

O campo material do controle concentrado de constitucionalidade

Aurely Pereira de Freitas (*)

Sumário: 1- Introdução. 2- O artigo 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal de 1988. 3- Conceito de Lei e Ato Normativo. 4- Espécies normativas do art. 59 da Constituição Federal de 1988. 4.1- Emendas à Constituição Federal de 1988. 4.2- Leis Complementares e Leis Ordinárias. 4.3- Leis Delegadas. 4.4- Medidas Provisórias. 4.5- Decretos Legislativos e Resoluções. 5- Outras hipóteses de atos objetos de controle. 5.1- Regimento dos Tribunais. 5.2- Tratados Internacionais. 5.3- Regulamentos. 6- Preceito Fundamental decorrente da Constituição Federal de 1988. 7- A arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. 7.1- Controle de constitucionalidade dos atos não-normativos. 7.2- Controle de Lei ou Atos Normativos municipais e de atos anteriores à Constituição Federal de 1988. 8- Conclusão.

1. Introdução

O controle de constitucionalidade dos atos normativos foi criado para impedir a introdução e permanência de normas inconstitucionais no sistema jurídico.

Quando o controle, na sua forma preventiva, exercido durante o processo legislativo, não identifica a inconstitucionalidade, a solução encontrada para garantir a coerência no sistema, e a segurança jurídica, é a declaração de inconstitucionalidade da norma, pelo Poder Judiciário, e a sua conseqüente invalidação.

Este artigo tem como objeto de análise o campo material do controle exercido pelo Poder Judiciário. O campo material delimita a extensão do controle: tudo que no ordenamento jurídico pode sujeitar-se a uma análise de compatibilidade com a Constituição Federal.

Para alcançarmos nosso objetivo será considerado apenas o campo material do controle concentrado de constitucionalidade,

* Promotora de Justiça Substituta, com atuação na comarca de Carauari. Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

também conhecido como *abstrato* ou por via *de ação direta*, ou seja, aquele exercido de forma direta pelo Supremo Tribunal Federal, com vistas a declarar inconstitucional uma norma.

O campo material do controle concentrado de constitucionalidade apresenta peculiaridades que merecem ser estudadas de forma mais detalhada. Em primeiro lugar, a noção de lei e ato normativo. O sentido dado à palavra lei não é unívoco, tampouco a amplitude dada ao termo ato normativo torna o trabalho de definição menos árduo.

Em segundo lugar, as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito de como se deve entender lei e ato normativo, para fins de controle de constitucionalidade, nem sempre guardam similitude.

O art. 59 da Constituição Federal traz um rol de atos normativos, todos passíveis de ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade. Existem, ainda, outros atos que podem ser objeto de controle, que também serão contemplados no presente trabalho.

Como necessário para uma abordagem mais completa sobre o campo material do controle concentrado de constitucionalidade, importante também definir o que venha a ser preceito fundamental decorrente da Constituição, assim como analisar a ampliação do campo material, conferida pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que engloba lesão resultante de ato do Poder Público, não necessariamente normativo, portanto; e lei ou ato normativo, federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988.

2. O artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988

O campo material do controle concentrado de constitucionalidade, de acordo com o art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, consiste em leis ou atos normativos federais ou estaduais para a ação direta de inconstitucionalidade; e lei ou ato normativo federal para a ação declaratória de

constitucionalidade. A arguição de descumprimento de preceito fundamental não tem o seu campo material explicitado pela Constituição, que remete à lei a disciplina dessa forma de controle.

Os atos municipais não foram incluídos no campo material das ações diretas. Dessa forma, atos municipais que firam a Constituição Federal só poderão ser discutidos, junto ao Supremo Tribunal Federal, pela via de exceção.¹

No plano estadual, no entanto, os atos municipais, quando contrários à Constituição Estadual, são impugnáveis diretamente no Tribunal de Justiça do Estado correspondente.

Os atos distritais são impugnáveis, por meio de ação direta, apenas quando editados no exercício da competência legislativa estadual do Distrito Federal. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou diversas vezes a respeito da impossibilidade de controle concentrado de constitucionalidade em ação direta, no caso de leis distritais editadas no exercício de competência municipal.²

Os atos impugnáveis por ação direta são, ainda, apenas os atos normativos do Poder Público, estando afastados os atos normativos de natureza privada.

3. Conceito de Lei e Ato Normativo

Para um conceito de lei e ato normativo, necessário antes de tudo esclarecer a relação entre esses dois institutos. Significariam a mesma coisa? Um estaria contido no outro?

Para o direito constitucional, a lei não passa de um ato normativo editado pelo Estado, e, portanto, dotado de imperatividade. (...) Deveras, se todas as leis constituem atos normativos editados pelos Estado, não significa que todos os atos normativos editados pelo Estado constituam lei. É

¹ Ressalvados os atos municipais que descumpram preceito fundamental da Constituição Federal.

² ADIn n. 911 – DF, DJU 12.08.1993; ADIn n. 1375 – DF, DJU 23.11.1996.

preciso apartar os atos normativos de diferentes categorias editados pelo poder público.³

Todas as espécies elencadas no art. 59 da Constituição Federal são lei: emendas à constituição; leis complementares; leis ordinárias, leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções. Não deixam de ser também atos normativos, mas existem outros atos dotados de normatividade que não são considerados lei, é o caso de decretos e portarias ministeriais, por exemplo.

Para o controle concentrado de constitucionalidade importará verificar a incompatibilidade direta entre o ato normativo e a Constituição Federal; se for apenas reflexa, teremos um caso de ilegalidade e não inconstitucionalidade.

A lei é, portanto, uma espécie de ato normativo, mas essa constatação pura e simples não é suficiente para a conceituação de lei em nosso ordenamento jurídico.

A palavra lei pode ser utilizada em diversos campos do conhecimento, como, por exemplo, nos campos da Física e da Biologia, mas para o nosso estudo importa definir o que vem a ser lei no Direito. De uma forma geral, lei significa regra que determina padrões a serem seguidos, no campo jurídico especificamente são padrões ou modelos de conduta obrigatórios.

Mas o termo lei, no sentido jurídico, não é utilizado em apenas uma acepção.

Ora se usa o termo para designar uma norma jurídica qualquer, não importa por meio de qual instrumento veiculada; ora para designar apenas as normas jurídicas revestidas de alguns atributos, como a justiça e a generalidade; ora para designar somente as normas jurídicas votadas pelo parlamento; ora com o sentido de ordem jurídica.⁴

³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 62-63.

⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.* *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. p. 61-62.

