

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**A INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO FRENTE AO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO
BRASILEIRO**

FERNANDO MARTINEZ HUNGARO

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**A INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO FRENTE AO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO
BRASILEIRO**

FERNANDO MARTINEZ HUNGARO

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor-Doutor Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2012

**A INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO FRENTE AO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO
BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Stéfano Rodrigo Vitória

Presidente Prudente, 16 de outubro de 2012.

“O direito – e, desde logo, o direito constitucional – descobre-se, mas não se inventa”.

RONALD DWORKIN (1985).

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho simboliza uma espécie de síntese de todo o aprendizado adquirido ao longo de quatro anos de estudos nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP, instituição que aprendi a respeitar não apenas pela tradição, mas também pelo brilhante corpo docente e pelos competentes colaboradores que lá atuam. De fato, torna-se uma árdua tarefa resumir em poucas linhas tudo o que gostaria de dizer àqueles que me acompanharam nesta jornada de alegrias e preocupações, mas, acima de tudo, de muitas amizades e momentos prazerosos que já se tornaram inesquecíveis e deixarão saudades.

Inicialmente, cabe a mim agradecer e dedicar este trabalho aos meus pais (Fernando e Christiane), ao meu irmão (Fábio) e à minha namorada (Emília) pelo apoio incondicional ao longo do curso. Não poderia deixar de citar também os meus avós que sempre se dispuseram a ajudar nos momentos difíceis e a compartilhar as alegrias de uma forma especial e carinhosa.

Agradeço ainda todas as amizades construídas nas Faculdades Toledo. O tempo passou rápido, mas sem dúvida ficaram grandes histórias e relações fortes e permanentes.

RESUMO

O presente trabalho trata da inovação trazida ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro pela teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, tem recente e ainda pouco explorado pela doutrina predominante no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Para tanto, faz-se a exploração da Constituição Federal em sua visão como ápice da hierarquia normativa, ou seja, conjunto máximo de normas do ordenamento jurídico de um Estado. Dentro desta ótica, discorre-se sobre o Controle de Constitucionalidade como instrumento constitucional de garantia à compatibilização vertical entre a Lei Maior e as demais normas do ordenamento. Este controle é estudado nas perspectivas histórica e conceitual, a partir de um estudo de direito comparado e das próprias Constituições brasileiras. A fim de atingir seus objetivos, inicialmente é feita uma conceituação do Controle e de seus modelos, junto a uma abordagem histórica de suas funções; posteriormente se enfatiza as perspectivas do Direito Comparado para então se desenhar uma evolução do modelo brasileiro desde o Império até a Constituição Federal de 1988. Entra-se então na teoria do arrastamento, momento em que se passa a uma análise doutrinária e jurisprudencial para a extração de um conceito adequado às decisões que já vem sendo proferidas pelos tribunais superiores brasileiros. Ao fim, realiza-se uma breve explanação sobre o *modus operandi* da teoria no Brasil.

Palavras-chave: Constituição. Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Supremacia Constitucional. Inconstitucionalidade por Arrastamento.

ABSTRACT

The present work deals with the innovation brought to the Brazilian constitutional legal theory of unconstitutionality by extension, have recent and still largely unexplored by the prevailing doctrine in the concentrated control of constitutionality. Therefore, it is the exploitation of the Federal Constitution in his vision as the apex of the hierarchy of norms, it means the maximal set of rules of a State law. Within this perspective, discourses are on the Judicial Review as an instrument of a constitutional guarantee to vertical compatibility between the highest law and other rules of order.

This control is studied in historical and conceptual perspectives, from a comparative study of law and their own constitutions in Brazil. In order to achieve its objectives, initially it is made a conceptualization of Control and its models, along with a historical approach to their duties; subsequently emphasizes the perspectives of comparative law and then to draw an evolution of the Brazilian model from the Empire to the Federal Constitution of 1988.

Then comes the theory of entrainment, when it comes to doctrinal and jurisprudential analysis for the extraction of an appropriate concept to decisions already being made by higher courts in Brazil. At the end, there is a brief explanation of the *modus operandi* of the theory in Brazil.

Keywords: Constitution. Constitutional Law. Judicial Review. Constitutional Supremacy. Unconstitutionality by entrainment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL	10
3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONCEITO E ORIGENS.....	14
3.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO.....	17
3.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REPRESSIVO.....	19
3.2.1 <i>Controle de constitucionalidade repressivo difuso</i>	20
3.2.2 <i>Controle de constitucionalidade repressivo concentrado</i>	23
3.3 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL	25
4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE	26
4.1 PERSPECTIVAS DO DIREITO COMPARADO	27
4.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	29
4.2.1 <i>O controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988</i>	33
5 A INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO: CONSTRUÇÃO DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	35
6 AS INOVAÇÕES DA TEORIA DO ARRASTAMENTO.....	41
7 O ARRASTAMENTO NO BRASIL: DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	45
8 CONCLUSÃO	50
BIBLIOGRAFIA	53

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista o papel fundamental da Constituição Federal no sistema jurídico, tanto em âmbito nacional como internacional, é inegável a necessidade de preservação da sua supremacia frente às demais normas do ordenamento. Para tanto, visualizou-se o sistema normativo sob a forma de uma hierarquia, a partir da qual a Constituição Federal se encontra no ápice e, assim, subordina os demais preceitos e lhes exige obediência. Nas Constituições rígidas, ficou ainda mais patente a superioridade do conjunto constitucional de normas, haja vista seu processo mais solene e dificultoso de alteração, quando em comparação com as Constituições flexíveis.

