

PONTO 49

PLANO DE AULA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

(Publicação do dia 17 abril de 2020 – Marcadores – Aulas

<https://www.conhecerparareconhecer.com.br/post.php?id=42>)

Supremo tribunal federal. Composição. Escolha e nomeação dos ministros. Sede. Jurisdição. Competência originária. Competência recursal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Decisões definitivas de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. Recurso extraordinário: repercussão geral das questões constitucionais e sua recusa. Legitimados processuais para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Inconstitucionalidade por omissão. Procurador-geral da república. Advogado-geral da união. Súmula: objetivo; aprovação; revisão ou cancelamento; reclamação.

Observação introdutória:

1. o STF não é um tribunal constitucional. Ele é um tribunal revisor. Um tribunal constitucional usa como critério normativo a constituição. Um tribunal revisor, outros critérios normativos também, ou seja, outras leis (códigos); a suprema corte americana é um tribunal revisor, embora pelas suas decisões, tendo em vista o respeito que encontram em geral, assemelha-se a um tribunal constitucional;

2. a falta de uma via processual adequada como garantia para o titular dos direitos fundamentais que são violados pelo poder público (lei, ato administrativo ou sentença) apoia também a observação anterior. Como exemplo dessa garantia pode ser citado o recurso constitucional na Alemanha. Para o recurso constitucional, ver site: <https://www.conhecerparareconhecer.com.br/post.php?id=8>;

3. a participação do senado federal, art. 52, X, CF, apoia o dito acima igualmente. Essa participação do senado federal retira do STF a característica de legislador negativo no sentido de Kelsen (no controle difuso).

- Composição: art. 101, caput

O STF é composto por onze ministros.

- Escolha dos ministros: art. 101, caput

A CF fala em cidadãos. Eles precisam possuir:

1. mais de trinta e cinco anos;
2. notável saber jurídico;
3. reputação ilibada.

O n. 1 é objetivo. O n. 2 e o n. 3 deixam um espaço muito grande para o subjetivo.

Além disso, cabe, ainda, colocar o seguinte:

1. o notável saber jurídico não é equivalente a especialista;
2. como o universo aqui é aberto, ou seja, dos cidadãos, essa fórmula torna-se ainda mais indeterminada;
3. reputação ilibada pode ser igualada ao bom pai de família? Esse último critério, até onde se sabe, vem de Roma. Hoje ele praticamente não mais se aplica. Como ficam, por exemplo, as mulheres e os que optam por outra orientação na vida sexual diante dele?;
4. o senado federal aprova ou não a escolha (parág. único, artigo 101, CF). Qual o seu critério? O mesmo do escolhedor, ou seja, notável saber jurídico e reputação ilibada. Ele pode, talvez, questionar o notável quanto à propagação, mas não quanto ao conteúdo, uma vez que a aprovação é da escolha e não de uma defesa de um trabalho científico;
5. a CF nada diz sobre o quem escolhe e sobre como se escolhe.

Tomada de posição

1. Seria mais conveniente delimitar o universo das pessoas a serem escolhidas. Uma exigência deveria aí ser atendida, isto é, a da especialidade (lembro aqui a formação no sentido de Gadamer: ser versado na coisa (saber) – o que requer pré-compreensão - e não sobre a coisa (opinião); ela, naturalmente, antecede a escolha e primeiro torna possível que esta, a escolha, seja conforme a finalidade). Para o entre parênteses ver, por um lado, Heck, L. A. A pós-graduação de direito no Brasil. Discussão e oportunidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1019 e, por outro, Heck, M. R. D. O ensino do latim no Brasil. Objetivos, método e tradição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2020.
2. Uma lista deveria ser conduzida para apoiar a escolha. As faculdades de direito, por exemplo, poderiam participar nisso. Isso colocaria à prova mais ainda a formação oferecida por elas, porque ela já se reflete hoje, de certo modo, uma vez que determinados ministros do STF são, ou eram, professores.
3. Uma eleição é recomendável, tendo em vista, por um lado, o parág. único, artigo 1, CF e, por outro, a questão do efeito das decisões do STF (parág. 2, artigo 102, CF). Com isso, também a posição política (visão de mundo) do futuro juiz seria conhecida e na dação da sentença não atuaria como pré-conceito (Gadamer: o pré-conceito determina nosso juízo como uma *vis a tergo*, isto é, uma força pelas costas. Torná-lo consciente é necessário para lidar com ele objetivamente, isto é, mantê-lo ou abandoná-lo). Além disso, com uma eleição as forças que atuam na escolha teriam de contar com a publicidade. Isso também descarregaria o futuro juiz em sua atuação.
4. A idade poderia ser aumentada para 40.

5. No conjunto, o chamado quadrado mágico da eleição/nomeação de juízes (para um tribunal constitucional ou revisor) está distante para encaixar a prática brasileira de acesso ao STF como juiz. Esse quadrado mágico compõe-se de: legitimação democrática, asseguramento de independência judicial, alta qualificação dos juízes e representação federativa ou regional.

- Nomeação dos ministros: art. 101, parág. único

A nomeação dos ministros do STF compete ao presidente da república.

- Sede: art. 92, § 1º

A sede do STF situa-se na capital federal.

- Jurisdição: art. 92, § 2º

A jurisdição do STF abrange todo o território nacional.

O controle normativo no direito jurídico-constitucional brasileiro

I. Bases legais

1. CF

- artigo 102, caput - guarda da constituição.
- artigo 102, I, a - ação direta de inconstitucionalidade.
- artigo 102, I, a, EC n. 3 - ação direta de constitucionalidade.
- artigo 102, parág. 1 - arguição de descumprimento de preceito fundamental.
- artigo 102, III - recurso extraordinário.
- artigo 103, parág. 2 - omissão do poder competente.

2. lei 9.868, 1999 - processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

- artigo 28, parág. único: declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, a interpretação conforme a constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do poder judiciário e à administração pública federal, estadual e municipal.
- artigo 11, parág. 1 - medida cautelar com efeito *ex nunc* ou eficácia retroativa.
- artigo 27 - restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

3. lei 9.882, 1999 - arguição de descumprimento de preceito fundamental.

- artigo 10, parág. 3: decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do poder público.
- artigo 11: restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

II. Apresentação sistemática

1. Guarda da constituição: Schmitt e Kelsen (tem tradução dos dois).

- Schmitt: guarda política; artigo 48, II da constituição do império de Weimar, de 11 de agosto de 1919 (para esse artigo, ver Heck, Luís Afonso. Jurisdição constitucional. Teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, página 25, nota de pé de página 24); artigo 98 da constituição do império, de 25 de março de 1924.

Schmitt argumenta dialeticamente. Ele parte do pressuposto que existe uma homogeneidade material do povo alemão. Que o dualismo sociedade e estado deixou de existir. Que a sociedade mesma está formada por grupos antagonizantes. Diante disso, cabe ao *Führer*, por uma decisão política (aqui o artigo 48, da constituição do império de Weimar, é colocado na base da argumentação), trazer essa situação à unidade.

- Kelsen: guarda jurídica; artigo 137 a 145 da constituição austríaca, de 1 de outubro de 1920 (ver para esses artigos, site: <https://www.conhecereparaconhecer.com.br/post.php?id=60>).