Portanto, ao ler a Constituição Federal, o intérprete deverá atentar para os vários sentidos que o termo lei pode abarcar, desde o mais geral, “todos são iguais perante a lei”, no art. 5º, *caput*, que significa todo o ordenamento jurídico, até “a lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas”, no art. 37, § 7º, que traz o sentido de lei como um simples ato legislativo.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior chama atenção ao perigo de se confundir lei e norma. “A norma é uma prescrição. A lei é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento. Nesse sentido, a lei é fonte do direito, isto é, o revestimento estrutural da norma que lhe dá a condição de norma jurídica”.⁵

Mas adiante, o autor afirma: “todo ato de legislação, realizado pelo poder competente e obedecidos os requisitos do ordenamento, é lei. (...)”.⁶

De acordo com esse entendimento doutrinário, portanto, fundamental para o conceito de lei seria a forma.

Outro conceito doutrinário, no entanto, aponta o conteúdo como essencial à concepção de lei. Primeiramente o seu caráter de generalidade:

A lei é geral, porque as suas disposições são tomadas em abstrato, podendo ser aplicadas a todos os casos futuros capazes de ser abrangidos pelo seu enunciado. Não foi editada tendo em vista um indivíduo ou vários indivíduos determinados, destinando-se, antes, a todos os indivíduos nas condições determinadas pelo texto.⁷

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 229.

⁶ *Idem, ibidem*. p. 234.

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit. Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. p. 63-64.

Depois, salientando a importância da função criadora do direito: “a doutrina parte do princípio que lei é toda regra criadora de direito, pouco importando se é geral ou não”.⁸ Essa segunda concepção da mesma doutrina, que valoriza mais o conteúdo que a forma da lei, recebeu o nome de teoria da lei como regra de direito ou teoria da novidade.⁹

Miguel Reale também conceitua lei pelo seu caráter criador do Direito. Para ele, “lei, no sentido técnico desta palavra, só existe quando a norma escrita é constitutiva de direito, ou esclarecendo melhor, quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas”.¹⁰

O conceito de lei, voltado ao conteúdo da matéria tratada, trouxe na doutrina dois conceitos distintos para a lei: lei no sentido material e lei no sentido formal.

O sentido formal está relacionado ao processo legislativo de criação de uma lei, que inclui deliberação parlamentar, aprovação do Poder Executivo e publicação em um diário oficial. Para que exista lei em sentido formal pouco importa a matéria tratada, não sendo relevante seu caráter de abstração e generalidade, basta que a forma obedecida seja a regular para a existência de uma lei. Como exemplo, existe a lei orçamentária, que no seu conteúdo mais se assemelha a ato administrativo.

Lei em sentido material é aquela cujo conteúdo é geral e abstrato, isto é, aplica-se a todos indistintamente e não está vinculada a nenhum caso concreto.

⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit. Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. p. 64.

⁹ Nesse sentido, André Ramos Tavares: “Para a teoria da generalidade, lei em sentido material é primordialmente aquela tal qual definida no parágrafo anterior (genérica, abstrata). Para a teoria da novidade – doutrina mais recente – lei material seria, antes de tudo, a lei que traz algo de novo ao mundo jurídico, seja regra geral ou mesmo individual” (TAVARES, André Ramos. *Teoria da Inconstitucionalidade das leis*: causas e consequências da antinomia entre lei e constituição. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1998, p. 115).

¹⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva. p.163.

Para fins de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal define lei como norma jurídica revestida de alguns atributos, a saber: impessoalidade, generalidade e abstração. Esse deve ser o sentido apreendido ao se analisar o art. 102, I, "a", da Constituição Federal, segundo o entendimento da mais alta Corte jurisdicional do país.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade não admite "controle de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei – as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinam relações em abstrato".¹¹

Essa posição, embora sedimentada por extensa jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, recebe crítica de parte da doutrina. Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra assim se posicionam:

Não se discute que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desses processos os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração. (...)

Outra há de ser, todavia, a interpretação se se cuida de atos editados *sob a forma de lei*. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou da vontade do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei.¹²

Os autores ainda esclarecem a existência de grande número

¹¹ ADIn n. 647, Rel. Min. Moreira Alves. DJ 27.03.1992, p. 3801, ement. vol. 1655-02, p. 240, RTJ, vol. 140-01, p. 36.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Op. cit.* Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n.º 9.868, p. 119.

de atos aprovados sob a forma de lei que permanecem afastados do controle abstrato e de qualquer forma de controle, na maior parte das vezes, pois na sua maioria não envolvem situações subjetivas, que poderiam levar a discussão ao âmbito da justiça ordinária.

Finalizando sua crítica, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra afirmam:

Que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição de legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque abstrato – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade.¹³

Nessa mesma linha de raciocínio, Clèmerson Merlin Clève, criticando a teoria da lei como regra de direito, assevera:

No Estado contemporâneo, por exemplo, nem sempre a lei será genérica e abstrata. Inúmeras deliberações do parlamento, afinal, com forma e força de lei, não dispõem desses atributos (...).

Por outro lado, não é possível imaginar que a lei deva, sempre, ser definida *ratione materiae*. Em face da teoria e da experiência constitucionais dos Estados ocidentais, percebe-se claramente que a lei veicula diversos conteúdos. Daí a regra de direito constituir apenas um dos conteúdos possíveis. No Estado social, ademais, o direito regula, por via legislativa, assuntos de natureza técnica, que nem por isso perdem a natureza de lei.¹⁴

O autor finaliza dizendo:

A eleição de um critério formal para a conceituação de lei (a lei independente de conteúdo) significa apenas que não há um universo de objetos fenomênicos monopolizados pela lei

¹³ *Idem.* p. 119-120.

¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.* *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. p. 65.

(regra de direitos) ou que a generalidade do preceito normativo não constitui dado indispensável para a caracterização do ato do Estado como ato legislativo. Apenas isso. Não se pretende com o presente estudo advogar a construção de um direito (enquanto fenômeno social) livre de conteúdo (o direito como forma apenas) ou a construção de uma ciência jurídica circunscrita à dimensão normativa do direito. Nem se pretende, ademais, dizer que a lei não possui um conteúdo. A lei possui o conteúdo normativo escolhido pelo legislador. Mas que fique claro. O legislador não está absolutamente livre para inserir na lei qualquer conteúdo. Afinal, o conteúdo da lei encontra-se pré-definido na Constituição.¹⁵

Segundo essa posição doutrinária, a forma, e não o conteúdo, seria essencial para um conceito de lei, inclusive para fins de controle concentrado de constitucionalidade.