Todavia, de nada adiantaria garantir superioridade e supremacia à Constituição sem que sejam criados mecanismos eficientes de defesa de seus princípios e normas frente aos demais componentes da pirâmide normativa. O principal instrumento trazido pela doutrina constitucional foi o Controle de Constitucionalidade, ou seja, um conjunto de regras constitucionais que garantem a compatibilidade vertical entre o texto constituinte e as redações do legislador ordinário.

Adentrando no referido contexto, o presente trabalho buscou retratar os tipos de controle de constitucionalidade existentes nos âmbitos nacional e internacional. Inicialmente, procurou-se discorrer sobre o Constitucionalismo moderno, onde foi ressaltada a importância do controle constitucional. Posteriormente, houve a construção de um conceito doutrinário para o controle de constitucionalidade por meio do método dedutivo de pesquisa, isto é, traçou-se um direcionamento a partir do estudo de doutrinas recentes sobre o tema.

Posteriormente, fora desenhado um panorama da evolução do controle de constitucionalidade no Direito Comparado e no Brasil, a partir dos métodos comparativo e histórico de pesquisa, pelo quais se exploraram as nuances de cada espécie de controle, além dos contornos existentes em cada uma das Constituições brasileiras até então redigidas.

O quinto capítulo, trazido após as referidas construções teóricas e históricas, realiza a introdução ao conceito da inconstitucionalidade por arrastamento, tema central do presente. Para tanto, tendo em vista a inovação trazida pelos intérpretes legais, bem como a lacuna doutrinária nacional, utiliza-se prioritariamente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em adição a literaturas estrangeiras que abordam o tema.

O objetivo maior do estudo, como se verá adiante, é demonstrar a inovação do raciocínio, uma vez que permite maior eficiência nas decisões advindas do controle concentrado de constitucionalidade quando faz a análise não apenas da espécie normativa atacada, mas de todo o conjunto normativo e regulamentador que está na órbita da primeira. Porém, aliados aos benefícios, diversos são os riscos quando entram em cena os princípios da segurança jurídica e da adstrição ou correlação. Esta análise é realizada no sexto capítulo deste trabalho.

Na sequência, o sétimo capítulo mostra a aplicação prática da teoria do arrastamento. Para tanto, são trazidos alguns casos reais nos quais o arrastamento entra em cena para estender os efeitos de determinadas decisões. Curioso observar que os julgados entram em temas variados e em Ações provenientes também de diversos estados da Federação Brasileira, fato revelador da relevância que a nova teoria está adquirindo.

Dentro desta ótica, o primeiro capítulo trata da Supremacia da Ordem Constitucional, ou seja, inicia-se o estudo com o detalhamento da necessidade de um conjunto de normas que são superiores a todo o restante do ordenamento. Feita tal demonstração, desenha-se o papel do Controle de Constitucionalidade como ferramenta de segurança jurídica no que tange à compatibilidade entre Constituição e legislação ordinária. Aqui se faz uso do método dedutivo de pesquisa. No tópico seguinte, determina-se a classificação doutrinária dos métodos de controle existentes na atualidade, também por meio do método dedutivo. Posteriormente, há um paralelo entre o modelo brasileiro e alguns internacionais, isto após a análise da evolução histórica do Controle de Constitucionalidade, etapa em que se sobressai o método histórico de pesquisa.

O estudo da teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, realizado do quinto capítulo em diante, se pauta pelo método dedutivo. Porém, não se trata da

forma convencional de análise, tendo em vista a lacuna doutrinária nacional acerca do tema central do presente. A conceituação buscada se direciona pela jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros em aliança à doutrina estrangeira específica. Como se verá, ainda existem algumas controvérsias entre os autores no que tange às possibilidades de extensão de determinadas decisões a preceitos inicialmente não impugnados no processo. Já a análise dos casos práticos é integralmente retirada de decisões do Supremo Tribunal Federal.

2 A SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL

A Constituição é a lei fundamental e suprema do Estado, tendo, portanto, a incumbência de traçar a sua organização político-jurídica, bem como receber uma declaração de direitos. A visualização do sistema normativo na forma de sua hierarquia coloca a Constituição sempre no ápice, ou seja, é a ela que todas as normas estão subordinadas, devendo-lhe estrita obediência sob pena de recaírem no manto da inconstitucionalidade.

Dentro desta perspectiva de hierarquia normativa, cabe analisar o pensamento jurídico-positivista de Hans Kelsen (2000, p. 20):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a validade desta interconexão criadora.

Em contrapartida, no estudo da Constituição na ótica histórica, necessário se faz enfatizar a existência de outras concepções, com destaque para a

sociológica (tendo como principal expoente o polonês Ferdinand Lassale) e a política, representada pelo filósofo alemão Carl Schmitt.

