

STJ00097407

Gilmar Ferreira Mendes

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e do Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP.

Jurisdição Constitucional

O CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS
NO BRASIL E NA ALEMANHA

6ª edição
2014

 **Editora
Saraiva**

**Série
idp**  **INSTITUTO
BRASILIENSE
DE DIREITO
PÚBLICO**



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
 CEP 05413-909
 PABX: (11) 3613 3000
 SACJUR: 0800 055 7688
 De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
 saraivajur@editorasaraiva.com.br
 Acesso: www.editorasaraiva.com.br/direito

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
 Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
 Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE
 Rua Agripino Dória, 73 — Brotas
 Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
 Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

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

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
 Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
 Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
 Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
 SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento
 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) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — 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. A. J. Renner, 231 — Farrapos
 Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
 Porto Alegre

SÃO PAULO
 Av. Antônia, 92 — Barra Funda
 Fone: PABX (11) 3616-3666 — São Paulo

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

Mendes, Gilmar Ferreira

Jurisdição constitucional : o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha / Gilmar Ferreira Mendes. — 6. ed. — São Paulo : Saraiva, 2014.

Bibliografia.

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

13-07391

CDU-340.131.5

Índice para catálogo sistemático:

1. Controle abstrato de normas : Direito
 340.131.5

Diretor editorial Luiz Roberto Cunha

Gerente editorial Thais de Camargo Rodrigues

Assistente editorial Silene Miranda de Sales

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia

Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan

Arte e diagramação Lídia Pereira de Moraes

Revisão de provas Amélia Kassis Ward

Paula Brito Araújo

Simone L. C. Silberschmidt

Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro

Marília Cordeiro

Capa Mayara Enochata

Produção gráfica Madi Rampim

Impressão Assahi Gráfica

Acabamento Assahi Gráfica

987841

Data de fechamento da edição: 1º-9-2013

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

106.071.006.001

962429

ÍNDICE

<i>Explicação necessária</i>	7
<i>Agradecimentos</i>	11
<i>Nota do Autor sobre a 6ª edição</i>	13
<i>Nota do Autor sobre a 5ª edição</i>	15
<i>Nota do Autor sobre a 4ª edição</i>	17

TÍTULO I

INTRODUÇÃO	29
------------------	----

TÍTULO II

O <i>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT</i> E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	31
--	----

CAPÍTULO I

INSTITUIÇÃO E HISTÓRIA DAS DUAS CORTES JUDICIAIS	31
--	----

I — *Bundesverfassungsgericht*

1. Instituição	31
----------------------	----

2. História	35
-------------------	----

3. Competência	43
----------------------	----

4. Processo	46
-------------------	----

II — Supremo Tribunal Federal

1. Considerações preliminares	49
-------------------------------------	----

2. Instituição	50
----------------------	----

3. História	54
-------------------	----

4. Competência	70
----------------------	----

5. Processos	74
--------------------	----

CAPÍTULO II

O CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE O <i>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT</i> E PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDO COMPARADO	78
--	----

I — Introdução

II — O controle abstrato de normas perante o *Bundesverfassungsgericht* ..

1. História	78
1.1. Considerações preliminares.....	78
1.2. O controle abstrato de normas na Constituição de Weimar	79
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>)	81
2. O controle abstrato de normas na Lei Fundamental.....	83
2.1. Considerações preliminares.....	83
2.2. O controle abstrato de normas na prática do <i>Bundesverfassungsgericht</i>	86
III — O controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal	89
1. Escorço histórico.....	89
2. Desenvolvimento do controle abstrato de normas até a entrada em vigor da Constituição de 1988.....	93
2.1. Introdução	93
2.2. O controle abstrato na prática do Supremo Tribunal Federal	94
a) Considerações preliminares.....	94
b) Sobre o papel do Procurador-Geral da República	95
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.....	105
d) Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro	108
3. O controle abstrato de normas na Constituição de 1988.....	112
4. A criação da ação declaratória de constitucionalidade.....	116
4.1. As Leis n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, e n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999	119

TÍTULO III

OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE O <i>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT</i> E PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	121
--	-----

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO.....	121
-----------------	-----

CAPÍTULO II

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE O <i>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT</i>	123
--	-----