Celso Ribeiro Bastos, comentando o art. 102, I, "a", da Constituição Federal, coloca-se de acordo com a posição do Supremo Tribunal Federal de que "atos concretos e individualizados não são passíveis de exame por via de ação, uma vez que qualquer ataque frontal ao ato por outros caminhos processuais levaria ao mesmo efeito".¹⁶

Já em se tratando de atos concretos e gerais, o referido autor defende o cabimento do exame, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que "a sua condição de ato genérico estaria a dispensar a abstratividade (...)".¹⁷

Assim, existe discordância, em alguns casos parcial, entre o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e o defendido por parte da doutrina. Para o órgão incumbido de realizar o controle concentrado, a lei apta a permitir essa espécie de controle seria a lei geral e abstrata. Define como relevante, portanto, o conteúdo da lei e não sua forma.

Canotilho, em consonância com a posição adotada pelo

¹⁵ *Idem.* p. 71.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. IV, tomo 3. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 132.

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.* *Comentários à Constituição do Brasil* p. 132.

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas v. 7 - 263

Supremo Tribunal Federal, define lei como “acto normativo geral e abstrato editado pelo Parlamento, cuja finalidade essencial é a defesa da liberdade e propriedade dos cidadãos”.¹⁸

Quais espécies normativas, então, seriam passíveis de controle de constitucionalidade no entender do Supremo Tribunal Federal?

Todas as espécies normativas elencadas no art. 59 da Constituição Federal que tenham os atributos de generalidade e abstração. Como se pode apreender do voto do Ministro Ilmar Galvão:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, é pacífica em considerar que o ato normativo a ser impugnado em ação direta de inconstitucionalidade, na forma da letra *a* do inciso I do art. 102 da Constituição Federal, é, somente aquele que ostenta abstração e generalidade; sendo, portanto, descabido o controle concentrado de constitucionalidade de ato de efeito concreto.¹⁹

E ainda, todo ato que possua determinação em caráter genérico e abstrato, de acordo com julgamento definitivo do Tribunal Pleno, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, que teve como objeto uma Portaria do Tribunal de Justiça do Piauí.²⁰

Para o Supremo Tribunal Federal, portanto, importa que o ato possua normatividade, não sendo essencial que venha sob a forma de lei.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 15.

¹⁹ ADIn n. 2347/RO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 24.08.2001, p. 42, ement. vol. 2040, p. 391. No mesmo sentido: ADIn n. 769/MA – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 154/432; STF – Pleno – ADIn n. 2.100-1/RS – Rel. Min. Néri da Silveira – Rel. Para o acórdão min. Nelson Jobim, DJ, seção I, 01.06.2001, p. 76.

²⁰ ADIn n. 1088/PI, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 22.11.2002, p. 55, ement. vol. 2092, p. 64. Ver também ADIn n. 728, Rel. Min. Marco Aurélio e ADIn n. 730, Rel. Min. Ilmar Galvão, site do Supremo Tribunal Federal.

4. Espécies normativas do art. 59 da Constituição Federal de 1988

4.1. Emendas à Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal brasileira é rígida, isto é, possui um processo mais dificultoso para sua modificação. Essa rigidez confirma em nosso sistema a supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas jurídicas do ordenamento.

No entanto, um texto legal deve se manter sempre de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade ao longo dos anos. Em muitos casos, alterações são necessárias para adequar o texto constitucional às novas necessidades. Essas modificações, todavia, não podem romper com os valores essenciais protegidos na Constituição Federal, daí se dizer que uma Constituição só pode ser modificada, de forma substancial, por meio de uma revolução, não sendo a emenda constitucional apta para tal finalidade.

Algumas limitações para o processo de emenda à Constituição Federal, podem ser expressas, dividindo-se em: circunstanciais, materiais e formais; e implícitas, relacionadas à titularidade do poder constituinte reformador e a impossibilidade de supressão das limitações expressas.

Dentre as limitações expressas, as materiais estão contidas no art. 60 da Constituição, também conhecidas como cláusulas pétreas: não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais.

As limitações circunstanciais estão no art. 60, § 1º: a Constituição Federal não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. São períodos de caráter excepcional no país que poderiam comprometer a necessária liberdade e independência para uma mudança constitucional.

As limitações formais estão relacionadas ao processo

legislativo diferenciado das emendas constitucionais.

Só possuem a iniciativa para apresentar uma proposta de emenda: o Presidente da República; no mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, separadamente; e mais da metade das Assembléias Legislativas, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. A deliberação parlamentar é realizada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada a proposta de emenda que obtiver três quintos dos votos dos respectivos membros.

No processo legislativo de uma emenda constitucional não existe a participação do Poder Executivo, a promulgação é feita pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, com o respectivo número de ordem.

Visto que as limitações implícitas decorrem da própria lógica do sistema, não seria razoável conceber um sistema com normas irreformáveis se essas mesmas normas não estivessem a salvo de modificações.

A emenda à Constituição Federal, como proposta, é considerada um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade, só ingressando no ordenamento jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias.²¹

Como, então, é possível o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais se estas passam a integrar a Constituição Federal com plena força normativa?

Como já explicitado, existem limites ao poder reformador; a emenda constitucional deve obedecer ao que está estatuído na Constituição Federal. Quando qualquer das limitações impostas pelo constituinte originário é desrespeitada, a emenda será tida como inconstitucional, devendo ser retirada do ordenamento jurídico.

²¹ RTJ 136/25. *Apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 543.

4.2. Leis Complementares e Leis Ordinárias

A lei complementar difere da lei ordinária por possuir matéria reservada e um processo legislativo próprio, que exige a maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional para sua aprovação.

Nenhuma outra espécie normativa pode tratar dos assuntos próprios a uma lei complementar, disso se infere que uma lei ordinária não pode revogar uma lei complementar, por serem leis que tratam de matérias diferenciadas, não se adentrando aqui na polêmica a respeito da existência ou não de hierarquia entre lei ordinária e complementar.

Na lição de Celso Ribeiro Bastos, “podemos afirmar que, em regra, não existem matérias vedadas ao tratamento pela lei; o que existe é uma repartição constitucional de competências”.²²

Sempre que a matéria tratada não for própria de lei complementar, decreto legislativo, resolução, nem estiver circunscrita a uma delegação legislativa, estaremos diante de uma lei ordinária. A definição é, portanto, de exclusão.

Ainda segundo Celso Ribeiro Bastos, será inconstitucional a lei complementar em duas situações: quando exceder seu campo material, tratando de matéria que não lhe tenha sido destinada constitucionalmente; e na não-observância do *quorum* necessário para sua aprovação.²³

Oswaldo Luiz Palu, discordando de Celso Ribeiro Bastos, afirma:

Como cada espécie normativa tem seu campo de atuação (matéria) delimitado pela Constituição, o entendimento pátrio dominante é o de que se uma *lei ordinária* invadir campo de atuação de lei complementar incidirá em *inconstitucionalidade*; entretanto, se uma *lei complementar* invadir campo de atuação de lei ordinária, é *lei ordinária* (nessa parte), podendo se por outra lei

²² BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.* Comentários à Constituição do Brasil. p. 138.