Para Ferdinand Lassale (2002, p.48), a Constituição é uma soma de fatores reais que regem um Estado, ou seja, resulta ela de aspectos sociológicos mutáveis que condicionam o exercício do poder. A Constituição apenas rege o poder político de um país quando derivada das condições sociais, econômicas e políticas nele dominantes:

Colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá a expressão escrita e, a partir desse momento, incorporados a um papel, já não são simples fatores reais do poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado. De nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder.

Já Carl Schmitt, por outro lado, ao apresentar a concepção decisionista, encara a Constituição como “decisão política fundamental, sendo a ordem jurídica um conjunto de atos de vontade, um sistema de decisões e um conjunto de ordens do poder político” (VELOSO, 2000, p. 27).

Retornado ao pensamento Kelseniano predominante, asseveram Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p. 5) que,

As normas de uma Constituição devem dispor acerca da forma do Estado, dos órgãos que integram sua estrutura, das competências destes órgãos, da aquisição do poder e de seu exercício. Além disso, devem estabelecer as limitações ao poder do Estado, especialmente mediante a separação dos poderes (sistema de freios e contrapesos) e a enumeração dos direitos e garantias fundamentais.

Desta forma, é possível extrair que toda Constituição tem em seu teor básico estes dois itens, quais sejam a determinação da forma do Estado e o estabelecimento dos direitos e garantias fundamentais, juntamente com suas delimitações. Esta é, nos dizeres doutrinários, uma Constituição tipicamente material, posto que a matéria abordada é tão somente aquela dita constitucional.

Entretanto, há de se ter em mente casos nos quais o constituinte deseja garantir status constitucional a inúmeras outras disposições, as quais tratam de assuntos diversos do conteúdo ora mencionado, mas que se acha por bem alçar a uma hierarquia normativa superior, a fim de se garantir dificuldades nas modificações advindas do legislador ordinário. Nasce desta ótica o conceito de Constituição formal, ou seja, aquela em que o Poder Constituinte Originário traça normas alteráveis tão somente por um procedimento especial.

A Constituição contém como uma de suas características distintas da supremacia os conteúdos formal e material (DE LA CUEVA, 2008, p. 96). A Constituição é formal, ao ser uma lei que a diferencia das outras, fundamenta e ordena a validade de todo o sistema (PRIETO Sanchis, 2007, p.76), ou seja, determina como devem ser elaboradas todas as espécies normativas, inclusive um processo solene e mais difícil para as Emendas. Em um outro sentido, eminentemente material, estabelece valores e princípios fundamentais que regem a organização política-social, os quais sustentam as necessidades vitais de Justiça dos seus integrantes.

Estes valores e princípios sustentam o ordenamento jurídico, pois expressam segurança para uma comunidade política-jurídica organizada e para as pessoas. Por isso, há necessidade de assegurar a prevalência desses valores e controlar os desrespeitos à Constituição.

A Constituição brasileira de 1.988 é, além de formal, eminentemente rígida, conforme Vicente Paulo e Marco Alexandrino (2008, p. 3). Isto faz com que exista uma divisão hierárquica entre a Constituição e as demais normas do ordenamento jurídico, de maneira que a primeira se encontra em posição superior à segunda, fato que lhe promove à condição de parâmetro para elaboração de todos os atos normativos estatais. O desrespeito ao parâmetro traz consigo um vício de inconstitucionalidade, formal ou material.

Todas as Constituições rígidas possuem em seu conteúdo a supremacia da norma magna em relação à legislação ordinária, isto é, aquela produzida pelo Poder Legislativo. Para tanto, surge a necessidade por um Controle de Constitucionalidade, cuja função básica é assegurar a total compatibilidade entre

o texto constitucional e a produção legislativa ordinária, objetivando o combate aos vícios de inconstitucionalidade.

Conforme pontua Alexandre de Moraes (2001, p. 568):

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte de legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Em complementação a tal idéia, Zeno Veloso (2000, p. 18) aduz que seria insuficiente se pensar em uma Constituição dotada da habitual soberania, bem como de uma ascendência natural de regras e princípios, sem que exista um sistema eficiente de defesa, capaz de vencer todos os combates frente a leis e atos normativos que venham a confrontar a supremacia constitucional. Desta maneira, “o controle de constitucionalidade é um expediente indispensável e vital para a ordem e segurança jurídicas” (VELOSO, 2000, p. 18).

A partir desta importância vital do Controle de Constitucionalidade para a preservação da hierarquia constitucional e da segurança jurídica em âmbitos de Constituições rígidas, passa-se a buscar um conceito para este mecanismo jurídico de defesa, a fim de que se possa traçar suas origens e as respectivas evoluções históricas tanto no Brasil quanto no Direito Comparado.