I — Considerações preliminares	123
---	------------

II — Ação, direito de propositura (legitimação para agir <i>in abstracto</i>) e legitimação para agir <i>in concreto</i>	123
1. Princípio do pedido e ação.....	123
1.1. Considerações preliminares.....	123
1.2. O princípio do pedido e a desistência da ação	124
1.3. Forma do pedido	125
2. Do direito de propositura ou da legitimação para agir <i>in abstracto</i> ...	126
2.1. Considerações preliminares.....	126
2.2. Acesso limitado.....	128
2.3. Direito de propositura, interesse jurídico do autor, necessidade de controle.....	130
2.4. A propositura da ação e sua problemática.....	132
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	132
3.1. Considerações preliminares.....	132
3.2. Explicitação conceitual: <i>dúvida</i> e <i>controvérsia</i>	135
a) <i>Dúvida (Zweifel)</i>	135
b) <i>Controvérsia (Meinungsverschiedenheit)</i>	136
3.3. Finalidade dos pressupostos relativos à configuração de <i>dúvida</i> ou de <i>controvérsia</i>	136
3.4. Sobre a constitucionalidade do § 76 da Lei Orgânica da Corte Constitucional	137
a) Considerações preliminares.....	137
b) Sobre a constitucionalidade do § 76, n. 1, da Lei Orgânica da Corte Constitucional.....	138
c) Sobre a constitucionalidade do § 76, n. 2, da Lei do <i>Bundesverfassungsgericht</i>	141
III — Objeto do controle abstrato de normas	143
1. Direito federal e direito estadual.....	143
1.1. Considerações preliminares.....	143
1.2. Direito federal.....	144
1.3. Direito estadual (<i>Landesrecht</i>)	146
1.4. Direito pré e pós-constitucional	148
1.5. A existência de norma e o controle preventivo	148
a) A problemática das leis de aprovação dos tratados.....	149
b) Direito revogado	150
2. Direito alienígena e normas supranacionais	151
2.1. Considerações preliminares.....	151
2.2. Direito alienígena.....	151
2.3. Direito da Comunidade Europeia	151

IV — Parâmetro do controle abstrato de normas	154
1. Considerações preliminares	154
2. Lei Fundamental.....	155
3. Direito suprapositivo como parâmetro de controle	156
4. Hierarquia de normas constitucionais.....	162
5. O direito federal como parâmetro de controle	165

CAPÍTULO III

OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	166
---	-----

I — Introdução	166
-----------------------------	-----

II — Ação, autores, legitimação para agir na ação direta de inconstitucionalidade	169
--	-----

1. O princípio do pedido e a ação direta de inconstitucionalidade	169
1.1. O princípio do pedido e a desistência	169
1.2. Forma do pedido	170
1.3. Aditamento ou emenda da inicial	173
2. Do direito de propositura ou da legitimação para agir <i>in abstracto</i>	175
2.1. Considerações preliminares.....	175
2.2. Direito de propositura, interesse jurídico e legitimação para agir <i>in concreto</i> (<i>Antragsbefugnis</i>)	176
2.3. A propositura da ação e sua problemática.....	179
a) Considerações preliminares	179
b) O direito de veto do Presidente da República e do Governador do Estado e o exercício do direito de propositura	181
c) Direito de propositura do Governador do Estado e relação de pertinência.....	183
d) O direito de propositura das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional	184
d.1) Considerações preliminares.....	184
d.2) Avaliação crítica	188
e) Direito de propositura dos partidos políticos	201
f) Direito de propositura do Governador do Distrito Federal e da Câmara Legislativa do Distrito Federal	202
3. Legitimação para agir <i>in concreto</i>	204

III — Ação, autores, legitimação para agir na ação declaratória de constitucionalidade	211
---	-----

1. Do direito de propositura na ação declaratória de constitucionalidade	211
2. Demonstração da existência de controvérsia judicial na ação declaratória de constitucionalidade: legitimação para agir <i>in concreto</i>	212

