

GILMAR FERREIRA MENDES

LOTECA

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.
Ex-Advogado-Geral da União e ex-Procurador da República.
Membro do Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP.
Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

**O CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS NO
BRASIL E NA ALEMANHA**

5.^a edição

2005

ISBN 85-02-05073-7

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Mendes, Gilmar Ferreira, 1955-
Jurisdição constitucional : o controle abstrato de
normas no Brasil e na Alemanha / Gilmar Ferreira Mendes. —
5. ed. — São Paulo : Saraiva, 2005.

Bibliografia.

0095

1. Alemanha -Direito constitucional 2. Brasil - Direito
constitucional 3. Controle judiciário - Alemanha 4. Controle
judiciário -Brasil 5. Jurisdição (Direito constitucional) 6.
Leis - Constitucionalidade I. Título.

04-7977

CDU-340.131.5

Índice para catálogo sistemático:

1. Controle abstrato de normas : Direito 340.131.5



Av. Marquês de São Vicente, 1697 — CEP 01139-904 — Barra Funda — São Paulo-SP
Vendas: (11) 3613-3344 (tel.) / (11) 3611-3268 (fax) — SAC: (11) 3613-3210 (Grande SP) / 0800557688
(outras localidades) — E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br — Acesse: www.saraivajur.com.br

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4762
Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 — Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro
Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401
Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2882 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (67) 382-3682 — Fax: (67) 382-0112
Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310
Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510
Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro
Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284
Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. Ceará, 1360 — São Geraldo
Fone: (51) 3343-1467 / 3343-7563
Fax: (51) 3343-2986 / 3343-7469 — Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697 — Barra Funda
Fone: PABX (11) 3613-3000 — São Paulo

ÍNDICE

<i>Trabalhos publicados</i>	V
<i>Explicação necessária</i>	XIX
<i>Agradecimentos</i>	XXI
<i>Novos agradecimentos</i>	XXIII
<i>Nota do Autor sobre a 5ª edição</i>	XXV
<i>Nota do Autor sobre a 4ª edição</i>	XXVII

TÍTULO I

INTRODUÇÃO	1
------------------	---

TÍTULO II

O <i>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT</i> E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	3
--	---

CAPÍTULO I

INSTITUIÇÃO E HISTÓRIA DAS DUAS CORTES JUDICIAIS	3
--	---

I — <i>Bundesverfassungsgericht</i>	3
--	---

1. Instituição	3
----------------------	---

2. História	7
-------------------	---

3. Competência	14
----------------------	----

4. Processo	17
-------------------	----

II — Supremo Tribunal Federal	20
--	----

1. Considerações preliminares	20
-------------------------------------	----

2. Instituição	21
----------------------	----

3. História	24
-------------------	----

4. Competência	40
----------------------	----

5. Processos	44
--------------------	----

CAPÍTULO II

O CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE O <i>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT</i> E PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDO COMPARADO	48
---	----

I — Introdução	48
-----------------------------	----

II — O controle abstrato de normas perante o <i>Bundesverfassungsgericht</i>	48
---	----

1. História	48
1.1. Considerações preliminares	48
1.2. O controle abstrato de normas na Constituição de Weimar	49
1.3. O controle abstrato de normas e a discussão sobre o monopólio do controle de constitucionalidade das leis federais no Tribunal de Justiça do Estado (<i>Staatsgerichtshof</i>)	51
2. O controle abstrato de normas na Lei Fundamental	53
2.1. Considerações preliminares	53
2.2. O controle abstrato de normas na praxis do <i>Bundesverfassungsgericht</i>	56
III — O controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal	64
1. Escorço histórico	64
2. Desenvolvimento do controle abstrato de normas até a entrada em vigor da Constituição de 1988	68
2.1. Introdução	68
2.2. O controle abstrato na praxis do Supremo Tribunal Federal	69
a) Considerações preliminares	69
b) Sobre o papel do Procurador-Geral da República	70
c) Significado do controle abstrato de normas sob o império da Constituição de 1946 (EC n. 16, de 1965) e da Constituição de 1967/69	80
d) Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro ..	82
3. O controle abstrato de normas na Constituição de 1988	86
4. A criação da ação declaratória de constitucionalidade	90
4.1. As Leis n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, e n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999	94

TÍTULO III

OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE O <i>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT</i> E PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	105
--	-----

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO	105
------------------	-----

CAPÍTULO II

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE O <i>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT</i>	106
I — Considerações preliminares	106
II — Ação, direito de propositura (legitimação para agir <i>in abstracto</i>) e legitimação para agir <i>in concreto</i>	106