²³ *Idem.* p. 138.

*ordinária revogada.*²⁴

A inconstitucionalidade, no caso de invasão por lei ordinária em matéria reservada à lei complementar dá-se por estarem especificados na Constituição Federal os assuntos que devem ser tratados exclusivamente por lei complementar, o mesmo não acontece com as leis ordinárias, e por isso o entendimento de que não são inconstitucionais as leis complementares que veiculam matéria que deveria ser tratada por lei ordinária.

No caso de leis ordinárias anteriores à Constituição Federal, que disciplinam matérias que hoje são reservadas à lei complementar não há discussão: continuam válidas, mas só podem ser reformadas por lei complementar.

4.3. Leis Delegadas

O Presidente da República recebe do Congresso Nacional, por meio de resolução, a competência para elaborar a lei delegada, nos limites postos pelos órgãos legiferantes.

Os limites materiais para a atuação do Poder Executivo na elaboração da lei delegada estão na própria Constituição Federal, não serão objetos de 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 a lei complementar. E, ainda, a legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; e planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos (art. 68, § 1º, da Constituição Federal).

Sempre que o Poder Executivo desrespeitar as limitações impostas pela Constituição Federal na elaboração da lei delegada,

²⁴ PALU, Oswaldo Luiz. *Op. cit. Controle de Constitucionalidade*. p. 247.

dois caminhos de controle são possíveis: o Congresso Nacional poderá sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem os limites de delegação legislativa, com efeito não retroativo; e o Poder Judiciário poderá declarar a inconstitucionalidade por desrespeito aos requisitos formais do processo legislativo, tornando sem efeito a lei delegada desde sua publicação.

4.4. Medidas Provisórias

A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, possui previsão no art. 62 da Constituição Federal²⁵ e encontra-se subordinada aos requisitos de relevância e urgência. A medida provisória possui força de lei e deve ser submetida de imediato ao Congresso Nacional para sua aprovação ou rejeição.

O prazo para vigorar de uma medida provisória é de sessenta dias, podendo ser prorrogado uma única vez por igual período.

Está vedada constitucionalmente, portanto, a reedição sucessiva de medidas provisórias e, de acordo com o § 10, a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

Durante o recesso do Congresso Nacional, o prazo de vigência da medida provisória fica suspenso, por isso, excepcionalmente, a medida provisória pode vigorar por mais de sessenta dias, desde que seja editada antes do recesso parlamentar.

E ainda, aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta será mantida integralmente em vigor, até que seja sancionado ou vetado o projeto (art. 62, § 12, da Constituição Federal).

²⁵ A Emenda Constitucional n. 32, promulgada em 11 de setembro de 2001, trouxe inúmeras mudanças ao processo legislativo das medidas provisórias, essas mudanças foram todas consideradas no decorrer deste estudo.

A importância em estabelecer a vigência está em que apenas um ato em plena vigência pode ser objeto do controle concentrado de constitucionalidade. No caso de conversão da medida provisória em lei, ou de perda da eficácia por decurso de prazo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade será considerada prejudicada, pela perda do objeto da ação. O pedido da ação, portanto, deverá se aditar de acordo com a nova lei de conversão.

Clèmerson Merlin Clève propõe a divisão do controle jurisdicional de medidas provisórias, no Brasil, em três níveis:

(i) cabe, primeiro, um controle dos pressupostos de habilitação (se estão ou não presentes); (ii) cabe, depois, um controle da matéria tratada pela medida provisória (se suporta regramento legislativo provisório ou não); (iii) cabe, finalmente, um controle da constitucionalidade da matéria propriamente dita (se atende, não sob a ótica formal, mas substantiva, as normas e princípios adotados pelo Constituinte).²⁶

Os pressupostos de habilitação para a edição de uma medida provisória são a relevância e a urgência. O Supremo Tribunal Federal, em regra, não analisa os requisitos de relevância e urgência, por entender tratar-se de questão política, ou seja, que está dentro da esfera discricionária do Poder Executivo.

No entanto, em alguns julgados, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo o controle também dos pressupostos de relevância e urgência, quando flagrante o abuso pelo Poder Executivo.

Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade

²⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. p. 200.

– é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa.²⁷

Sobre a existência de atos próprios da discricionariedade do Poder Executivo e a sua possibilidade de controle, muito bem leciona Celso Ribeiro Bastos:

De fato, é próprio do Judiciário examinar a Constituição em todos os seus aspectos, não fazendo mais parte do nosso direito o reconhecimento da existência de atos políticos que ficassem absolutamente fora do alcance desse Poder. O que hoje se aceita é que haja atos administrativos com fundamentação política, é dizer, que gozam de um campo muito amplo de discricionariedade. Exemplo: a sanção, dentro do processo legislativo. Mas esta grande amplitude não equivale à ilimitação. Ainda sob a Constituição anterior, o Supremo reconheceu que, nada obstante ser muito amplo o conceito de segurança nacional, ainda assim certas coisas poderiam ser necessariamente tidas por não pertinentes à segurança nacional. Nessa ocasião, a Suprema Corte declarou a nulidade de decreto-lei que pretendia disciplinar a locação de imóveis. Mas há de reconhecer-se que a tradição mais vinculada, mais marcada, é da existência dos atos políticos, significando estes uma imunidade ao exame jurisdicional. Nossos melhores publicistas reconhecem que, mesmo os atos de natureza política, se ferem direito individual, são passíveis de controle pelo Judiciário.²⁸

Quanto ao controle sobre a matéria tratada na medida provisória, de especial importância é o § 1º do art. 62 da Constituição Federal, que traz limitações expressas à edição de medidas provisórias sobre determinadas matérias, dentre elas os direitos políticos, a organização do Poder Judiciário e a organização do Ministério Público.

Também o § 2º, do mesmo artigo, traz importantes limitações, dessa vez referentes à matéria tributária. Determina que a instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos

²⁷ STF. ADIn n. 1.753-1-DF – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit. Comentários à Constituição do Brasil*, p.141.

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas v. 7 - 271

nos artigos 153, I, II, IV, V e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

4.5. Decretos Legislativos e Resoluções

As matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, previstas, de forma geral, no art. 49 da Constituição Federal, são veiculadas por decreto legislativo.²⁹ Os decretos legislativos são utilizados, ainda, para disciplinar as relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias não convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável uma única vez por igual período.

De acordo com a modificação trazida pela Emenda Constitucional n. 32, não editado, em até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia da medida provisória, o decreto legislativo, as relações jurídicas decorrentes dos atos praticados durante a vigência da medida provisória continuarão por ela regidas (art. 62, § 11).