Kelsen argumenta juridicamente. Ela estabelece uma conexão entre o juiz penal, o tipo abstrato, o tipo concreto (fato, ato), por um lado, e o juiz constitucional, constituição e lei, por outro. Assim como o juiz penal verifica primeiro se o tipo concreto preenche o tipo abstrato e, segundo, se preenchido, tira a consequência jurídica prevista no tipo abstrato, assim também o juiz constitucional verifica, primeiro, se a lei (tipo concreto) preenche, formal e materialmente, a constituição (tipo abstrato). Se preenche, então é constitucional. O procedimento para tal verificação é organizado processualmente, ou seja, existe a parte ativa e a parte passiva, isto é, quem afirma a inconstitucionalidade perante o juiz e quem "defende a lei" (representante do produtor da lei).

- Brasil: guarda jurídica. Cabe ao supremo tribunal federal a sua guarda, isto é, velar para que ela seja observada, por meio das vias processuais previstas. Como ainda se verá, pelo fato de os titulares dos direitos fundamentais não terem um acesso direto (meio processual) para o STF a observância da constituição federal por meio dos poderes públicos (legislador, executivo e judiciário - lei, ato administrativo e sentença) está prejudicada.

Uma outra questão, que, todavia, precede a questão da guarda jurídica e, por isso, é, em grande parte, fator de sucesso dessa guarda, é a legitimidade da decisão do STF em relação à fundamentação, à força de seus argumentos e à capacidade de convencimento de suas decisões. Aqui desempenha um grande papel a pré-compreensão no sentido da formação de Gadamer e a argumentação jurídica racional no sentido de Alexy. Formação é, em grande medida, tarefa das faculdades de direito, embora ela já pressuponha uma anterior; a argumentação jurídica racional é tarefa das faculdades de direito.

2. Ação de inconstitucionalidade/recurso extraordinário: terminologia.

- controle principal e incidental referem-se ao objeto do litígio. No controle normativo principal somente a questão da constitucionalidade/inconstitucionalidade da lei é objeto do procedimento. O controle incidental ocorre no quadro de um litígio jurídico que tem outro objeto, como, por exemplo, a conformidade ao direito de um ato. A decisão, porém, depende da constitucionalidade da lei que está na base desse ato;

- controle normativo abstrato e concreto dirige-se ao motivo do controle normativo. No controle normativo abstrato não existe conexão com um caso litigioso concreto. No controle normativo concreto sim, porque se apresenta a questão de saber se a lei que importa para a decisão é ou não compatível com a constituição;

- controle concentrado e difuso aponta para o tribunal competente para a decisão. No controle concentrado, tanto a competência para o exame como a competência para a rejeição estão concentrados em um mesmo tribunal. No controle difuso essas competências se encontram nas mãos de juízes, monocráticos ou não;

- controle normativo especial e integrado. No controle normativo especial a jurisdição constitucional é atribuída a um tribunal constitucional especial. No controle normativo integrado a um tribunal supremo competente para todos os âmbitos.

(Esses pares conceituais já foram apresentados no ponto 38, site: <https://www.conhecerparareconhecer.com.br/post.php?id=167>)

Obs.: teria sido conveniente não só ao Sr. Saldanha, mas também aos leitores tencionados se ele tivesse lido isso antes de escrever sua fantasiosa teoria sobre a divisão de poderes. O rei da Espanha parece tê-lo na mão, um jurista competente, não.

Na prática, esses pares conceituais se cruzam.

No Brasil: controle difuso (senado federal: artigo 91, IV, CF, 1934 com artigo 52, X, CF, 1988) e controle concentrado. Esse par conceitual parece auxiliar a compreender melhor a atual situação do controle de constitucionalidade de leis no Brasil. A disputa entre o senado federal e o supremo tribunal federal deixa reduzir-se à questão da competência para a rejeição.

A) No controle concentrado existem as seguintes ações:

- artigo 102, I, a - ação direta de inconstitucionalidade.

- artigo 102, I, a, EC n. 3 - ação direta de constitucionalidade

- artigo 102 parág. 1, EC n. 3 - arguição de descumprimento de preceito fundamental.

- artigo 103, parág. 2 - omissão do poder competente.

- artigo 36, III - representação do procurador-geral da república. É a chamada representação interventiva

Ver também RTJ 217 (33): "É preciso reconhecer que, em nosso sistema abstrato de controle de constitucionalidade, deve existir uma natural fungibilidade entre os diversos tipos de ação. A

ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) já possuem um claro caráter dúplice ou ambivalente, que as tornam, praticamente, uma mesma ação com sinal trocado. Quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), o Tribunal tem reconhecido sua fungibilidade com a ação direta de inconstitucionalidade, até mesmo tendo em vista a relação de subsidiariedade entre essas ações". Essa fungibilidade, isto é, qualidade do que pode ser substituído, indica uma confusão no tocante às vias processuais da ação direta e é motivo de insegurança jurídica. Fungibilidade (substituidade) não é subsidiariedade.

Obs. complementar

Dentro do horizonte da compreensão da comparação de direito pode dizer-se:

1. princípios fundamentais: artigos 1 ao 4 da CF (sua defesa seria assumida pelos personagens legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade – artigo 2, I, lei 9.882, 1999). Objeto de comparação: artigo 28, alínea 1, da lei fundamental; artigo 1 ao 12 da constituição italiana; artigos 1 ao 11 da constituição portuguesa; artigo 1 ao 9 da constituição espanhola;
2. direitos e garantias fundamentais: artigos 5, parág. 1 da CF (sua defesa seria assumida pelos seus titulares – artigo 2, II, lei 9.882, 1999. Isso ficou, contudo, prejudicado, devido ao seu veto). Objeto de comparação: artigo 1, alínea 3, da lei fundamental; artigo 54 da constituição italiana; artigo 18 da constituição portuguesa; artigo 53, da constituição espanhola.

B) No controle difuso existe a seguinte ação:

- artigo 102, III, CF - recurso extraordinário

A decisão de única ou última instância deve:

- a) contrariar dispositivo desta constituição (ser contra a constituição, ou seja, apresentar uma ofensa à constituição, que deve ser direta e frontal, ver pesquisa da jurisprudência);
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (lei federal: de qualquer espécie ou conteúdo);
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta constituição (lei ou ato: de qualquer espécie ou conteúdo);
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (lei: de qualquer espécie e conteúdo. Se for ato de governo local, cabe o recurso especial, ver artigo 105, III, b, CF).

Aqui se coloca a questão da relação entre o recurso extraordinário e o fazer valer judicialmente direitos fundamentais violados. Algumas colocações ajudam a esclarecer isso:

1. o acesso não é direto ao STF;
2. trata-se no texto da manutenção da constituição e de leis federais;
3. o objetivo tem primazia diante do subjetivo, ou seja, a defesa da constituição em vez da defesa de direito subjetivo público, isto é, direito fundamental;
4. interesse da parte é diferente do direito fundamental da parte.

Obs. complementar

Repercussão geral: artigo 102, parág. 3, CF.

Também aqui, dentro do horizonte da compreensão da comparação de direito deixa indicar-se o § 80, alínea 2, da lei sobre o tribunal constitucional federal e § 81, alínea 4, da mesma lei. Assim:

(2) A fundamentação deve indicar até que ponto a decisão do tribunal é dependente da validade da prescrição jurídica e com qual norma jurídica superior ela é incompatível. Os autos devem ser juntados;

(4) O tribunal constitucional federal pode solicitar aos tribunais supremos da federação ou aos tribunais estaduais supremos a comunicação, como e com base em quais considerações eles interpretaram a lei fundamental até agora na questão litigiosa, se e como eles aplicaram a prescrição jurídica litigiosa em sua validade em sua jurisprudência e quais questões jurídicas, conexas com isso, pendem em decisão. Ele pode solicitar a eles, ademais, apresentar suas considerações para com uma questão jurídica relevante para a decisão. O tribunal constitucional federal participa aos autorizados a manifestação da tomada de posição.