Antes, porém, faz-se necessário frisar que, sendo as Constituições rígidas dotadas de um procedimento mais solene e dificultoso de alteração, sua flexibilidade é bastante reduzida, característica que gera a sua quase imutabilidade. Ou seja, somente mediante a própria previsão constitucional para um procedimento mais rígido de alteração é que se permite a sua realização. Ao contrário das Constituições flexíveis, nas quais não se prioriza a imutabilidade, fato que causa prejuízos à visualização da hierarquia normativa com a ordem constitucional em seu ápice. O princípio é o da supremacia, que deve ser levado em conta para elaboração das demais espécies normativas primárias.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONCEITO E ORIGENS

Para uma conceituação precisa do Controle de Constitucionalidade, bem como para a justificação de sua importância no ordenamento jurídico, existe a necessidade prévia de se diferenciar as modalidades de Constituições no quesito estabilidade. Isto uma vez que nem todas admitirão o Controle em uma perspectiva lógica, qual seja a de promover a denominada compatibilidade vertical entre as normas do ordenamento jurídico e a Carta Maior. Dentro desta diferenciação, surgem três tipos de Constituições: rígidas, flexíveis e semi-rígidas.

Nas palavras de Zeno Veloso (2000, p. 23), a rigidez não deve ser confundida com imutabilidade, dado não existirem Constituições imutáveis. “Rígida, então, é a Constituição que só pode ser alterada através de um procedimento especial, dificultado e solene, distinto do estabelecido para as leis ordinárias” (VELOSO, 2000. p. 23). Fica claro, que somente nas chamadas constituições que apresentam um processo mais solene e dificultoso de alteração é que pode existir o denominado Controle.

Em adição ao exposto, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 1), trazem, como primeira consequência da maior rigidez, o princípio da supremacia formal da Constituição, de maneira que as normas de criação do poder constituinte originário estão acima das demais manifestações de direito. Ou seja, cria-se uma hierarquia da Constituição perante as demais normas, fato inicial justificador da existência do Controle de Constitucionalidade. A Constituição Federal de 1988 é rígida, possuindo um procedimento específico para sua alteração.

Em contrapartida, “flexível é a Constituição que pode ser reformada a qualquer momento, pelo mesmo processo legislativo para a elaboração das leis ordinárias. Assim, altera-se a Constituição como se modifica qualquer outra lei” (VELOSO, 2000, p. 24). Alexandre de Moraes (2001, p. 37) traz ainda outro aspecto das Constituições flexíveis: o fato de comumente serem não-escritas, de maneira que a característica da rigidez está associada às Constituições escritas.

Desta definição decorre, nos dizeres de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 1), a falta de uma lógica para que exista a impugnação de inconstitucionalidade nas Constituições flexíveis. Ora, se o procedimento legislativo não apresenta diferenciações, não há sentido em se buscar uma compatibilidade vertical entre a legislação ordinária e aquela de cunho constitucional, pois não há qualquer hierarquia entre as mesmas no que tange ao ponto de vista formal. Em suma, para Paulo e Alexandrino (2008, p. 2):

Somente nos ordenamentos de Constituição escrita e rígida é possível a realização do controle de constitucionalidade das leis da forma como o conhecemos e estudamos. Unicamente nesses sistemas jurídicos podemos falar, propriamente, em normas infraconstitucionais que, como tais, devem respeitar a Constituição.

Significa dizer que para uma norma ter validade dentro desses sistemas há que ser produzida em concordância com os ditames da Constituição, que representa seu fundamento de validade. A Constituição situa-se no vértice do sistema jurídico do Estado, de modo que as normas de grau inferior só valerão se forem com ela compatíveis.

A doutrina registra ainda um terceiro tipo de classificação, qual seja a Constituição semi-rígida ou semiflexível. Trata-se daquela que apresenta dois blocos de normas, o primeiro que pode ser alterado pelo processo legislativo ordinário, ao passo que o último somente se altera por um processo especial e solene, com maiores dificuldades. Zeno Veloso (2000, p. 24), ao discorrer sobre esta modalidade semi-rígida, traz como exemplo a Constituição do Império do Brasil, de 1824, “que continha uma parte modificável pelo processo legislativo ordinário – como o das outras leis – e uma parte somente alterável pelo processo especial, mais solene e complexo”. Portanto, só existe controle na constituição rígida, que é aquela que apresenta um processo mais solene e difícil de alteração em relação às leis ordinárias.

Efetuada esta diferenciação entre os tipos existentes de Constituições no quesito estabilidade, se pode buscar um conceito doutrinário para o Controle de Constitucionalidade. No pensamento de Raul Machado Horta (2002, p. 132), o Controle é derivação direta do já mencionado princípio da supremacia da Constituição, vetor que remete à existência de uma pirâmide normativa na qual a

Constituição se apresenta como pedra angular, exatamente no vértice. Desta forma, todas as demais normas lhe devem compatibilidade no sentido vertical, a partir do reconhecimento de que existe uma hierarquia no ordenamento jurídico. Em síntese, a finalidade do Controle é tornar a Constituição a medida suprema de regularidade jurídica.

Para Zeno Veloso (2000, p. 28), o caso clássico de ausência de gradação entre a norma constitucional e a lei ordinária é a Inglaterra, onde vigora a supremacia do Parlamento ao invés da Constitucional. Perde, portanto, lugar a fiscalização da constitucionalidade. Observa-se ainda que a Constituição britânica apresenta características históricas, consuetudinárias, as quais não se compatibilizam com a rigidez do modelo brasileiro, por exemplo.