O processo legislativo previsto para os decretos legislativos obedece ao sistema bicameral, ou seja, são discutidos e votados em ambas as casas do Congresso Nacional. A promulgação do decreto legislativo será feita pelo Presidente do Congresso Nacional, que é também Presidente do Senado Federal.

A Resolução é um ato do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas legislativas, para regular matérias de sua competência, mas em geral de efeitos internos, salvo resolução que disponha sobre delegação legislativa.

Tanto o procedimento de elaboração dos decretos legislativos quanto o das resoluções não é tratado pela Constituição Federal, cabendo ao próprio Congresso Nacional, por meio de seu regimento interno, discipliná-lo, no primeiro caso, e ao regimento interno de cada uma das casas e também do

²⁹ A aprovação de Tratados e atos internacionais, mediante decreto legislativo, será vista no item referente à Tratados Internacionais deste trabalho.

Congresso Nacional, no segundo caso.

David Araújo e Serrano Nunes, com muita propriedade, advertem que:

Nem toda resolução ou decreto legislativo podem ser objeto de controle de concentrado, já que podem não constituir atos normativos. Por exemplo, a resolução que autoriza o processo contra Presidente da República, prevista no inciso I do art. 51 da Constituição, não está revestida de abstração e generalidade, o que impede seu controle. Da mesma forma, a autorização para que o Presidente da República se ausente do País por mais de quinze dias, prevista no art. 49, III, não tem qualquer generalidade e abstração, constituindo, portanto, ato concreto e impossível de ser controlado pelo controle concentrado.³⁰

Não existe participação do Presidente da República no processo legislativo do decreto legislativo e da resolução, pois nos dois casos se trata de matéria de competência exclusiva do Poder Legislativo.

5. Outras hipóteses de atos objetos de controle

5.1. Regimento dos Tribunais

A Constituição Federal, em seu art. 96, I, atribuiu aos Tribunais competência para “(...) elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

Dessa forma, os Tribunais podem incidir em dois tipos de ofensa, no momento da elaboração de seus regimentos: à lei, no caso de desrespeito às normas de processo; e à Constituição Federal, de forma direta, quando as normas regimentais elaboradas estiverem em desacordo com a Lei Maior.

³⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.* *Curso de Direito Constitucional*. p.42.

Portanto, no caso de ofensa direta à Constituição, os regimentos dos tribunais podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade.

5.2. Tratados Internacionais

Os Tratados Internacionais, antes de fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro, precisam ser referendados pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal), por meio de decreto legislativo, e promulgados e publicados por decreto editado pelo Chefe do Poder Executivo.

O decreto legislativo autoriza ao Presidente da República ratificar o Tratado Internacional em nome da República Federativa do Brasil. A ordem para a execução do Tratado em território nacional ocorre por meio do decreto presidencial.

De acordo com posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais são normas infraconstitucionais, portanto, passíveis de controle de constitucionalidade.

Possibilidade jurídica do controle de constitucionalidade, pelos métodos concentrado e difuso, das normas de direito internacional, desde que já incorporadas definitivamente ao plano do direito positivo interno, explicitando, também, por votação unânime, que este entendimento decorre da absoluta supremacia da CF sobre todo e qualquer ato de direito internacional público celebrado pelo Estado brasileiro. Precedentes citados: Rp 803 – DF (RTJ 84/724); RE 109173 – SP (RTJ 121/270).³¹

Importante salientar, no entanto, que a declaração de inconstitucionalidade de um Tratado Internacional não significa a anulação deste, mas apenas a sua inaplicabilidade no Brasil. Uma vez declarada a inconstitucionalidade de um Tratado Internacional, com validade para o direito interno, o caminho

³¹ Informativo STF, n. 48, de outubro de 1996. *Apud* MORAES, Alexandre de. *Legislação do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003. 274 - *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas* v. 7

mais acertado, para evitar incoerências em razão de sua validade no plano internacional, seria a denúncia do Tratado.³²

Assim também se pronuncia Pontes de Miranda: “se o Poder Judiciário julga inconstitucional o Tratado, convenção ou acordo, deve o Senado Federal suspender-lhe a execução, e o Presidente da República imediatamente, não ao julgamento, mas à suspensão, denunciá-lo”³³. Quando se tratar de controle concentrado de constitucionalidade, basta a sentença do Supremo Tribunal Federal, sendo a suspensão do tratado pelo Senado Federal necessária apenas no controle difuso de constitucionalidade.

5.3. Regulamentos

Os regulamentos, no Direito brasileiro, em sentido amplo, são todos os atos emanados pelos órgãos da Administração Pública, em sentido mais estrito, são os atos normativos editados, privativamente, pelo Chefe do Poder Executivo.

O Supremo Tribunal Federal firmou posição de que apenas em caráter excepcional serão admitidas ações diretas de inconstitucionalidade, cujo objeto seja decreto regulamentar. Para tanto, o decreto deverá se apresentar como autônomo.

Dentre as diversas classificações de regulamentos presentes na doutrina brasileira, tendo em vista a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, importante ressaltar a que trata dos regulamentos de execução e dos regulamentos autônomos.

Os regulamentos autônomos, que também podem ser chamados de decretos autônomos, são “os regulamentos criados pelo executivo em virtude de competência outorgada diretamente pelo texto constitucional”.³⁴

³² Com a denúncia, o país signatário do Tratado passa a não mais adotá-lo, estando sujeito, eventualmente, às sanções previstas no direito internacional.

³³ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. t. III. p.109. *Apud* VELOSO, Zeno. *Op. cit. Controle jurisdicional de constitucionalidade*. p. 119.

³⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit. Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. p. 293.

Muitos estudiosos do direito defendem a inexistência de decretos autônomos, uma vez que o art. 84, IV, da Constituição Federal determina que compete ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Os decretos só seriam válidos, portanto, para complementar a lei.

Parte da doutrina defende, ainda, que não existiria autonomia porque o decreto dito autônomo está baseado na Constituição Federal, que é a lei das leis.

A antiga redação do art. 84, VI, reforçava a tese de que os regulamentos não poderiam ser introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro independentemente de lei, pois o Chefe do Poder Executivo só poderia dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, “na forma da lei”.

A Emenda Constitucional n. 32, no entanto, alterou a redação do referido inciso, que hoje não traz a ressalva “na forma da lei” e está dividido em dois incisos.

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI. Dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.”

O Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da Emenda Constitucional n. 32, já admitia a existência de decretos autônomos, conforme julgado a seguir transcrito.