IV — Objeto do controle abstrato: ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade	216
1. Considerações preliminares	216
2. Direito federal	217
3. Direito estadual.....	220
4. Direito do Distrito Federal	220
5. Controle de constitucionalidade e ato de efeito concreto	221
6. Direito pré-constitucional.....	225
7. A existência da norma e o controle preventivo.....	235
7.1. A problemática dos tratados.....	235
7.2. Direito revogado.....	238
7.3. O controle de constitucionalidade das medidas provisórias	242
a) Considerações preliminares.....	242
b) Cautelar e medida provisória.....	245
c) Aditamento da inicial	247
d) ADIn contra medida provisória convertida em lei e vício formal	249
8. A aferição de constitucionalidade dos regulamentos no controle abstrato de normas	254
9. Objeto da ação declaratória de constitucionalidade	261
9.1. Lei pré-constitucional.....	261
9.2. Medida provisória.....	261
9.3. Atos regulamentares	261
V — Parâmetro de controle	262
1. Considerações preliminares	262
2. Constituição.....	262
3. Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados com força de emenda constitucional	269
4. Direito federal.....	269
VI — Do procedimento na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade	272
1. Considerações preliminares	272
2. Requisitos da petição inicial, admissibilidade das ações e <i>causa petendi</i> aberta	272
2.1. Modificação da petição inicial.....	274
3. Intervenção de terceiros e <i>amicus curiae</i>	275
4. Informações das autoridades das quais emanou o ato normativo e manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República	278

5. Apuração de questões fáticas no controle de constitucionalidade.....	279
5.1. Considerações preliminares	279
5.2. Controle das prognoses legislativas.....	280
5.3. Análise dos fatos legislativos pelo Supremo Tribunal Federal	282
6. Medida cautelar em ADIn e ADC.....	285

TÍTULO IV

AS DECISÕES NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE O <i>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT</i> E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	289
--	-----

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO.....	289
-----------------	-----

CAPÍTULO II

AS DECISÕES NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS PERANTE A CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ.....	290
---	-----

I — Considerações preliminares	290
---	-----

II — Declaração de nulidade da lei inconstitucional	292
--	-----

1. Considerações preliminares	292
-------------------------------------	-----

2. A declaração de nulidade das leis	295
--	-----

2.1. A declaração de nulidade como unidade técnica.....	296
---	-----

2.2. Declaração de nulidade total.....	296
--	-----

2.3. A extensão da declaração de nulidade (§ 78, 2º período, da Lei Orgânica do Tribunal).....	297
---	-----

2.4. A declaração parcial de nulidade “quantitativa”.....	298
---	-----

2.5. Declaração parcial de nulidade sem redução de texto	299
--	-----

3. Limites da declaração de nulidade	303
--	-----

III — A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade	305
--	-----

1. Introdução	305
---------------------	-----

2. Distinção entre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e outras decisões semelhantes do <i>Bundesverfassungsgericht</i>	307
--	-----

2.1. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e o “apelo ao legislador”	307
---	-----

2.2. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e a sentença declaratória proferida no processo de conflito entre órgãos.....	308
--	-----

2.3. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e o controle judicial do direito alienígena	309
3. Análise da jurisprudência do <i>Bundesverfassungsgericht</i> sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade	309
3.1. A exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia e outras ofensas ao princípio da igualdade.....	310
3.2. A omissão legislativa	313
3.3. A liberdade de conformação do legislador.....	314
3.4. O argumento sobre as consequências jurídicas da declaração de nulidade	315
4. Consequências jurídicas da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade.....	317
4.1. Considerações preliminares.....	317
4.2. Dever de legislar	318
4.3. A suspensão de aplicação da norma inconstitucional (<i>Anwendungssperre</i>).....	320
4.4. Aplicação da lei inconstitucional	325
IV — Interpretação conforme à Constituição	327
1. Introdução	327
2. A admissibilidade da interpretação conforme à Constituição.....	328
3. Limites da interpretação conforme à Constituição	329
4. Natureza da interpretação conforme à Constituição.....	333
V — O “apelo ao legislador” — <i>Appellentscheidung</i> — na prática da Corte Constitucional alemã	336
1. Introdução	336
2. O “apelo ao legislador” na prática do <i>Bundesverfassungsgericht</i>	337
2.1. “Apelo ao legislador” em virtude de mudança das relações fáticas ou jurídicas.....	337
2.2. “Apelo ao legislador” em virtude de inadimplemento de dever constitucional de legislar	341
2.3. “Apelo ao legislador” por “falta de evidência” da ofensa constitucional.....	344
3. O “apelo ao legislador” na ordem constitucional alemã	346
4. Consequências jurídicas do “apelo ao legislador”	347
VI — Declaração de constitucionalidade da lei	351