Alexandre de Moraes (2001, p. 569), define que “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”. Adicionalmente, Raul Machado Horta (2002, p. 133) assevera que as normas que não passam na análise de compatibilidade são inválidas, haja vista que “a Constituição torna-se, assim, a referência obrigatória da atividade legislativa ordinária”. Qualquer ruptura coloca em ação o mecanismo próprio para preservar a Constituição em detrimento da lei.

Já para o doutrinador colombiano Raymundo Gil Rendón (2011, p. 52), o Controle de Constitucionalidade

Es el medio de control que cuenta El estado, para la tutela de la Constitución, em el cual el órgano de defensa de la Constitución es un “Tribunal Constitucional” en Europa y algunos países de Latinoamérica (Colombia, Perú) o bien reside en el poder judicial, como ocurre en México, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Assim, para fins do presente texto, pode-se conceituar o Controle de Constitucionalidade como sendo o mecanismo constitucional de verificação da adequação entre a Constituição e todas as normas que abaixo dela se encontram, dentro de uma perspectiva de hierarquia na qual o texto constitucional encontra-se

no ápice da pirâmide normativa. Tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição, o Controle faz com que as normas incompatíveis sejam declaradas inconstitucionais a partir de um procedimento específico trazido pela própria Lei Maior.

A existência de um Controle de Constitucionalidade, portanto, torna o Poder Constituinte, tanto Originário como Derivado, mais sólido, uma vez que a Constituição Federal mantém a sua posição de instituto máximo da hierarquia normativa de um Estado. Pensando-se, ainda, na ótica de uma Constituição eminentemente rígida, pode-se inferir pela suma necessidade do Controle, por sua capacidade de retirar do ordenamento normas que apresentem qualquer divergência com a Lei Maior. Não se pode acatar a supremacia de uma Constituição Federal sem que dela decorram mecanismos íntegros de controle, capazes de garantir a aplicação das normas constitucionais do topo até a base da pirâmide normativa.

Fica, assim, patente que uma ordem constitucional que pretenda embasar de forma rigorosa a produção legislativa de um ordenamento jurídico deve ter em seu bojo um Controle de Constitucionalidade com contornos claros, principalmente quando se tem em mente que o Poder Legislativo é político, ou seja, está sujeito às pressões populares características de um Estado Democrático de Direito. Pensando-se por este lado, subsiste a tripartição dos Poderes quando a Constituição Federal é capaz de assegurar sua preservação e aplicabilidade integral a todo o ordenamento.

Efetuada esta conceituação, passa-se a tratar das modalidades de Controle de Constitucionalidade, a fim de que se possa situar o modelo brasileiro – foco deste trabalho - em suas concepções histórica e atual. A principal classificação doutrinária leva em consideração o momento da realização do Controle, de maneira que se considera a existência de um controle preventivo e outro repressivo.

3.1 Controle de Constitucionalidade Preventivo

Trata-se de um controle exercido ainda no processo legislativo, ou seja, visa impedir que um projeto de lei que é inconstitucional adentre o ordenamento, sendo feito pelos “pareceres” das Comissões de Constituição e Justiça, veto jurídico do Poder Executivo e pelo direito-função. Esse controle é feito durante o processo legislativo, ou seja, durante a elaboração da espécie normativa. Portanto, visa evitar que um projeto inconstitucional adentre no ordenamento jurídico.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes (2001, p. 571), é a espécie de controle que “pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico”. No direito constitucional pátrio, em regra esta modalidade é desempenhada pelos poderes Executivo e Legislativo, os quais impedem a sanção e a vigência de uma norma que desde sua origem é inconstitucional. Portanto, existem duas maneiras para se evitar o ingresso, no ordenamento jurídico, de normas inconstitucionais: as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 35), as comissões de constituição e justiça existem no âmbito do Poder Legislativo para que este verifique se o projeto de lei, que poderá virar lei, está dotado de algum vício a ensejar a inconstitucionalidade. Michel Temer (1998, p. 43) bem observa que o controle preventivo exercido pelo Poder Legislativo não ocorre sobre todos os projetos de atos normativos. Cabe frisar a sua ausência, por exemplo, nos projetos de medidas provisórias, resoluções dos Tribunais e decretos. Isto uma vez que são textos que não passam pelas comissões de constituição e justiça ou mesmo pela votação em plenário.

A segunda hipótese de controle de constitucionalidade preventivo é aquela realizada pelo chefe do Poder Executivo no processo legislativo, a qual se exterioriza pelo denominado veto jurídico. Para Alexandre de Moraes (2001, p. 575), “o Presidente da República poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional”. Ressalta, contudo, a permissão constitucional para o veto político, modalidade em que o Presidente da República

não sanciona um projeto de lei, não por sua inconstitucionalidade, mas por sua inadequação ao interesse público.

Por fim, elenca-se aqui o direito-função na condição de direito-dever do parlamentar de ver discutidas as cláusulas pétreas constantes do artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1.988, ou seja, aquelas que não podem ser abolidas nem mesmo por Emenda Constitucional. A finalidade deste direito-função é tentar impedir que uma norma inconstitucional entre no ordenamento jurídico e venha a causar futuros problemas.