Cabe ação direta de inconstitucionalidade para verificar a ocorrência de ofensa ao princípio constitucional da reserva

legal ou de usurpação de competência legislativa por um dos entes federados quando o ato normativo impugnado tem por base dispositivo constitucional, sendo, pois, autônomo. Não cabe ação direta quando o ato normativo questionado, hierarquicamente inferior à lei, deve ser confrontado diretamente com a legislação ordinária e só indiretamente com a Constituição pois, neste caso, cuida-se de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.³⁵

O ato regulamentar expedido para fiel execução de lei, portanto, estaria incidindo em ilegalidade, não podendo ser objeto de controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal.

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal sofre algumas críticas da doutrina. Clèmerson Merlin Clève, defende que:

A jurisprudência restritiva do Supremo no tocante ao controle de constitucionalidade das normas de caráter regulamentar, limitado à hipótese de violação direta da Constituição, somada à jurisprudência que não admite o controle do regulamento pela via do mandado de segurança por se tratar de 'lei em tese', acabam por criar uma espécie de ato quase imune ao controle judicial e, por isso, insindicável judicialmente.³⁶

Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra alertam que “a inexistência de um sistema de controle judicial que permita aferir a legitimidade da atividade regulamentar pode levar a uma *desvalorização* do postulado da supremacia da lei e da reserva legal”.³⁷

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, permanece firme em sua posição de que, se tratando de decreto regulamentar para a execução de lei, não cabe controle concentrado de

³⁵ STF – Pleno – ADIn n. 1.883-3/CE, Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 27 de novembro de 1998. p.7.

³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. p. 213-214.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Op. cit. Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n.º 9.868*. p. 143.

constitucionalidade, por via de ação direta de inconstitucionalidade, pois se trata de ofensa direta à lei e apenas reflexa e indireta em relação ao texto constitucional.

III. A ampliação conferida pela arguição de descumprimento de Preceito Fundamental

6. Preceito Fundamental decorrente da Constituição Federal de 1988

Antes de analisar o que venha a ser arguição de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal de 1988 e de que forma esse novo instrumento ampliou o campo material do controle de constitucionalidade, necessário primeiro definir o que pode ser entendido como preceito fundamental.

Preceito fundamental é o parâmetro de controle para a utilização do processo da arguição de descumprimento. Essa forma de controle só será utilizada quando se identificar que um ato do Poder Público está causando lesão a um preceito, presente na Constituição Federal, de especial importância ao ordenamento.

Necessário, portanto, identificar o significado do termo *preceito* para uma melhor compreensão deste tema. Thomas Ransom Giles, em sua obra *Dicionário de Filosofia*, destaca dois significados: “Preceito 1. Aquilo que é dado para servir de regra (máxima, princípio) de ação ou de conduta, sobretudo de conduta, moral ou religiosa. 2. Aquilo que é aceito como princípio regulatório ou funcional na organização e direção da conduta.”³⁸

No campo jurídico, a definição de *preceito* guarda coerência com a sugerida no campo filosófico, “ancora-se na idéia de ‘ordem’, ‘mandamento’, ‘comando’, identificando-se uma vez mais com o sentido que se encontra tanto em *regras* como em *princípios*.”³⁹

³⁸ GILES, Thomas Ransom. *Dicionário de Filosofia: Termos e Filósofos*. São Paulo, EPU, 1993. p. 124, verbete “preceito”. *Apud* TAVARES, André Ramos. *Da Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental*. Tese de doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000, p. 92.

³⁹ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.* *Da Arguição de Descumprimento de Preceito* 278 - *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas* v. 7

Identificado o significado do termo *preceito*, que, no universo jurídico, pode ser entendido como sinônimo de norma, compreendendo tanto princípios quanto regras, importante procurar definir quando um preceito será fundamental para fins de arguição de descumprimento.

Essa tarefa se apresenta árdua porque o legislador constituinte não esclareceu quais princípios e regras na Constituição Federal seriam fundamentais, deixando essa incumbência ao intérprete do Direito.

Zeno Veloso, aplaudindo essa escolha, afirma:

O que hoje pode se considerar preceito fundamental, dada a dinamicidade do ordenamento jurídico, pode ter a sua densidade normativa diminuída no decorrer do tempo. O texto do dispositivo está inserido num contexto fático-político-social que, variando, determina a moderação do conteúdo do preceito. Inversamente, o fenômeno pode transformar, futuramente, em preceito fundamental o que não tem esse *status* atualmente.⁴⁰

Está a cargo do aplicador do direito, portanto, identificar quais preceitos da Constituição Federal podem ser considerados fundamentais para efeito de controle de constitucionalidade por via de arguição de descumprimento.

André Ramos Tavares entende que:

Preceito fundamental' nada mais é do que – e seria até desnecessário dizê-lo, a esta altura – vocábulo parcialmente sinonímico para 'princípios'. Diz-se 'parcialmente', claro, porque – insista-se – não se esgota no campo destes e, ademais, não os contempla totalmente. Há, pois, uma simetria imperfeita entre os preceitos fundamentais e princípios constitucionais. Nem todos os preceitos fundamentais são princípios e nem todos os denominados princípios constitucionais são preceitos fundamentais.⁴¹

Constitucional Fundamental. p. 92.

⁴⁰ VELOSO, Zeno. *Op. cit.* *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. p.295-296.

⁴¹ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.* *Da Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental*. p. 98.

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas v. 7 - 279

Para Uadi Lammêgo Bulos, “qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária.”⁴²

Assim, são comumente apontados pela doutrina como preceitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal: os princípios constitucionais sensíveis, cuja violação autoriza processo de intervenção, conforme art. 43, VII; as cláusulas pétreas contidas no art. 60, § 4º; os direitos e garantias individuais; os fundamentos da República Federativa do Brasil, trazidos no art. 1º, os objetivos fundamentais do art. 3º; e os princípios que regem as relações internacionais, presentes no art. 4º.

Gilmar Ferreira Mendes acrescenta, “a lesão a preceito fundamental não se configura apenas quando se verifica possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confiram densidade normativa ou significado específico a esse princípio.”⁴³

Por fim, vale ressaltar que os preceitos fundamentais, para fins de arguição de descumprimento, são apenas aqueles decorrentes da Constituição Federal, isto é, que estão implícitos ou explícitos no texto constitucional.

7. A arguição de descumprimento de Preceito Fundamental

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental consta no texto constitucional desde sua promulgação, em 5 de outubro de 1988. Seus verdadeiros contornos sempre despertaram curiosidade, mas como se tratava de uma “norma constitucional

⁴² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 901.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: parâmetro de controle e objeto*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

de eficácia limitada”⁴⁴, uma vez que necessitaria ser implementada por lei, poucos se demoraram em análise a respeito do instituto até o advento da lei n. 9.882/99.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental veio completar o sistema de controle de constitucionalidade, uma vez que foram incluídas no seu campo material questões que antes não eram passíveis de exame no controle concentrado de constitucionalidade, como atos normativos municipais, atos não-normativos do Poder Público e atos normativos anteriores à Constituição Federal.

