

**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.<sup>a</sup> edição

2005



Editora  
**Saraiva**

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
--	---

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

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

2. História .....	7
-------------------	---

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

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

<b>II — Supremo Tribunal Federal</b> .....	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
---	----

<b>I — Introdução</b> .....	48
-----------------------------	----

<b>II — O controle abstrato de normas perante o <i>Bundesverfassungsgericht</i></b> .....	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
<b>III — O controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>64</b>
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
<b>I — Considerações preliminares .....</b>	<b>106</b>
<b>II — Ação, direito de propositura (legitimação para agir <i>in abstracto</i>) e legitimação para agir <i>in concreto</i> .....</b>	<b>106</b>

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
<b>III — Objeto do controle abstrato de normas</b> .....	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
<b>IV — Parâmetro do controle abstrato de normas</b> .....	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
<b>I — Introdução</b> .....	146
<b>II — Ação, autores, legitimação para agir na ação direta de inconstitucionalidade</b> ..	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
<b>III — Ação, autores, legitimação para agir na ação declaratória de constitucionalidade</b> .....	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
<b>IV — Objeto do controle abstrato: ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade</b> .....	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
<b>V — Parâmetro de controle</b> .....	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
<b>VI — Do procedimento na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade</b> .....	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

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

## CAPÍTULO I

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

## CAPÍTULO II

AS DECISÕES NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE A CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ .....	252
<b>I — Considerações preliminares</b> .....	252
<b>II — Declaração de nulidade da lei inconstitucional</b> .....	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
<b>III — A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade</b> .....	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
<b>IV — Interpretação conforme à Constituição</b> .....	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
<b>V — O “apelo ao legislador” — <i>Appellentscheidung</i> — na praxis da Corte Constitucional alemã</b> .....	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
<b>VI — Declaração de constitucionalidade da lei</b> .....	310

## CAPÍTULO III

<b>AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS</b> .....	316
<b>I — Introdução</b> .....	316
<b>II — A declaração de nulidade da lei</b> .....	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
<b>III — A interpretação conforme à Constituição</b> .....	346
1. Introdução .....	346
2. Admissibilidade e limites da interpretação conforme à Constituição .....	349
3. Qualificação da interpretação conforme à Constituição .....	350

<b>IV — A declaração de constitucionalidade das leis .....</b>	<b>356</b>
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
<b>V A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro .....</b>	<b>370</b>
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