Este modelo do direito-função se assemelha ao que é encontrado no Controle de Constitucionalidade Francês, a ser comentado adiante, em que um órgão denominado Conselho Constitucional realiza o controle preventivo de constitucionalidade. Antes da promulgação, os textos legais são enviados a este órgão para deliberação, sendo que a decisão prolatada vincula as autoridades administrativas e judiciárias (COELHO, 1999, p. 102). Em uma análise crítica, se pode inferir que este Conselho Constitucional Francês apresenta efetividade no controle preventivo de constitucionalidade, ao passo que no Brasil, a maior eficiência resta no direito-função e não no controle preventivo em si. Os pareceres podem ser derrubados pela vontade do plenário, enquanto que o veto jurídico conforme também é transposto por maioria absoluta do Congresso Nacional.

3.2 Controle de Constitucionalidade Repressivo

Em contrapartida ao controle de constitucionalidade preventivo, a teoria do direito constitucional apresenta o modelo repressivo, que ocorre no momento em que a lei já está em vigência, ou seja, já entrou no ordenamento.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 traz como regra esta modalidade, pela qual o próprio Poder Judiciário realiza o controle da lei ou do

ato normativo. Como pontuam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 21), “ocorre o controle de constitucionalidade repressivo (sucessivo, *a posteriori*) quando a fiscalização da validade incide sobre norma pronta e acabada, já inserida no ordenamento”.

Observa-se, portanto, que a lei existe, ou seja, uma das espécies normativas primárias do artigo 59 da Constituição Federal de 1988 (no caso brasileiro) teve um problema de elaboração, vício formal ou ainda vício material, ou seja, viola a Lei Maior. Sendo tal espécie normativa já existente, duas hipóteses se abrem: a norma já era existente antes da Constituição Federal e foi, a princípio, recepcionada pela mesma, para que posteriormente houvesse a suscitação da inconstitucionalidade total ou parcial (veja-se o exemplo do Código Penal Brasileiro – Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1.940); ou a norma entrou em vigência após a Constituição Federal, porém, por algum motivo, se encontra eivada de vícios de inconstitucionalidade que a tornam passível de retirada do ordenamento.

Alexandre de Moraes (2001, p. 575), informa existirem dois métodos de controle de constitucionalidade repressivo: o reservado ou concentrado (via de ação) e o difuso ou aberto (via de exceção ou defesa). A seguir, faz-se a breve abordagem de cada uma destas formas, destacando-se seus pontos mais importantes, bem como sua concepção histórica, pois a co-existência de ambas é importante para o tema escolhido da presente discussão jurídica: o arrastamento.

3.2.1 Controle de constitucionalidade repressivo difuso

O controle difuso, também conhecido como via de exceção ou defesa, tem sua origem nos Estados Unidos, especificamente no ano de 1803, a partir do famoso caso *Marbury versus Madison*, sentenciado pelo *Chief Justice John Marshall* (VELOSO, 2000, p. 37). Tendo em vista que a Constituição Federal dos Estados Unidos da América do Norte, datada de 1787, não traz nenhuma norma explícita que

confere ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das leis, *Marshall* sentenciou interpretando os princípios constitucionais, firmando seu entendimento na Suprema Corte americana. De acordo com Veloso (2000, p. 137), os pontos capitais de seu pensamento ainda restam atuais.

Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 19),

O *Chief Justice John Marshall* firmou o entendimento de que o Poder Judiciário poderia deixar de aplicar uma lei aos casos concretos a ele submetidos, por entendê-la inconstitucional. A partir de então, foi difundida para os mais diversos ordenamentos constitucionais a ideia de que os membros do Poder Judiciário, juízes e tribunais, só devem aplicar aos casos a eles submetidos as leis que considerem compatíveis com a Constituição.

Veloso (2000, p. 39), todavia, informa que, ainda que o modelo americano permita a fiscalização da Constituição a qualquer juiz ou tribunal, deve-se destacar o princípio da *stare decisis*, ou seja, o efeito vinculante das sentenças da Suprema Corte, uma vez que, sendo ela o órgão de cúpula do Poder Judiciário norte-americano, define as questões constitucionais.

Raul Machado Horta (2002, p. 142), reafirmando a idéia aqui defendida, enfatiza a importância do caso *Marbury versus Madison* para o desenvolvimento histórico do controle difuso de constitucionalidade, destacando que a análise dos juízes e tribunais, no caso concreto, deve ser ativa para que se possa melhor garantir a aplicação da Constituição, uma vez que, neste modelo, qualquer juiz ou tribunal no caso concreto pode declarar a norma inválida, em uma interferência junto ao Legislativo.

Em consonância com os doutrinadores citados anteriormente, o colombiano Raymundo Gil Rendón (2011, p. 77) informa que o Controle Difuso:

Se inspira en el sistema americano, el control constitucional lo aplican los Jueces, y tienen la potestad de revisar la adecuación de las normas a la Constitución, si existen leyes en conflicto aplica la que tiene preeminencia, en este caso la Constitución, pero en caso de que sean de igual jerarquía se siguen los siguientes principios: "Lex Posterior Derogat Legi Priori, Lex Specialis Derogat Legi Generali.