A Lei n. 9.882/99, em seu art. 1º, assim determina:

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

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (Vetado).

A primeira observação a ser feita é que a Lei nº 9.882/99 trouxe duas modalidades diferentes de arguição, “por meio de ação direta e por meio de incidente processual”.⁴⁵

Parte da doutrina associa as duas modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental a dois dispositivos da Lei n. 9.882/99, mas especificamente o art. 1º, caput, que

⁴⁴ Classificação de José Afonso da Silva em *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁴⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Op. cit. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99. Op. cit. p. 203.*

diria respeito à arguição direta, ou seja, ação iniciada direta e originariamente perante o Supremo Tribunal Federal; e o inciso I do parágrafo único desse mesmo artigo, que trataria da arguição incidental, iniciada no bojo de um processo já instaurado.

No julgamento da ADIn n. 2.231 – DF, no entanto,

(...) o Min. Nery da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1.º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da arguição autônoma de caráter abstrato, a arguição incidental em processo em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo.⁴⁶

David Araújo e Serrano Nunes também entendem que o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.882/99 é inconstitucional: “Vê-se, portanto, que o parágrafo único da lei trouxe outra ação, que não era a prevista no texto constitucional. Ao pretender explicar o que também era preceito fundamental, a lei inovou, trazendo hipótese não prevista na Constituição.”⁴⁷

O art. 102, § 1º, da Constituição Federal criou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei n. 9.882/99 criou uma arguição de descumprimento de preceito fundamental por “equiparação”⁴⁸, ampliando as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal.

O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de inconstitucionalidade, pois deveria

⁴⁶ Informativo STF n. 253.

⁴⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 50-51.

⁴⁸ Expressão utilizada por MORAES, Alexandre de. Op. cit. *Direito Constitucional*. p. 645

ser precedida de emenda à Constituição.⁴⁹

De acordo com o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/99, atos normativos municipais, estaduais e federais, inclusive os anteriores à Constituição Federal, seriam objetos do controle concentrado a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal deverá decidir sobre a constitucionalidade do parágrafo único em questão, não obstante, serão abordadas todas as novas hipóteses trazidas pela Lei n. 9.882/99, uma vez que fazem parte do campo material do controle em estudo, destacadas as posições doutrinárias pela inconstitucionalidade.

O art. 1º, caput, da Lei n. 9.882/99, inova ao trazer a possibilidade de controle de constitucionalidade de atos não normativos, que não faziam parte do sistema de controle de constitucionalidade concentrado, que, de acordo com o art. 102, I, “a”, da Constituição Federal estava restrito à lei ou ato normativo federal e estadual.

O Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 5º da Lei, pode deferir medida liminar pela maioria absoluta de seus membros, ressalvados, casos de extrema urgência, perigo de lesão grave, ou recesso, quando a medida liminar poderá ser concedida pelo relator ad referendum do Tribunal Pleno (§ 1º).

A legitimação ativa para a arguição direta, que também é conhecida como arguição autônoma, encontra-se no art. 2º da Lei, e pertence aos “legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”.

Quanto à legitimação ativa para a arguição incidental, concordamos com André Ramos Tavares que diz:

Não obstante o veto presidencial quanto ao inciso II do art. 2º, que previa a possibilidade de qualquer pessoa interessada intentar a arguição, a verdade é que, nesta segunda modalidade, as partes envolvidas em um processo regularmente constituído, no qual se alegue o descumprimento de preceito

⁴⁹ MORAES, Alexandre. *Op. cit.* *Direito Constitucional*. p. 646.

fundamental, poderão fazer com que sua questão constitucional alcance a Corte, diretamente, invocando a relevância da questão.⁵⁰

Outro aspecto processual importante é o previsto no § 3º do art. 5º que faculta ao Supremo Tribunal Federal conceder liminar para suspender o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais que apresentem relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, com única ressalva para a coisa julgada.

Por fim, importante ressaltar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental possui caráter residual, isto é, só pode ser utilizada quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

7.1. Controle de constitucionalidade dos atos não-normativos

O *caput* do art. 1º da Lei n. 9.882 determina que a argüição de descumprimento de preceito fundamental visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público.

O objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, portanto, pode ser um ato não-normativo, uma vez que a expressão ato do Poder Público engloba uma série de atos não necessariamente normativos. Importante ressaltar, no entanto, a necessidade de que sejam atos estatais. Estão excluídos, portanto, os atos praticados por particulares. Temos, por exemplo, como atos que podem ser objeto de argüição de descumprimento: atos administrativos, atos jurisdicionais e até atos de execução do Poder Público.

⁵⁰ TAVARES, André Ramos. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Op. cit.* *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99.* p. 76.

No caso de atos judiciais, Gilmar Ferreira Mendes entende que a lesão poderia estar baseada na interpretação judicial. “Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental poderá conter uma violação da norma constitucional.”⁵¹

Celso Ribeiro Bastos, defende a inclusão de:

Atos de particulares que agem investidos de autoridade pública, como os praticados por empresas concessionárias e permissionárias de serviço público. Parece-nos, neste particular, perfeitamente cabível a analogia com o Mandado de Segurança, que pode também ser impetrado contra atos de pessoas jurídicas de direito privado, no exercício de atribuições do Poder Público.⁵²

No que diz respeito aos atos políticos, o Supremo Tribunal Federal não os considera como objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental, permanecendo fiel a sua posição tradicional de não exercer o controle concentrado de constitucionalidade sobre atos políticos.

Em decisão do Tribunal Pleno, a respeito de impugnação de veto imotivado de Prefeito do Rio de Janeiro contra lei municipal sobre IPTU, “considerou-se incabível na espécie a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º da Lei 9.882/99.”⁵³

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: parâmetro de controle e objeto*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Op. cit. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99*.

⁵² BASTOS, Celso Ribeiro. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Op. cit. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. p. 92.

⁵³ STF – Pleno – ADPF (QO) n. 1/RJ – Rel. Min. Néri da Silveira, decisão: 3.2.2000. Informativo STF n. 176. Trata-se de uma ação que foi ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil contra ato do Prefeito Municipal do Rio de Janeiro, de vetar, parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara, que elevava o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2000. A argumentação

Assim, o Supremo Tribunal Federal, em cada caso submetido a sua apreciação, poderá definir a amplitude conferida ao termo “ato do Poder Público”, posicionando-se a respeito das muitas sugestões de atos não-normativos passíveis de controle, por meio de arguição de descumprimento, sugeridos pela doutrina.