Conclusão: na Alemanha, isso é tarefa do judiciário, no Brasil, da parte. À medida que, em geral, somente grandes escritórios podem desempenhar um papel nisso, isso se torna duvidoso diante do artigo 5, XXXV, CF. Na RTJ 202, 1 (397) está dito que se trata de um requisito formal, de um ônus do recorrente. Na RTJ 205, 1 (468), que é um ônus conferido ao recorrente pelo legislador. É justamente a constitucionalidade (proporcionalidade) desse ônus que está em questão.

3. Omissão do poder competente (Ver Heck, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã, página 119 e seguinte).

A omissão pode ser:

- absoluta: quando o legislador, em oposição a um mandado constitucional inequívoco, não cumpre o seu dever legislativo, violando, por meio disso, esse seu dever; em outras palavras, a constituição ordena expressamente ao legislador para que faça a lei e ele, contudo, fica omisso;
- relativa: quando o legislador, embora tenha sido ativo, deixa, na sua regulação, um determinado grupo populacional em desconsideração. Ela viola o princípio da igualdade, do artigo 5, caput, CF. A solução é ou pôr para dentro do âmbito da norma quem ficou fora ou fazer voltar ao estado anterior da normalização. Os efeitos jurídicos produzidos pela norma têm de ser nulificados *ex tunc*.

Exemplo de omissão relativa no Brasil: aumento diferenciado aos funcionários públicos antes da EC n. 19, 1998 (cap. VII: da administração pública, seção II e III. A emenda retirou a III do cap. VII). Sob o título "Da administração pública" estavam tanto os servidores civis como os militares. Uns e outros formavam o chamado "grupo populacional". Não poderia um, portanto, ser tratado diferentemente em relação para com o outro, a não ser que existissem fundamentos determinantes para essa diferenciação. Neste caso, tratar-se-ia da igualdade material. Essa igualdade material foi vista no semestre passado (ver ponto 4). Ela está em relação com a igualdade formal.

4. Ação direta de constitucionalidade

I. A interpretação do Sr. Mendes é duvidosa:

- primeiro, porque procurador é advogado, não juiz; são papéis diferentes e não podem ser confundidos;

- segundo, porque, ao afirmar o "caráter dúplice da representação de inconstitucionalidade" (página 996 e seguintes, do Curso de direito constitucional, 2007) inverte, por um lado, o sim ou o não da resposta do TCF, isto é, o TCF pode afirmar que a lei é constitucional ou inconstitucional, com o não da pergunta do tribunal que pede da decisão para o TCF, isto é, a existência do pedido indica uma consideração de que a lei é inconstitucional, indica, portanto, um não para a questão da constitucionalidade da lei. Se não houvesse essa consideração de inconstitucionalidade, não haveria pedido para o TCF.

Ver parág. 80 da lei sobre o tribunal constitucional federal, que é de 1951 (a alínea 1 do parág. 80 diz: "se estão dados os pressupostos do artigo 100, alínea 1, da LF, então os tribunais pedem imediatamente a decisão ao TCF"; comparar com "o PGR poderia decidir se quando deveria ser oferecida representação" da página 994 do Curso de direito constitucional, 2007); lá o se depende das condições objetivas, aqui as condições objetivas dependem do se; e por outro lado, mistura o subjetivo (demandante) com o objetivo (decididor), comparar com artigo 23 e 24 da lei 9.868, 1999;

- terceiro, porque a representação não é equivalente à ação direta. Na ação direta de constitucionalidade nega-se o favorem legis, ou seja, a presunção de que a atividade do legislador não visa à violação da constituição, isto é, pressupõe-se que o legislador ao fazer a lei quer realizar a constituição e não violar a constituição. Essa é uma ideia que está na base da interpretação conforme a constituição (ver abaixo, número 6). A ação direta de constitucionalidade, portanto, está em contradição para com a interpretação conforme a constituição;

Obs. complementar

Segundo Kelsen, pela construção graduada da ordem jurídica para cima aplica-se o direito, para baixo, cria-se o direito. Ou seja, o legislador, ao fazer a lei, para cima, aplica a constituição.

- quarto, porque a apresentação da página 994 e seguintes, do livro Curso de direito constitucional, 2007, mostra mais a reação dos interessados à realidade do que a atividade dos interessados orientada objetiva e cientificamente. É uma reação casuística (lembra Juno, o Papa e o concílio, página 494 e seguintes);

- quinto, porque o estilo do Sr. Mendes, nas páginas citadas, assemelha-se mais ao de advogado não-objetivo (versão ou adscrição segundo Ávila) do que ao de doutrinador objetivo (apresentação científica, descrição segundo Kelsen);

- sexto, porque o Sr. Mendes ignora a diferença entre a lei sobre o TCF e o seu regimento interno. Em outras palavras: que a competência dos órgãos constitucionais é distribuída constitucionalmente e não regimentalmente. Nós não temos uma lei sobre o STF. A história da

súmula vinculante mostra que com o regimento interno o STF deu-se mais que a própria CF. Ver ponto 48.

II. A interpretação do STF também é duvidosa. Segundo ela, a ação direta de constitucionalidade quer impedir que no controle difuso sejam declaradas leis inconstitucionais, melhor, seja negada eficácia da lei ao caso concreto. Isso está expressamente dito na RTJ 220 (206) (Ayres Britto). Com isso, contudo, ela retira não só uma competência do juiz constitucionalmente prevista, como também retira a qualidade de recorrente do cidadão no controle difuso. Essa retirada e substituição viola o princípio da proporcionalidade, porque a uniformidade e rapidez das decisões podem ser alcançadas por outro meio menos incisivo no artigo 5, XXXV, da CF, por exemplo, dever de apresentação judicial ao STF e monopólio de rejeição do STF.

III. A negação do *favoris legis* mostra, ademais, um absurdo político-jurídico porque deixa duvidar imediatamente, o que também mostra uma suspeita, jurídico-constitucionalmente insustentável, do resultado da atividade, isto é, da lei em sentido formal, do congresso nacional, que foi legitimado democraticamente pelo cidadão na eleição, por meio de pessoas que, em sua maioria (artigo 103, II, III, IV, VI, VII, VIII e IX, CF), não foram eleitas, pela ação direta de constitucionalidade.

5. Declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade

- Os passos seguintes antecedem à declaração:

1. deve existir dúvida; onde não tem dúvida não se interpreta;
2. a dúvida é tirada pelo juiz por meio de interpretação;
3. confronta-se a norma inferior com a superior;
4. verifica-se a compatibilidade ou incompatibilidade entre as duas normas, ou seja, entre a inferior e a superior;

Obs.: os passos 1-4 compõem a competência para o exame.

5. declara-se constitucional ou inconstitucional a lei.

Obs.: o passo 5 compõe a competência para rejeição.

Lembra-se mais uma vez. No sistema concentrado (Áustria) o TCF tem tanto a competência para o exame como para a rejeição. No sistema difuso (Estados Unidos), tanto a competência de exame como a competência de rejeição estão nas mãos de juízes, monocráticos ou em colegiado. Brasil: controle concentrado, competência de exame e rejeição estão centralizadas no STF; no controle difuso, ambas as competências estão nas mãos dos juízes.