O destaque para esta modalidade de controle fica por conta de qualquer juiz, mesmo o de primeira instância, poder exercê-lo. Para Veloso (2000, p. 41), isto se deve também ao fato de que, no controle difuso, a alegação de inconstitucionalidade não é questão principal, mas sim prejudicial. “O juízo de inconstitucionalidade é suscitado incidentalmente, por ser relevante e necessário para saber se a lei vai ser aplicada, ou não, no caso concreto”.

Conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 20),

O controle incidental pode ser exercido perante qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário, em qualquer processo judicial, seja qual for a sua natureza (penal, civil, etc.), sempre que alguém, na busca do reconhecimento de determinado direito concreto, suscitar um incidente de inconstitucionalidade, isto é, alegar, no curso do caso concreto, que determinada lei, concernente à matéria, é inconstitucional. Essa modalidade de controle tem fundamento na premissa de que todos os casos concretos devem ser decididos de acordo com a Constituição.

Portanto, o controle difuso é aquele em que todo juiz ou tribunal, inclusive os juízes de primeira instância, pode apreciar a constitucionalidade determinada norma no caso concreto. Cabe ressaltar que tal discussão surge pela via prejudicial, ou seja, não é a questão principal dentro do processo. No que tange aos efeitos desta forma de controle, Alexandre de Moraes (2001, p. 577) aduz que “este controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeitos *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional”.

A principal crítica a este tipo de controle se sedimenta na questão da segurança jurídica, tendo em vista que a ausência de efeitos *erga omnes* possibilita diferentes análises e, conseqüentemente, decisões diversas acerca de um mesmo conflito. Prejudica-se, assim, as jurisprudências dos tribunais, com o aumento de processos na Corte Constitucional.

3.2.2 Controle de constitucionalidade repressivo concentrado

Em contraponto ao modelo de controle difuso, o controle concentrado, também denominado abstrato, reservado ou por via de ação num tribunal, corte ou ainda sala constitucional. É concentrado porque ocorre apenas no Supremo Tribunal federal, que é também no Brasil a Corte Constitucional.

Nesta espécie de controle, não se está julgando uma relação jurídica específica ou situação particularizada, mas sim a validade de uma norma em abstrato. Assim, seu objeto de discussão é o ordenamento em si mesmo, fora do caso concreto (VELOSO, 2000, p. 61). Para Alexandre de Moraes (2001, p. 595), o criador do modelo abstrato foi o jurista Hans Kelsen, o qual justificou a escolha de um único órgão para efetuar o controle. Para Kelsen (2000, p. 37):

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico.

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

Já o colombiano Raymundo Gil Rendón (2011, p. 76) define o Controle Concentrado como aquele que:

Supone la creación de un Tribunal Constitucional que va a controlar todas las normas jurídicas se apeguen a la Constitución. La invalidez de la Ley, no puede ser determinada por cualquier Juez sino únicamente por el Tribunal Constitucional.

A Constituição Austríaca de 1920 foi redigida sob a inspiração de Hans Kelsen, sendo, portanto, a primeira a trazer em seu bojo o controle concentrado de constitucionalidade. No caso, como forma de garantia da supremacia da Constituição, previa a criação do *Tribunal Constitucional* com exclusividade para exercer o controle judicial de constitucionalidade, em oposição ao já tratado modelo norte-americano. Ao mesmo tempo, a Constituição alemã de Weimar (1921) trouxe o Tribunal do Estado, com atribuições para revisão jurisdicional de leis federais (MORAES, 2001, p. 595).

Ao desenvolver um raciocínio sobre o pensamento kelseniano, Raymundo Gil Rendón (2011, p. 76):

Igualmente Kelsen inventó el Sistema Austriaco de Control Constitucional Concentrado, partiendo de la premisa lógico – jurídica: así como existen jueces para resolver controversias de orden civil, deben existir jueces constitucionales para dirimir controversias de ésta índole, proponiendo un Tribunal “ad hoc” que denominó: “Tribunal Constitucional”(Constitución Austríaca del primero de octubre de 1920) y, em España en la Constitución de 1931 se denominó “Tribunal de Garantías Constitucionales”.

Em continuidade a tal raciocínio, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 20), afirmam que, pela via principal ou abstrata, o pedido do autor da ação é a própria questão de constitucionalidade do ato normativo. Por meio de uma ação especial, o autor desta solicita a discussão sobre a constitucionalidade de determinado ato, a fim de preservar a harmonia do ordenamento jurídico. A tutela jurisdicional se dá justamente no sentido de se declarar a compatibilidade ou não da norma, não havendo interesses subjetivos específicos.

No caso brasileiro, ao passo que o controle difuso tenha existência desde o período imperial, o controle concentrado foi introduzido por meio da Emenda Constitucional 16, de 6 de dezembro de 1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal “competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apesar da existência da representação interventiva desde a Constituição de 1934”

(MORAES, 2001, p. 596). Portanto, observa-se que a Constituição brasileira agrupa de forma satisfatória os modelos difuso e concentrado, determinando a complementação de ambos os tipos, sendo que no controle por ações, a Ação Direita de Inconstitucionalidade ganhou a companhia da Ação Declaratória de Constitucionalidade, a partir da Emenda Constitucional número 3, de 1993 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com a Lei 9.882/99.