7.2. Controle de Lei ou Atos Normativos municipais e de atos anteriores à Constituição Federal de 1988

A Ação Direta de Constitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade não contemplam lei ou atos normativos municipais e quaisquer espécie de ato normativo anterior à Constituição Federal. O inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.882/99, buscou driblar essa impossibilidade, criando forma de controle direto que abarcasse as duas situações.

As leis municipais se sujeitavam apenas ao controle difuso de constitucionalidade, se em face da Constituição Federal, e abstrato no caso de desrespeito às Constituições Estaduais, realizado pelos Tribunais de Justiça. Com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, sua constitucionalidade pode ser aferida abstratamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar que também as normas do Distrito Federal, quando editadas no exercício de competência municipal também estarão sujeitas ao controle por meio de arguição de descumprimento.

No que tange aos atos normativos anteriores à Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal sempre entendeu que o direito anterior à Constituição Federal que não estivesse adequado ao que dispõe a Lei Máxima seria considerado revogado ou não recepcionado. Por essa razão não se admitia controle abstrato de normas anteriores à Constituição Federal, o conflito

deveria se resolvido pelo critério cronológico.⁵⁴

Celso Ribeiro Bastos, criticando esse posicionamento afirma:

Diante desta discutível orientação pretoriana, criou-se um vácuo no controle abstrato de normas, prejudicial à segurança jurídica, à medida que a solução de controvérsias relevantes envolvendo a recepção das normas infraconstitucionais deixou de contar com um instrumento definitivo de pacificação dos conflitos, dotado de eficácia erga omnes.⁵⁵

A arguição de descumprimento de preceito fundamental admite, de acordo com a Lei n. 9.882/99, o controle de atos normativos anteriores à Constituição Federal. Importante ressaltar, no entanto, que será necessário a demonstração de que é “relevante o fundamento da controvérsia constitucional” para lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal.

Válido utilizar, para a análise do que se pode entender por relevante, de norma do próprio Supremo Tribunal Federal, utilizada para o recurso extraordinário. O regimento interno do Supremo Tribunal Federal fixou, no art. 327, § 1º, que: “entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.⁵⁶

era de que, com esse veto, o Prefeito teria violado o princípio constitucional da separação de Poderes.

⁵⁴ Lei posterior derroga lei anterior.

⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Op. cit. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. p. 95.

⁵⁶ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. *Apud* TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Op. cit. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. p.74.

Podemos perceber, portanto, que o legislador, ao tratar da arguição incidental, buscou restringir seu alcance, tanto no que se refere à exigência de normatividade do ato, quanto à necessidade de demonstração de relevante fundamento de controvérsia constitucional.

8. Conclusão

O campo material do controle concentrado de constitucionalidade está disposto no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, sendo lei ou ato normativo federal e estadual para a Ação Direta de Inconstitucionalidade e lei ou ato normativo federal para a Ação Declaratória de Constitucionalidade; e no art. 1º da Lei n. 9.882/99, sendo ato do Poder Público, e, ainda, lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal.

Para que um ato seja objeto de controle concentrado de constitucionalidade por via de ação direta, será necessário que possua “normatividade”, entendido esse atributo como a existência de regra de caráter geral e abstrato.

Leis de efeito concreto, ainda que formalmente sejam consideradas espécies normativas primárias, não são aceitas como objeto de ação direta de inconstitucionalidade. A mais alta Corte brasileira não conhece de ações diretas propostas com base em leis orçamentárias, como um exemplo, justamente por não possuírem a necessária abstração.

Atos regulamentares, como o caso de Portaria da Administração Pública, contudo, não são considerados espécies normativas primárias, mas podem ser objeto de ações diretas de inconstitucionalidade, desde que ostentem abstração e generalidade.

Da mesma forma, um decreto do Poder Executivo, desde que não seja para fiel execução de lei, pode ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade, mas para tanto necessita igualmente ser geral e abstrato.

A doutrina pátria, de uma forma geral, admite o controle

concentrado de todos os atos revestidos de caráter normativo. Parte da doutrina defende a inclusão de leis formais, ou seja, atos concretos e gerais, no controle concentrado de constitucionalidade.

A Lei n. 9.882/99, que trata da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ampliou o campo material do controle concentrado de constitucionalidade, trazendo atos não-normativos, atos municipais e atos normativos anteriores à Constituição Federal.

Tal abrangência, no entanto, está restrita ao entendimento do Supremo Tribunal Federal do que seja “preceito fundamental decorrente da Constituição”. De acordo com os julgamentos das arguições de descumprimento de preceito fundamental propostas até a conclusão do presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal pretende apreciar em cada caso concreto o que pode e o que não pode ser considerado preceito fundamental.

Assim, conclui-se que o essencial para o controle concentrado de constitucionalidade, no que se refere a seu objeto, está na interpretação a ser conferida pelo Supremo Tribunal Federal dos requisitos necessários para se ter uma lei ou ato normativo, o mesmo se diga para a definição do que venha a ser preceito fundamental.

Referências bibliográficas:

ARAÚJO, Luiz Alberto David; **NUNES JÚNIOR**, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*.

BASTOS, Celso Ribeiro. (1997) *Comentários à Constituição do Brasil*. v. IV, tomo 3. Saraiva, São Paulo.

BULOS, Uadi Lammêgo. (2000) *Constituição Federal anotada*. Saraiva, São Paulo.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (1999) *Direito Constitucional*. 3. ed. Almedina, Coimbra.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. (2000) *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. Revista dos Tribunais, São Paulo.

Emenda Constitucional n. 32, promulgada em 11 de setembro de 2001, trouxe inúmeras mudanças ao processo legislativo das medidas provisórias; essas mudanças foram todas consideradas no decorrer deste estudo.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. (2001) *Introdução ao Estudo do Direito*. Atlas, São Paulo.

GILES, Thomas Ransom. (2000) *Dicionário de Filosofia: Termos e Filósofos*. São Paulo, EPU, 1993. p. 124, verbete “preceito”. *Apud* TAVARES, André Ramos. *Da Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental*. Tese de doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MENDES, Gilmar Ferreira. (2001) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: parâmetro de controle e objeto*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99*. Atlas, São Paulo.

MENDES, Gilmar Ferreira; **MARTINS**, Ives Gandra da Silva. *Op. cit. Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n.º 9.868*.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. Saraiva, São Paulo.

ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99*.

SILVA, José Afonso da. (2000) em *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed., Malheiros, São Paulo.

TAVARES, André Ramos. (1998) *Teoria da Inconstitucionalidade das leis: causas e consequências da antinomia entre lei e constituição*. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

TAVARES, André Ramos. *Op. cit. Da Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental*.

VELOSO, Zeno. *Op. cit. Controle jurisdicional de constitucionalidade*.