6. Interpretação conforme (Heck, O recurso ..., página 131).

Segundo esse princípio, uma lei não deve ser declarada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a constituição. Isso significa que ela pode ser interpretada, pelo menos, de duas formas, uma das quais a torna compatível com a constituição. Sua origem é americana. Tem em vista a separação dos poderes e, portanto, o respeito às respectivas funções, aqui, à

função de legislar. Como já dito, pressupõe-se que o legislador ao fazer a lei considera e, conseqüentemente, realiza a constituição, e assim, entre várias interpretações possíveis a interpretação conforme também considera e realiza a constituição, desta vez, pelo poder judiciário.

Hesse, na Alemanha, afirma que ele tem suas raízes no princípio da unidade da ordem jurídica (Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha, página 72). Ver livro no site: <https://www.conhecerparareconhecer.com.br/post.php?id=17>.

Obs.: prazo para o voto especial: parág. 30, alínea b, da lei do TCF: três semanas, segundo o regimento interno do TCF. Comparar com o voto-vista no STF. O tempo prolongado para o voto-vista também é um desrespeito para com a função de legislar porque deixa permanecer a dúvida sobre o resultado da função de legislar.

7. Declaração parcial. Trata-se da nulidade parcial quantitativa e qualitativa (Heck, O recurso ..., página 129 e seguinte).

- Quantitativa: eliminação de parte do texto (parágrafo, alínea, frase, parte da frase, palavra ou parte da palavra).

- Qualitativa: ocorre quando o âmbito de aplicação da lei inferior, que viola a superior, é restringido ou ampliado, sem haver redução do texto normativo. Ela incide sobre constelações de casos, ou seja, parte da lei é nula em relação a determinados casos de aplicação.

A declaração parcial qualitativa tem por base a decisão-farmácia do TCF. As farmácias teriam de ter, segundo uma lei em que outras coisas também eram tratadas, uma determinada distância uma da outra. Depois da publicação da lei comprovou-se que havia farmácias com distância menor entre si que a exigida pela lei. Diante disso, se o TCF empregasse a declaração parcial quantitativa a nova lei, talvez, demoraria a ser aprovada novamente. Ele empregou, então, a fórmula da declaração parcial qualitativa, ou seja, a lei não se aplica às farmácias existentes, porque se fosse aplicada elas teriam de ser fechadas, mas às farmácias futuras.

8. Eficácia e efeito vinculante (Ver Heck, Jurisdição constitucional ... página 71 e seguintes). Ver livro no site: <https://www.conhecerparareconhecer.com.br/post.php?id=87>.

- "Eficácia contra todos" significa que a decisão tem efeito *inter omnes*, ou seja, abarca todos os cidadãos.

- Efeito vinculante. Ele tem uma extensão subjetiva e objetiva.

- Extensão subjetiva do efeito vinculante pode alcançar:

inter partes (eficácia contra as partes);

inter omnes ("eficácia contra todos");

erga omnes (força de lei) (eficácia contra os "órgãos").

Isso quer dizer: a extensão subjetiva pode ir do efeito *inter partes* até o efeito *erga omnes*.

Obs. complementar

Aqui cabe observar que o Sr. Mendes confunde, por um lado, a diferença entre “eficácia contra todos” (*inter omnes*) e “efeito vinculante em relação aos órgãos do poder judiciário e à administração pública, federal, estadual e municipal” (*erga omnes* – força de lei) – artigo 28, parág. único, lei 9.868, 1999.

Por outro, efeito vinculativo e coisa julgada. A extensão subjetiva diz respeito ao efeito vinculativo, não à coisa julgada. Ver RTJ 227 (494).

Mais além, a ideia do legislador negativo (*erga omnes* – força de lei) também mostra a confusão do Sr. Mendes. Legislador negativo em Kelsen significa: nulificar não somente os efeitos, mas o próprio ato, isto é, a lei. Em outras palavras: a cassação de normas gerais (leis, regulamentos, etc) pelo tribunal constitucional é uma sentença judicial que tem caráter legislativo, ou seja, o tribunal como dador de leis negativo (Ver Heck, *Jurisdição constitucional ...*, página 48, nota de pé de página 47).

Assim, pode ser dito:

publicação: legislador positivo;

nulificação: legislador negativo (artigo 27, lei 9.868, 1999, com artigo 24, mesma lei).

No conjunto: o legislador (aqui, o Sr. Mendes) ignora a matéria que regulou nessa lei (9.868, 1999).

- Extensão objetiva do efeito vinculante pode, por sua vez, alcançar:

a parte dispositiva da sentença;

a razão de decidir;

os fundamentos apoiadores.

Isso agora significa: a extensão subjetiva pode ir da parte dispositiva da sentença até os fundamentos apoiadores.

As posições na doutrina divergem a esse respeito.

Kelsen fala contra essa extensão. Segundo Kelsen, a concepção do órgão dador de sentença pode restringir a liberdade conformadora daquele competente para decidir; Deve ser acentuado que Kelsen tinha em vista a relação entre TC e juízes ordinários. Seu raciocínio pode, contudo, ser aplicado à relação entre TC e parlamento, ou seja, STF e congresso nacional.

Benda, por sua vez, fala a favor dessa extensão. Ele é da opinião que, com isso, o cidadão pode verificar o fio vermelho da argumentação do tribunal.

Com base na jurisprudência do TCF pode ser dito o seguinte: os fundamentos apoiadores vinculam à medida que contém exposições sobre a interpretação da constituição. Ou seja, eles entram em jogo somente quando se trata de interpretação da constituição. Na doutrina alemã essa vinculação dos fundamentos apoiadores é progressivamente criticada. Até hoje não ficou claro quais fundamentos de uma decisão verdadeiramente devem ser apoiadores.

No plano legal brasileiro a lei 9.868, 1999, artigo 28, parág. único, diz: vincula órgãos do poder judiciário e da administração; a lei 9.882, 1999, artigo 1, parág. 3, diz: vincula os demais órgãos do poder público.

Essa regulação diferenciada está exposta a objeções:

- primeiro, a lei 9.868, 1999, estabeleceu o dador de leis fora da constituição, ou seja, a constituição não o vincula. Isso é falso. A ideia de uma constituição escrita e de um estado de direito indicam justamente o contrário. O legislador está vinculado à constituição da mesma forma como o executivo e o judiciário. A concepção de que o legislador está a cavaleiro da constituição expressa somente a errônea visão da política acima do direito. Os que sustentam essa concepção estão a dever uma definição de política. Sugere-se que leiam, pelo menos, uma vez, Rui Barbosa: "A constituição e os atos inconstitucionais";

- segundo, a lei ignorou que no âmbito dos direitos fundamentais o destinatário é justamente o estado dador de leis. A compreensão dos direitos fundamentais como direitos de defesa, de rechaço, foi completamente colocada de lado;

- terceiro, essa regulação do artigo 28, parág. único, lei 9.868, 1999, está em contradição com a usurpação da competência do senado federal (artigo 52, X, CF) que o Sr. Mendes pretende com a sua mutação constitucional. Se no controle concentrado o congresso nacional não está abrangido pela decisão do STF, então também não estará no controle difuso, uma vez que o STF (Sr. Mendes) quer aplicar o artigo 28, parág. único, lei n. 9.868, 1999, às decisões no controle difuso.