1. Princípio do pedido e ação	106
1.1. Considerações preliminares	106
1.2. O princípio do pedido e a desistência da ação	107
1.3. Forma do pedido	108
2. Do direito de propositura ou da legitimação para agir <i>in abstracto</i>	109
2.1. Considerações preliminares	109
2.2. Acesso limitado	110
2.3. Direito de propositura, interesse jurídico do autor, necessidade de controle	112
2.4. A propositura da ação e sua problemática	114
3. Legitimação para agir <i>in concreto</i> : a condição relativa à existência de <i>dúvida</i> ou de <i>controvérsia</i> sobre a constitucionalidade da lei.....	114
3.1. Considerações preliminares	114
3.2. Explicitação conceitual: dúvida e controvérsia	117
a) Dúvida (<i>Zweifel</i>)	117
b) Controvérsia (<i>Meinungsverschiedenheit</i>)	118
3.3. Finalidade dos pressupostos relativos à configuração de dúvida ou de controvérsia	118
3.4. Sobre a constitucionalidade do § 76 da Lei Orgânica da Corte Constitucional	119
a) Considerações preliminares	119
b) Sobre a constitucionalidade do § 76, n. 1, da Lei Orgânica da Corte Constitucional	120
c) Sobre a constitucionalidade do § 76, n. 2, da Lei do <i>Bundesverfassungsgericht</i>	123
III — Objeto do controle abstrato de normas	125
1. Direito federal e direito estadual	125
1.1. Considerações preliminares	125
1.2. Direito federal	126
1.3. Direito estadual (<i>Landesrecht</i>)	128
1.4. Direito pré e pós-constitucional	130
1.5. A existência de norma e o controle preventivo	130
a) A problemática das leis de aprovação dos tratados	131
b) Direito revogado	132
2. Direito alienígena e normas supranacionais	132
2.1. Considerações preliminares	132
2.2. Direito alienígena	132
2.3. Direito da Comunidade Européia	133
IV — Parâmetro do controle abstrato de normas	135
1. Considerações preliminares	135

2. Lei Fundamental	136
3. Direito suprapositivo como parâmetro de controle	137
4. Hierarquia de normas constitucionais	143
5. O direito federal como parâmetro de controle	145

CAPÍTULO III

OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	146
I — Introdução	146
II — Ação, autores, legitimação para agir na ação direta de inconstitucionalidade ..	149
1. O princípio do pedido e a ação direta de inconstitucionalidade	149
1.1. O princípio do pedido e a desistência	149
1.2. Forma do pedido	149
1.3. Aditamento ou emenda da inicial	152
2. Do direito de propositura ou da legitimação para agir <i>in abstracto</i>	154
2.1. Considerações preliminares	154
2.2. Direito de propositura, interesse jurídico e legitimação para agir <i>in concreto</i> (<i>Antragsbefugnis</i>)	155
2.3. A propositura da ação e sua problemática	157
a) Considerações preliminares	157
b) O direito de veto do Presidente da República e do Governador do Estado e o exercício do direito de propositura	159
c) Direito de propositura do Governador do Estado e relação de pertinência	162
d) O direito de propositura das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional	163
d.1) Considerações preliminares	163
d.2) Avaliação crítica	166
e) Direito de propositura dos partidos políticos	178
f) Direito de propositura do Governador do Distrito Federal e da Câmara Legislativa do Distrito Federal	179
3. Legitimação para agir <i>in concreto</i>	182
III — Ação, autores, legitimação para agir na ação declaratória de constitucionalidade	188
1. Do direito de propositura na ação declaratória de constitucionalidade ..	188
2. Demonstração da existência de controvérsia judicial na ação declaratória de constitucionalidade: legitimação para agir <i>in concreto</i>	189
IV — Objeto do controle abstrato: ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade	193
1. Considerações preliminares	193
2. Direito federal	194

3. Direito estadual	197
4. Direito do Distrito Federal	197
5. Controle de constitucionalidade e ato de efeito concreto	198
6. Direito pré-constitucional	201
7. A existência da norma e o controle preventivo	210
7.1. A problemática dos tratados	210
7.2. Direito revogado	211
7.3. O controle de constitucionalidade das medidas provisórias	214
a) Considerações preliminares	214
b) Cautelar e medida provisória	217
c) Aditamento da inicial	219
d) ADIn contra medida provisória convertida em lei e vício formal da medida provisória	221
8. A aferição de constitucionalidade dos regulamentos no controle abstrato de normas	225
9. Objeto da ação declaratória de constitucionalidade	231
9.1. Lei pré-constitucional	231
9.2. Medida provisória	231
9.3. Atos regulamentares	232
V — Parâmetro de controle	232
1. Considerações preliminares	232
2. Constituição	233
3. Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados com força de emenda constitucional	239
4. Direito federal	239
VI — Do procedimento na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade	241
1. Considerações preliminares	241
2. Requisitos da petição inicial e admissibilidade das ações	241
2.1. Modificação da petição inicial	243
3. Intervenção de terceiros e <i>amicus curiae</i>	244
4. Informações das autoridades das quais emanou o ato normativo e manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República	246
5. Apuração de questões fáticas no controle de constitucionalidade	247
6. Medida cautelar em ADIn e ADC	249

TÍTULO IV

AS DECISÕES NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE O <i>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT</i> E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	251
--	-----