CAPÍTULO III

AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS	357
--	-----

I — Introdução	357
II — A declaração de nulidade da lei	359
1. Considerações preliminares	359
2. A nulidade <i>ipso jure</i> e <i>ex tunc</i>	362
3. Declaração de nulidade.....	384
3.1. Declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa.....	384
3.2. Declaração de nulidade total em virtude da dependência ou interdependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais da lei.....	385
3.3. Declaração de nulidade parcial	386
3.4. Declaração parcial de nulidade sem redução de texto	387
III — A interpretação conforme à Constituição	390
1. Introdução	390
2. Admissibilidade e limites da interpretação conforme à Constituição..	393
3. Interpretação conforme à Constituição e decisões manipulativas de efeitos aditivos	395
4. Qualificação da interpretação conforme à Constituição	399
IV — A declaração de constitucionalidade das leis	406
1. Considerações preliminares	406
2. Eficácia <i>erga omnes</i> e a declaração de constitucionalidade.....	409
3. A declaração de constitucionalidade da norma e a reapreciação da questão pelo Supremo Tribunal Federal.....	412
4. A declaração de constitucionalidade e a “lei ainda constitucional”	414
V — A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro	420
1. Introdução	420
2. As decisões proferidas no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão	422
2.1. Considerações preliminares.....	422
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.....	424
3. Reflexões conceptuais.....	428
3.1. Considerações preliminares.....	428
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.....	431

4. Aplicação da lei inconstitucional	434
5. Omissão legislativa e o controle abstrato de normas	436
6. A declaração de inconstitucionalidade de caráter limitativo ou restritivo	440
6.1. Considerações preliminares	440
6.2. A limitação de efeitos e o art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999	448
6.2.1. Introdução	448
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	450
6.2.3. As decisões com base no art. 27 da Lei n. 9.868/99	454

APÊNDICE I

SEGURANÇA E ESTABILIDADE DAS DECISÕES EM CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: NOTAS COM BASE NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO ALEMÃO

1. Considerações preliminares	471
2. Eficácia <i>erga omnes</i> e declaração de constitucionalidade	472
3. Eficácia <i>erga omnes</i> da decisão proferida em cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade	473
4. Limites objetivos da eficácia <i>erga omnes</i> : a declaração de constitucionalidade da norma e a reapreciação da questão pelo STF	475
5. Eficácia <i>erga omnes</i> na declaração de inconstitucionalidade proferida em ação declaratória de constitucionalidade ou em ação direta de inconstitucionalidade	477
6. A eficácia <i>erga omnes</i> da declaração de nulidade e os atos singulares praticados com base no ato normativo declarado inconstitucional	477
7. A eficácia <i>erga omnes</i> da declaração de inconstitucionalidade e a superveniência de lei de teor idêntico	479
8. Conceito de efeito vinculante	480
8.1. Limites objetivos do efeito vinculante	482
8.2. Limites subjetivos	488
8.3. Efeito vinculante da cautelar em ação declaratória de constitucionalidade	489
8.4. Efeito vinculante de decisão indeferitória de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade	490
8.5. Efeito vinculante da decisão concessiva de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade	491
8.6. Efeito vinculante de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade	492
8.7. Efeito vinculante de decisão proferida em ADIn e ADO nos casos de omissão parcial	494

9.	Eficácia <i>erga omnes</i> , efeito vinculante da decisão e reclamação	495
9.1.	Considerações preliminares.....	495
9.2.	Objeto da reclamação.....	498
9.3	Reclamação, controle de constitucionalidade e possibilidade de revisão de jurisprudência	500
10.	O PROCESSO CAUTELAR PERANTE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO	506
10.1.	O processo cautelar.....	507
10.1.1.	Momento da propositura da medida cautelar	507
10.1.2.	Procedimento das medidas cautelares	508
10.1.3.	Os efeitos das medidas cautelares.....	509
11.	A EXECUÇÃO DAS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL... ..	510
11.1.	Histórico	511
11.2.	Aplicação.....	512
11.3.	Procedimento	515
11.4.	Descumprimento das decisões baseadas no § 35 da Lei do <i>Bundesverfassungsgericht</i>	516

APÊNDICE II

LEI N. 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999	519
---	-----

APÊNDICE III

MENSAGEM DE VETO DA LEI N. 9.868, DE 1999	529
---	-----

<i>Bibliografia</i>	533
---------------------------	-----

<i>Índice remissivo</i>	551
-------------------------------	-----