O Sr. Mendes apresenta a sua pressuposta mutação constitucional como segue:

ele apoia-se em uma manifestação de Bittencourt, que foi feita na época da CF/46, cujo artigo 64 era semelhante ao artigo 52, X, CF/88 (*Bittencourt, C. A. Lúcio*. O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1949, página 145 e seguinte) para mostrar a mutação constitucional (*Mendes, Gilmar*. O papel do senado federal no controle federal de constitucionalidade. Um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 45, n. 179, página 257 e seguintes, jul./set. 2008). Essa manifestação diz que a decisão do senado federal serve somente à dação de conhecimento, não, porém, é necessária para a extensão pessoal do efeito vinculativo. Ele mistura, com isso, o efeito da decisão do STF (nulidade, *ex tunc*) com o efeito vinculativo dessa decisão (inter partes), ao ele reconhecer o efeito erga omnes. O efeito erga omnes, contudo, não se deixa derivar da nulidade. Em conformidade com isso, diz o Sr. Mendes, contudo, que a decisão do senado federal não é mais uma substancial, isto é, anulação, mas somente uma formal, isto é, dação de conhecimento, e com isso ele quer ver certificada a mutação constitucional (página 264, 269, 275). Uma simples leitura de Rui Barbosa torna clara essa confusão. Diz Rui: os tribunais autenticam a nulidade [efeito da decisão], mas essa função atua de caso a caso [efeito vinculativo, inter partes] (A constituição e os atos inconstitucionais, página 230, 121, respectivamente). Cai também na vista que o Sr. Mendes reduz a mutação constitucional, em geral, a fundamentos pragmáticos do STF (página 274, 266), os quais, por um lado, revelam uma omissão legal (modificação da constituição) e um conhecimento defeituoso do direito comparado (no caso, o alemão e o americano).

9. Efeito *ex tunc* e efeito *ex nunc* (Heck, Jurisdição constitucional ..., página 59).

- Nulidade: tem caráter declaratório; ela estabelece-se a partir da decisão; o seu efeito é *ex tunc*. O caráter declaratório significa que a lei nunca existiu, seus efeitos, portanto, também são nulos, ou seja, não existem. Deve-se observar, contudo, que também na nulidade a sentença judicial tem um efeito constitutivo, pelo menos, para as partes porque até então a lei existiu, assim como os seus efeitos. Se não fosse assim, a lei sequer poderia ter sido invocada como fundamento para a abertura do processo litigioso.

- Anulabilidade: tem caráter constitutivo; ela estabelece-se também a partir da decisão; seu efeito é *ex nunc*. O caráter constitutivo significa que antes da decisão a lei existiu. Seus efeitos, portanto, existem até a decisão.

- Nulificabilidade: tem caráter constitutivo; a decisão estabelece, ao contrário dos casos anteriores, o momento temporal do início da nulificabilidade, ou seja, a partir da decisão, a partir de um momento antes da decisão ou a partir de um momento posterior à decisão; seu efeito pode ser, portanto, tanto *ex tunc* como *ex nunc*.

Diante disso, pode ser dito o seguinte:

1. a nulificabilidade é de Kelsen (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit*, 1928, S. 44 ff.; *Jurisdição constitucional*, Martins Fontes, 2003, página 140 e seguintes);

2. o parág. 31 da lei sobre o tribunal constitucional federal prescreve a nulidade. O TCF elaborou outras fórmulas decisórias: declaração de incompatibilidade sem afirmação de sua nulidade; a lei "ainda constitucional" e o assim denominado "apelo ao legislador" (lei do censo e lacuna dinâmica) (Ver Heck, *O recurso ...*, página 129 e seguintes). Elas, na prática, são acolhidas da nulificabilidade na Alemanha.

A justificação: declarar nula uma lei causaria uma situação mais agravante (teoria do caos) do que declarar ela incompatível com a constituição, mas não nula. Assim, ela ainda fica em vigor até o legislador tomar posição;

3. RTJ 217 (58, 60): aceita-se a inconstitucionalidade superveniente, isto é, a lei tornou-se inconstitucional. Não é nula, mas nulificável. Na RTJ 220 (350) fala-se da norma "ainda constitucional", do mesmo modo, na RTJ 223 (250). Isso corresponde ao aspecto dinâmico da lacuna normativa do TCF alemão (ver Heck, Luís Afonso. *O tribunal constitucional e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, página 209, nota de pé de página 252. Ver livro no site: <https://www.conhecerparareconhecer.com.br/post.php?id=10>).

A lacuna dinâmica significa que as condições fáticas e jurídicas podem modificar-se com o tempo. Assim, o âmbito de regulação da lei pode aumentar ou diminuir. Em outras palavras, a lei pode envelhecer. A diferença, para mais ou para menos, entre o âmbito de regulação inicial e final indica a existência de uma lacuna dinâmica. Com isso, a lei está-se tornando inconstitucional. A diferença foi comprovada com a decisão, por isso pode-se dizer que ela está se tornando inconstitucional, ou, ainda é constitucional. A diferença não havia na publicação da lei. Essa lacuna podem os tribunais preencher ou então declarar a lei incompatível com a constituição, mas não nula, e fazer o chamado apelo ao legislador.

Ex.: quando se prescreveu o uso de chaminés para o problema da fumaça o âmbito de regulação era um. Quando se descobriu que a chuva ácida tinha relação com isso, o âmbito inicial de regulação aumentou, porque a consequência da chuva ácida não estava prevista, apenas a consequência da fumaça. Se se aplicasse essa regulação, mesmo assim, ainda aos produtores de fumaça, então o meio ambiente estaria prejudicado e, com isso, a constitucionalidade dessa regulação pode ser objetada. Solução: os tribunais preenchem a lacuna ou remetem ao legislador o preenchimento. O preenchimento da lacuna é a exigência de filtros nas chaminés para evitar a poluição.

A inconstitucionalidade superveniente não se confunde com a constitucionalidade superveniente. Esta o STF não aceita: RTJ 219 (143).

Nessas decisões, trata-se de leis depois da constituição.

Na RTJ 199, 3 (881 e seguintes) trata-se de lei anterior a CF de 1988, ou seja, lei pré-constitucional. A doutrina fala nesse caso de recepção e de lei posterior revoga a anterior. Assim, se a lei é compatível com constituição, foi recepcionada. Se é incompatível, não foi recepcionada. O STF trabalha, nesse caso, com recepção e inconstitucionalidade superveniente, erroneamente. Não se trata de inconstitucionalidade, mas de incompatibilidade. Além disso, a inconstitucionalidade superveniente também pode dar-se com lei pós-constitucional, como foi visto. Ela é, então, nulificável. O STF não tem clareza sobre isso.

Além disso, a questão da mesma hierarquia no caso da lei posterior revogar a anterior, nesse caso, carece de sentido, ao contrário do sustentado pelo STF na RTJ 199,3 (881 e seguintes), porque a constituição anterior foi revogada pela posterior e, com ela, todas as leis anteriores incompatíveis com ela;

4. No Sr. Lewandowski encontra-se um plágio, na RTJ 205, 2 (905), de Heck, Jurisdição constitucional ..., página 59, nota de pé de página 48. Ele remete, falsamente, na RTJ 205, 2 (904) a Pontes de Miranda, Comentários à constituição de 67 com a EC n. 1/69, página 615 e seguintes, onde Pontes, ao contrário de Lewandowski, que afirma que Pontes corrigiu aí sua doutrina mais antiga, repete o já dito no tratado e registrado por Heck, na obra mencionada, página 39 e seguintes;

5. A lei 11.417, 2006, que regula o art. 103-A, CF, também prevê, no artigo 3, parág. 4, a nulificabilidade. Sua redação é semelhante ao artigo 27, lei 9.868, 1999.

10. Os legitimados processuais na ação direta de constitucionalidade

Inicialmente, a lei 9.868, 1999, no seu artigo 13, deu a legitimidade para propor a ação direta apenas ao presidente da república, mesa da câmara e do senado e procurador geral da república (I, III, II, VI do artigo 103, CF.). A EC. n. 45, 2004, igualou a legitimidade para proposição da ação direta de constitucionalidade à ação direta de inconstitucionalidade.