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO.....	251
-----------------	-----

CAPÍTULO II

AS DECISÕES NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE A CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ	252
I — Considerações preliminares	252
II — Declaração de nulidade da lei inconstitucional	254
1. Considerações preliminares	254
2. A declaração de nulidade das leis	257
2.1. A declaração de nulidade como unidade técnica	257
2.2. Declaração de nulidade total	258
2.3. A extensão da declaração de nulidade (§ 78. 2º período, da Lei Orgânica do Tribunal)	259
2.4. A declaração parcial de nulidade “quantitativa”	259
2.5. Declaração parcial de nulidade sem redução de texto	261
3. Limites da declaração de nulidade	264
III — A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade	267
1. Introdução	267
2. Distinção entre a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e outras decisões semelhantes do <i>Bundesverfassungsgericht</i> ..	268
2.1. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e o “apelo ao legislador”	268
2.2. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a sentença declaratória proferida no processo de conflito entre órgãos	269
2.3. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e o controle judicial do direito alienígena	270
3. Análise da jurisprudência do <i>Bundesverfassungsgericht</i> sobre a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade	270
3.1. A exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia e outras ofensas ao princípio da igualdade	271
3.2. A omissão legislativa	274
3.3. A liberdade de conformação do legislador	275
3.4. O argumento sobre as conseqüências jurídicas da declaração de nulidade	276
4. Conseqüências jurídicas da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade	277
4.1. Considerações preliminares	277
4.2. Dever de legislar	279

4.3. A suspensão de aplicação da norma inconstitucional (<i>Anwendungssperre</i>)	280
4.4. Aplicação da lei inconstitucional	286
IV — Interpretação conforme à Constituição	287
1. Introdução	287
2. A admissibilidade da interpretação conforme à Constituição	289
3. Limites da interpretação conforme à Constituição	290
4. Natureza da interpretação conforme à Constituição	293
V — O “apelo ao legislador” — <i>Appellentscheidung</i> — na praxis da Corte Constitucional alemã	296
1. Introdução	296
2. O “apelo ao legislador” na praxis do <i>Bundesverfassungsgericht</i>	297
2.1. “Apelo ao legislador” em virtude de mudança das relações fáticas ou jurídicas	297
2.2. “Apelo ao legislador” em virtude de inadimplemento de dever constitucional de legislar	301
2.3. “Apelo ao legislador” por “falta de evidência” da ofensa constitucional	304
3. O “apelo ao legislador” na ordem constitucional alemã	305
4. Conseqüências jurídicas do “apelo ao legislador”	307
VI — Declaração de constitucionalidade da lei	310

CAPÍTULO III

AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS	316
I — Introdução	316
II — A declaração de nulidade da lei	317
1. Considerações preliminares	317
2. A nulidade <i>ipso jure</i> e <i>ex tunc</i>	321
3. Declaração de nulidade	341
3.1. Declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico- legislativa	341
3.2. Declaração de nulidade total	342
3.3. Declaração de nulidade parcial	342
3.4. Declaração parcial de nulidade sem redução de texto	343
III — A interpretação conforme à Constituição	346
1. Introdução	346
2. Admissibilidade e limites da interpretação conforme à Constituição	349
3. Qualificação da interpretação conforme à Constituição	350

IV — A declaração de constitucionalidade das leis	356
1. Considerações preliminares	356
2. Eficácia <i>erga omnes</i> e a declaração de constitucionalidade	359
3. A declaração de constitucionalidade da norma e a reapreciação da questão pelo Supremo Tribunal Federal	362
4. A declaração de constitucionalidade e a “lei ainda constitucional”	364
V A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro	370
1. Introdução	370
2. As decisões proferidas no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão	372
2.1. Considerações preliminares	372
2.2. O caráter <i>obrigatório</i> ou <i>mandamental</i> da decisão proferida no mandado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão .	374
3. Reflexões conceptuais	377
3.1. Considerações preliminares	377
3.2. A decisão do Supremo Tribunal Federal que dá pela procedência da ação no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão ajuizada em caso de omissão parcial do legislador	380
4. Aplicação da lei inconstitucional	383
5. Omissão legislativa e o controle abstrato de normas	385
6. A declaração de inconstitucionalidade de caráter limitativo ou restritivo .	387
6.1. Considerações preliminares	387
6.2. A limitação de efeitos e o art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999	394
6.2.1. Introdução	394
6.2.2. A declaração de inconstitucionalidade restritiva, sua repercussão sobre as decisões proferidas nos casos concretos e a admissão da limitação de efeitos no sistema difuso	396
6.2.3. As decisões com base no art. 27 da Lei n. 9.868/99	400

APÊNDICE I

LEI N. 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999	415
---	-----

APÊNDICE II

MENSAGEM DE VETO DA LEI N. 9.868, DE 1999	423
<i>Bibliografia</i>	427
<i>Índice remissivo</i>	445