPODIVM, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle De Constitucionalidade No Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2016. Conversão para E-pub e Ebook: Guilherme Henrique Martins, Salvador.

BENJAMIN, Antonio Herman De Vasconcellos E, **O Estado Teatral E A Implementação Do Direito Ambiental**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2156206/mod_resource/content/1/Estado%20Teatral%20e%20a%20Implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20Ambiental,.pdf.

Acesso em: 21 abr. 2021.

BOBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução: Denise Agostinette, revisão da tradução: Silvana Cobucci Leite. 3ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 10 jun 2021.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal.&text=Art. Acesso em: 15 set 2021.

_____ Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1157 MC / DF. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7654/false.>> Acesso em: 10 jun. 2021.

_____ ADI nº 1282 QO / SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur15817/false.>> Acesso em: 4 set. 2021.

_____ ADI nº 1590 MC / SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118655/false.>> Acesso em: 5 set. 2021.

_____ ADI nº 1777 MC / DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur22850/false.>> Acesso em: 5 set. 2021.

_____ ADI nº 2895 / AL. Relator: Min. Carlos Velloso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95059/false.>> Acesso em: 4 set. 2021.

_____ ADI nº 3074 AgR / DF. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur267496/false.>> Acesso em: 3 set. 2021.

_____ ADI nº 3232 / TO. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87653/false.>> Acesso em: 4 set. 2021.

_____ ADI nº 3481/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443387/false.>> Acesso em: 5 set. 2021.

_____ ADI nº 3796 / PR. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur370668/false.>> Acesso em: 22 ago. 2021.

_____ ADI nº 4263 / DF. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428846/false.>> Acesso em: 3 set 2021.

_____ ADI nº 5449 MC-Ref / RR. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur346051/false.>> Acesso em: 4 set 2021.

_____ ADI nº 6117 AgR / DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435476/false.>> Acesso em: 3 set. 2021.

_____ ADO nº 26 / DF. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false.>> Acesso em: 10 set. 2021.

_____ ADPF nº 3 QO / CE. Relator: Min. Sydney Sanches. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur14108/false.>> Acesso em: 10 set. 2021.

_____ ADPF nº 33 / PA. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92470/false.>> Acesso em: 10 set. 2021.

_____ADPF nº 127 ED / DF. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: [<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366136/false.>](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366136/false.>) Acesso em: 10 set. 2021.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Constituição Federal Anotada**. 8ª ed.rev e atua., São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (*et al.*). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019. Livro digital (E-pub). Produção do e-pub Guilherme Henrique Martins Salvador.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ed. Salvador: Jus Podium, 2015.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**. 3ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2020. E-book.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Sergio Antonio Fabris. Editora: Porto Alegre, 1991.

HIROSI, Regina Tamami. **Atos Normativos E Controle Concentrado De Constitucionalidade**. Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 133-154, abr./jun. 2019. Disponível em: [<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p133.>](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p133.>) Acesso em 02 nov. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009.

LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvea. **Direito Processual Constitucional**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. – (Série IDP). E-book.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v_Port.pdf. , Acesso em: 09 mar. de 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 5ª. Ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2020.

NEVES, José Roberto de Castro. **Como os Advogados Salvaram o Mundo**: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020, pp. 115-117.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. 1982. Do Poder regulamentar. **Revista Do Serviço Público**, 39(2), 29-40. Disponível em: <https://doi.org/10.21874/rsp.v39i2.2250>. Acesso em: 25 ago. 2021.