Obs. complementar

Legitimados processuais: ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: art. 103 I-IX.

É comum ouvir-se na doutrina que a CF de 1988 democratizou a legitimidade ativa do controle concentrado (para o uso da terminologia, ver ponto 38 – pares conceituais).

Se se tem presente a lei do tribunal constitucional federal alemão, como fonte legislativa do direito comparado, então essa afirmação pode ser seriamente objetada porque:

1. pelo parág. 80, alínea 1, da lei do TCF podem propor o controle normativo abstrato: governo federal, governo estadual, um terço dos membros do parlamento federal;
2. pelo parág. 80, alínea 2, da lei do TCF podem propor ainda o controle normativo abstrato: conselho federal, representação popular de um estado;
3. o controle é abstrato porque não há uma relação jurídica na base do chamamento do tribunal. Mas existe uma relação jurídico-funcional entre os legitimados ativos e a constituição, ou seja, titular do cargo v. constituição;
4. somente o inciso I (presidente da república) e V (governador do estado e do DF) mostram uma correspondência com isso.
5. os mencionados nos outros incisos do art. 103 não possuem essa relação jurídico-funcional com a constituição e, por isso, carecem de estímulo jurídico para chamar o STF.
6. Lembro aqui ainda a crítica do semestre passado (ver ponto 13). O Sr. Mendes confunde o recurso constitucional alemão com o nosso controle concentrado. O recurso constitucional tem tanto um sentido subjetivo (meio processual para rechaço de intervenções no âmbito protegido pelos direitos fundamentais) como um sentido objetivo (proteger a ordem jurídica total). O Sr. Mendes transfere o segundo para o controle concentrado, passa por cima do primeiro (porque, na verdade, como dito, não existe uma relação jurídica entre cidadão e estado na base) e mostra, assim, uma ignorância em relação ao recurso constitucional alemão, por um lado, e, por outro, com essa ignorância, por um falseamento (democratização e defesa objetiva da constituição) retira dos titulares dos direitos fundamentais brasileiros a possibilidade de fazerem valer o ordenamento jurídico também objetivamente no STF. Isso cabe apenas aos personagens dos incisos I a IX do artigo 103. O Sr. Mendes, com isso, coloca o STF em uma posição que lembra, em geral, a época anterior ao liberalismo continental. Continuamos assim, também com a doutrina do Sr. Mendes, em uma concepção medieval de estado. Iluminismo, revolução francesa, revolução industrial aqui parecem quimeras. O temor do resultado disso ainda resume o direito brasileiro, ao fim e ao cabo, como adversário do cidadão emancipado, que encontra, contudo, seu fundamento não só no artigo 1, III, CF, mas também no artigo 226, parág. 7, CF, ou seja, na fórmula-dignidade humana que proíbe fazer da pessoa um objeto, tanto de uma política como de uma religião! Ver infra, III., A), 3.

III. Tomada de posição

A) A questão da subsidiariedade

A análise requer dar uma olhada na lei 9.882, 1999:

1. o artigo 2, II: proteção subjetiva; artigo 1, caput; parág. único, I, com artigo 2, I: proteção objetiva;

2. artigo 2, parág. 1: o papel do PGR é confundido pelo dador de leis com a proposta de Kelsen para o advogado da constituição (Wesen und Entwicklung, S. 75; página. 175). Isso é comprovável quando se lê o veto a essa lei. Ele afirma: "Cabe igualmente ao PGR, em sua função precípua de advogado da constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes."

Diante disso, chama-se atenção para o seguinte:

1. Diz Kelsen, Wesen ..., S. 75; página 175): "Uma instituição completamente nova, mas digna, sem mais, do exame mais sério, seria o estabelecimento de um advogado da constituição junto ao tribunal constitucional que — segundo a analogia do advogado do estado no procedimento penal — de ofício teria de iniciar o procedimento para revisão daqueles atos que, submetidos ao controle do tribunal constitucional, pelo advogado da constituição são considerados antijurídicos.";

2. o titular do direito fundamental violado, o cidadão, não tem acesso direto ao STF: ou ele recorre a outra instância (artigo 4, parág. 1) ou ele recorre ao PGR;

3. artigo 4, parág. 1: contém o chamado princípio da subsidiariedade do direito alemão. Isso significa duas coisas: uma vez, que o próprio promovente deve empenhar-se em remover, na prossecução de instâncias, uma possível violação dos direitos fundamentais; outra vez, mostra a relação entre o TCF e os outros tribunais. Segundo a distribuição de competências da lei fundamental, incumbe aos tribunais em primeiro lugar a tarefa de defender e de realizar os direitos fundamentais (Heck, O recurso ... página 124 e seguintes). Isso valeria, em parte, ao artigo 2, parág. 1 (com vista ao art. 4, parág. 1), que, todavia, em vista do veto do artigo 2, II, perdeu o sentido. O veto a esse inciso II é confuso, porque ele apresenta os legitimados do artigo 103, I-IX, CF, como representantes do cidadão. Primeiro, eles não são isso juridicamente, segundo pertence também ao estado de direito a independência jurídico-procedimental do cidadão. Essa tutela (pais em relação aos filhos menores), que o veto mostra, pertence antes ao estado paternalista. Lembro aqui o papel que o ministério público recebeu na CF, artigo 127, caput, com o papel dado ao procurador geral no artigo 2, parág. 1, da lei 9.882, 1999. Essa ideia de tutela também está presente no artigo 127, caput, CF. Isso põe o poder constituinte em uma luz também paternalista, o que apresenta uma contradição *in adjecto* (no adjetivo): um tutelado não pode constituir.

De volta à subsidiariedade: restaria então perguntar pela subsidiariedade no plano objetivo diante da proteção objetiva (artigo 1, caput; parág. único, I, com artigo 2, I). Ocorre que nela não há prossecução de instâncias e, portanto, relação do STF com outros tribunais. Assim, ela não existe. Sua afirmação, então, mostra uma confusão entre instâncias e ações, ou melhor, entre escolha de ações. A jurisprudência do STF, contudo, ainda menciona a subsidiariedade.

Ver no site: jurisprudência do STF <https://www.conhecerparareconhecer.com.br/post.php?id=79>
- descumprimento de preceito fundamental e princípio de subsidiariedade

RTJ 189, 2 (395); RTJ 191, 1 (105); RTJ 194, 2, (390); RTJ 207, 3 (1283); RTJ 210, 3 (1049); RTJ 211 (11); RTJ 215 (31); RTJ 216 (52); RTJ 218 (11); RTJ 224 (11); RTJ 228 (41); RTJ 230 (37).

B) A questão da proteção objetiva da constituição

Aqui deve ser observado o seguinte:

1. no âmbito do recurso constitucional: o recurso constitucional presta-se também à defesa do direito constitucional objetivo e à sua interpretação e desenvolvimento (Heck, O recurso ..., página 118);

Comparar, todavia, com jurisprudência do STF (arquivo):

recurso constitucional e processo de objetivação

RTJ 195, 2 (731);

2. no âmbito do controle normativo abstrato: o TCF vê sua tarefa como guarda da constituição (Hesse, Elementos ..., página 497; Heck, O tribunal constitucional ..., página 128);

3. no controle normativo concreto: proteger o legislador contra o "passar por cima" de cada tribunal individual (Hesse, Elementos ..., página 497). Aqui deve ser chamada a atenção disto: isso é possível pelo dever de apresentação judicial (parág. 80, da lei sobre o TCF) e pelo monopólio da rejeição do TCF (parág. 78 e 81, da lei sobre o TCF);

4. o controle abstrato de normas é a verificação da validade de uma norma independente de um processo em curso como decorrência de uma causa concreta. É um procedimento objetivo, independente de justificação subjetiva, para a defesa da constituição e serve somente ao exame de normas jurídicas, não à proteção de uma posição jurídica do promovente (Heck, O tribunal constitucional ..., página 127).

Mais além, pode ser dito aqui:

1. partes: governo federal, um governo estadual e um terço dos membros do parlamento federal (artigo 93, alínea 1, n. 2, lei fundamental, parág. 76, da lei sobre o TCF);

2. "divergência de opiniões" ou "dúvidas sobre a compatibilidade formal e material de direito federal ou direito estadual com esta lei fundamental ou a compatibilidade de direito estadual com outro direito federal" diz o artigo 93, alínea 1, n. 2, da lei fundamental;

3. O n. 1 e 2 não se cobre com o artigo 1, parág. único, I, com o artigo 2, I porque:

a) o "fundamento da controvérsia" do artigo 1, parág. único, I, não tem nenhuma referência jurídica; nesse sentido, a "lesão" do artigo 1, caput, é mais indeterminada ainda; aqui se mostra particularmente uma confusão do dador de leis em relação ao controle abstrato de normas: proteção objetiva não prescinde do "como";

b) com isso, as partes, previstas no artigo 103, incisos (artigo 2, I), têm a "arbitrariedade" para a propositura (isso é certificado pelo próprio STF, ver RTJ 210, 2 (852- causa petendi aberta); RTJ 216 (132 - artigo 1, lei 9882, 1999)) e o STF carece de qualquer elemento jurídico-objetivo para o julgamento. Sem uma referência legal, a controvérsia/lesão pode ser qualquer e a questão do poder é (foi) paliada em questão jurídica. Quando se lê o veto da lei 9.868, 1999, tem-se a

impressão que o dador de leis, desta vez, tenta misturar, por um lado, o advogado da constituição e, por outro, o cidadão e a ação popular, portanto, tenta confundir, ambos de Kelsen (Wesen und Entwicklung, S. 75, 74; página 175, 174). Diz o veto: "De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da CF assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania." Semelhantemente, RTJ 215 (450).

Diz Kelsen: "A garantia mais forte ofereceria certamente a admissão de uma actio popularis: o tribunal constitucional é obrigado por solicitação com vista a cada um a iniciar um procedimento para exame juridicidade dos atos submetidos à sua judicatura, portanto, especialmente, das leis e regulamentos." Essa mistura e conseqüente confusão é reforçada pelo artigo 1, caput;

c) lá, no lugar do presidente da república está o governo federal e no lugar do governador, o governo estadual. Ou seja, o controle abstrato tem como partes órgãos estatais que visam ao exame (formal e material) de normas jurídicas tendo como critério normativo a constituição. Os outros mencionados no artigo 103 da CF também não são órgãos estatais.

Comparar, todavia, com a jurisprudência do STF:

natureza objetiva do controle abstrato

RTJ 131, 3 (1001); RTJ 136, 2 (467); RTJ 164, 2 (506); RTJ 190, 1 (221); RTJ 191, 1 (105), RTJ 195, 3 (812); RTJ 196, 1 (15); RTJ 198, 2 (508), RTJ 205, 1 (92); RTJ 213 (716); RTJ 215 (46);

4. controle concreto de normas é a verificação da validade de uma norma quando em um procedimento pendente nalgum tribunal sucederem dúvidas sobre a validade de uma norma que fundamenta a decisão (Heck, O tribunal constitucional, p. 132).

Comparar, todavia, com jurisprudência do STF (confusão com o n. 1, supra):

controle difuso; recurso extraordinário; função de defesa da ordem constitucional objetiva

RTJ 187, 1 (378); RTJ 191, 1 (657); RTJ 195, 2 (720); RTJ 204, 2 (885); RTJ 205, 3 (1434); RTJ 217 (547)

C) Conclusão

Quanto à A: o dador de leis confundiu vias processuais (recurso constitucional e controle abstrato), partes (cidadão com PGR, órgãos estatais com os mencionados no artigo 103, CF) e objetos (omissão no MI, atuação no descumprimento de preceito fundamental: proteção subjetiva) (atuação no descumprimento de preceito fundamental, ação direta e omissão na ação direta: proteção objetiva).

Quanto à B: o Sr. Mendes mistura as funções das vias processuais (do recurso constitucional e do controle normativo), a situação das partes, ou seja, do cidadão titular de direitos fundamentais (proteção subjetiva), dos órgãos estatais (proteção objetiva) e dos mencionados no artigo 103, CF (legitimados processuais limitados para uma espécie de ação popular. Não se trata, então, de direito, mas de interesse); além disso, confunde as tarefas do tribunal (como guarda da constituição) com a da via processual (como meios de defesa da ordem objetiva) e ignora a

diferença entre competência para exame e competência para rejeição, ou seja, a entre sistema concentrado e sistema difuso, assim como a diferença entre lei formal (doutrina geral) e norma geral e individual de Kelsen.

Para A e B: uma vez, isso mostra o mal-entendido ou a reinterpretação, por exemplo, do direito comparado, da teoria dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional; outra vez, sob a expressão "controle abstrato de normas tem por escopo fundamental a defesa da ordem jurídica" (RTJ 205, 1 (92), "descumprimento de preceito fundamental desenvolverá cada vez mais seu potencial como ação voltada à proteção da ordem constitucional" (RTJ 215, 151) o STF (aqui entendido o Sr. Mendes), (1) além de não dizer nada de novo, (2) expressa um alheamento para com a tradição do estado de direito liberal, isto é, uma falta de pré-compreensão. Com isso, a ideia do cidadão como titular dos direitos fundamentais e da tarefa judicial de guardar a constituição sobretudo nesse âmbito não ganha realidade e, assim, significado. Essas expressões não substituem a proteção subjetiva e escondem sutilmente a indeterminação jurídica do controle abstrato de normas (ação direta de inconstitucionalidade, omissão, arguição de descumprimento).

Em outras palavras, o STF fica, com isso, abstrato pelo "controle" e distante da vida estatal brasileira total pela "decisão". Isso é confirmado pelo Sr. Mendes, ao dizer que, "Tenho a impressão de que temos avançado bastante, acho que no conjunto da obra em relação à primazia, à eminência, do direito do controle concentrado sobre o modelo difuso ou incidental ..." (RTJ 219 (168)). Existe, com isso, ademais, o perigo de converter a autoridade, que a posição de órgão judicial supremo, pela qual é possibilitado a ele primeiro o exercício de suas competências jurídico-constitucionais, dá a ele na estrutura constitucional brasileira (artigo 92 CF), em ditadura de opiniões pessoais, aquela posição em arraial. O STF não é o senhor da constituição, mas nela está fundado. (3) Torna suspeito o controle difuso por manifestações, como, por exemplo, "repetição de processos", "demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais" e "guerra de liminares" (RTJ 215 (150)), quando isso, na realidade, é questão de competência para exame e rejeição e de efeito erga omnes, que não exclui o controle difuso (controle concreto na Alemanha) (comparar RTJ 204, 2 (888 e seguintes - menção às leis 10.259/2001 e 11.418/2006, relativas ao recurso extraordinário) e (5) confunde a repercussão geral com apresentação judicial (parág. 80, lei sobre o TCF. Na Alemanha isso é tarefa do judiciário. No Brasil, da parte. Isso viola o art. 5, XXXV, CF, à medida que a barreira é muito alta. Somente a grandes escritórios esse caminho é transitável).

Assim, esta fórmula: constituição, STF e escolhidos legitimados (artigo 103 CF) para uma espécie de ação popular (ação direta de inconstitucionalidade, omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental) é extremamente duvidosa, não só do ponto de vista jurídico-constitucional, como também jurídico-político.

Essa fórmula, portanto, já pelo artigo 1, III, CF, merece receber atenção geral.

- Competência originária: art. 102, I

- Competência recursal:

- Ordinária: art. 102, II
- Extraordinária: art. 102, III

- Arguição de descumprimento de preceito fundamental: art. 102, § 1º

- Decisões definitivas de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade: art. 102, § 2º

- Recurso extraordinário - repercussão geral das questões constitucionais e sua recusa: art. 102, § 3º

- Inconstitucionalidade por omissão: art. 103, § 2º

- Legitimados processuais:

- Para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: art. 103, I ao IX

- Procurador-geral da república: art. 103, § 1º

O papel do procurador-geral da república é o de defender a lei.

- Advogado-geral da união: art. 103, § 3º

Aqui, igualmente, é o papel do advogado-geral da união, ou seja, de defensor normativo.

- Súmula - aprovação e efeito: art. 103-A *caput*; art. 8º da EC n. 45; lei 11.417, 2006

No *caput* do artigo 103-A, CF, encontram-se as seguintes expressões:

- a) matéria constitucional: isso coloca a questão da violação direta ou indireta da constituição, ou seja, a mesma questão do recurso extraordinário. Na violação direta cabe, na indireta, não;
- b) maioria de 2/3 dos seus membros: ver artigo 27, lei 9.868, 1999, e artigo 11, lei 9882, 1999;
- c) efeito vinculante: ver artigo 28, parág. único, da primeira lei e artigo 10, parág. 3, da segunda.

- Objetivo: art. 103-A, § 1º

- validade (trata-se da compatibilidade entre norma inferior com superior, formal e material. Isso remete ao sentido subjetivo e objetivo de Kelsen, visto no ponto 38);

- interpretação (pode ser da lei e da constituição. Nisso, podem entrar em jogo os cânones de Savigny, o método de Hesse, a aplicação no sentido de Gadamer e a argumentação no sentido de Alexy)

Obs.:

1. Savigny:

A doutrina do método “clássico” em Savigny

(1) Interpretação gramatical

O elemento gramatical da interpretação tem, segundo Savigny, por objeto “a palavra, que proporciona a passagem do pensar do dador de leis em nosso pensar”, razão por que a tarefa desse elemento de interpretação “consiste na exposição das leis do idioma aplicadas pelo dador de leis”.

(2) O elemento lógico

O elemento lógico vai, pelo contrário, “para a estrutura da ideia, portanto, para a relação lógica, na qual as partes particulares da mesma estão para com a outra”.

(3) O elemento histórico

O elemento histórico tem, no cânone quarteto, por objeto “o estado, ao tempo da lei dada, determinado por regras jurídicas para a relação jurídica presente. Nesse estado a lei deveria intervir em determinado modo e o tipo desse intervir, aquilo que ao direito por essa lei foi inserido novo, deve esse elemento trazer à visão”.

(4) O elemento sistemático

O elemento sistemático, finalmente, diz respeito “à conexão interna que enlaça todos os institutos jurídicos e regras jurídicas em uma grande unidade. Essa conexão, quase a histórica, já existiu igualmente na ideia do legislador como objetivo e nós iremos, portanto, reconhecer suas ideias somente então completamente, se nós nos tornarmos claro em qual relação essa lei está para com o sistema jurídico todo e como deve intervir eficazmente no sistema”.

Fonte: Isfen, Osman. Die “klassische” Methodenlehre bei Savigny, in: Internet. Pontuação no original. As fontes estão dadas, a cada vez, depois das aspas;

2. Hesse: Elementos ..., página 53 e seguintes;

3. Gadamer: ver ponto 42/1;

4. Alexy: ver ponto 42/1.

Conclusão: a palavra interpretação pode, por sua vez, também ser interpretada. E, então, esse objetivo da súmula, legalmente fixado, perde praticamente a sua finalidade.

- eficácia (trata-se da eficácia da norma secundária, não da primária (esta determina o tipo, aquela a consequência jurídica). Essa terminologia provém de Kelsen.

- controvérsias entre órgãos judiciários. Os órgãos judiciários estão no artigo 92 da CF (ver ponto 48). Quanto às controvérsias pode ser mencionado o artigo 93, alínea 1, n. 2, da lei fundamental: “Em divergência de opiniões ou dúvidas sobre a compatibilidade formal e material de direito federal ou direito estadual com esta lei fundamental”. Ver artigo 1, parág. único, I, lei 9.882, 1999. Ele diz que cabe arguição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal. Aquele, portanto, repete, de certo modo, este.

- grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Ambas dizem respeito às normas suscetíveis de súmula. Isso deveria ocorrer no controle concreto por meio de apresentação judicial e centralização de competência para rejeição para e no STF.

- Aprovação, revisão ou cancelamento: art. 103-A, § 2º

- a aprovação, revisão ou cancelamento pode ser provocada pelos competentes para propor a ação direta de inconstitucionalidade. Ver artigo 103, CF.

- Reclamação: art. 103-A, § 3º

- reclamação. Ver artigo 102, I, I, CF.

- anula o ato administrativo e cassa a decisão judicial. Quanto a esta é semelhante ao direito alemão no recurso constitucional contra uma sentença (parág. 95, n. 2, da lei sobre o tribunal constitucional federal).

Tomada de posição

1. Matéria constitucional (caput art. 103-A) tem a ver com a violação direta e indireta da constituição. Situa-se, portanto, no controle difuso (concreto na Alemanha). Os legitimados processuais do art. 103, CF, situam-se no âmbito da ação direta (controle abstrato na Alemanha). Como já dito, trata-se no artigo 103, CF, de uma espécie de ação popular. Pode-se, então, falar de interesses, mas não de direitos subjetivos violados.

2. Se se confronta o objetivo da súmula (artigo 103-A, parág. 1, CF: validade, interpretação e eficácia de normas determinadas) com o objetivo do recurso extraordinário, percebe que aquele é igual a este.

3. grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos (parág. 1 do artigo 103-A, CF) relaciona-se com o controle difuso (concreto na Alemanha). Caberia, então, o dever de apresentação judicial para o STF e a concentração da rejeição da norma no STF. Comparar com o parág. 78 e 80 da lei sobre o TCF alemão. Mistura-se questões jurídicas, apresentadas no controle difuso, com questões empíricas, insegurança e multiplicação. Não se pode por estas decidir aquelas.

4. A construção da súmula (o que também diz respeito ao precedente) não está clara. Qual é o método: dedutivo (civil law), indutivo (common law), discursivo (tribunal constitucional federal alemão, Alexy)?

5. A vinculatividade da decisão judicial pode ser imposta legalmente. Mas a sua normatividade, não. Ela depende da fundamentação racional, por um lado, e, por outro, de pessoas que sejam capazes e estejam dispostas a aceitar argumentos racionais.

Ou para expressar em palavras jurídicas: trata-se de uma questão material, não processual. Portanto, deslocar isso para o processo, como fazem certos pregadores do “precedente”, é simplesmente mascarar o problema para, certamente, deixar tudo como está.