3.3 Inconstitucionalidade Formal e Material

Feitas as devidas anotações quanto aos controles preventivo e repressivo, cabe estudar as diferenças no que tange ao objeto do Controle de Constitucionalidade, ou seja, uma das espécies normativas primárias trazidas pela própria Constituição Federal. Como visto, a inconstitucionalidade é uma situação decorrente de um ou vários vícios que tornem a norma jurídica contrária à Constituição.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 30):

Controle da Constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente a lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que a editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.

Neste diapasão, a inconstitucionalidade formal é verificada sob dois aspectos: objetivo e subjetivo. O primeiro diz respeito ao procedimento de elaboração da lei ordinária e também à sua posição dentro da pirâmide normativa. Assim, se a Constituição exige regulação de determinada matéria através de lei complementar, porém é colocada em vigência uma lei ordinária, esta se encontrará

eivada de vício formal objetivo de inconstitucionalidade. Nas palavras de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2008, p. 68), trata-se da denominada inconstitucionalidade nomodinâmica, pois o vício está na produção da norma, no processo de elaboração, que vai desde a iniciativa até a sua inserção no ordenamento jurídico.

Quanto vício formal subjetivo, verifica-se a inconstitucionalidade de uma espécie normativa quando ocorre alguma irregularidade de competência do órgão que a criou ou de quem teve a iniciativa para a sua proposição. Trata-se, portanto, de um problema relacionado ao organismo que cria a norma.

A inconstitucionalidade material refere-se ao conteúdo da norma. O procedimento como um todo não apresenta qualquer vício, porém a matéria de que trata o texto vai de encontro ao texto constitucionalidade. Esta incompatibilidade pode ser total ou parcial.

4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE

Efetuada os delineamentos acerca das espécies de controle, passa-se a uma abordagem das perspectivas históricas, a fim de que se possa buscar explicações lógicas para o atual modelo adotado pela Constituição Federal de 1988. Conforme já dito anteriormente e ainda pontuado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p 34), o conceito da presença de um controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, sob uma Constituição que não o prevê expressamente. Porém, no caso *Marbury versus Madison*, uma célebre decisão trouxe a dedução pela existência de um controle, bem como que o mesmo cabe ao Poder Judiciário, dentro de uma idéia de tripartição dos poderes. No Brasil, quando a Constituição de 1988 trouxe essa modalidade de Controle Concentrado, só existia a Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois a Emenda n. 3, de 1.993 trouxe a Ação Declaratória de

Constitucionalidade, ao passo que as Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1.999, trouxeram a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

4.1 Perspectivas do Direito Comparado

Para o professor Paulo Dourado de Gusmão (1974, p. 31), o direito comparado é a parte da ciência jurídica que tem por objeto a comparação de direitos de diferentes países, sociedades, civilizações ou de épocas diversas com o objetivo de descobrir seus princípios comuns e suas diferenças e, excepcionalmente quando possível, propor uniformizações jurídicas ou unificações de legislações. Dentro desta ótica, aqui se pretende enumerar e detalhar alguns modelos clássicos de Controle de Constitucionalidade, de maneira a encerrar o presente estudo com a abordagem do modelo brasileiro, o qual traz em seu bojo aspectos diversos provenientes de vários ordenamentos.

Inicialmente, convém abordar os modelos americano e austríaco. Estes já foram oportunamente abordados quando do estudo do Controle de Constitucionalidade Repressivo, em que se adotou o modelo americano como ponto de partida para o tipo difuso e o modelo austríaco (kelseniano) como base para a espécie concentrada. Não cabe, portanto, reprisá-los no presente tópico.

Dos países ocidentais, a França, por razões históricas, foi o país que teve maior dificuldade em inserir um controle de constitucionalidade em seu ordenamento. Quando o aceitou, trouxe tamanhas peculiaridades que o fazem diferenciado dos modelos americano e austríaco. O modelo francês também merece ser destacado, principalmente pelo papel que assume o Conselho Constitucional, órgão especial formado no Parlamento e com papel constitucional preventivo (COELHO, 1999, p. 102). Sua peculiaridade está justamente na ênfase em controle de constitucionalidade preventivo, uma vez que, ao passo que outros ordenamentos enfatizam a criação de mecanismos repressivos, a França procura controlar a própria entrada em vigência de uma norma inconstitucional. Posteriormente à

vigência da norma, entende-se a mesma já ter passado pelo crivo do Conselho. Este é o guardião da Constituição, sendo o Poder Judiciário um mero aplicador da lei pura.

Na Alemanha, em contrapartida, o ordenamento jurídico traz o controle abstrato e também o difuso. Este último apresenta uma peculiaridade: somente o Tribunal Constitucional Federal pode declarar uma norma inconstitucional pela via difusa. Sempre que um magistrado se depara com o incidente de inconstitucionalidade, deve suspender o processo e enviá-lo ao Tribunal para apreciação. Tendo uma decisão acerca da constitucionalidade, resolve-se o incidente e se retoma o regular andamento do processo.

Já na via abstrata, o controle se dá nos moldes do modelo austríaco. Os legitimados são o Governo Federal, um dos governos estaduais ou um terço dos membros do parlamento federal. Para que seja instaurado o processo, necessário se faz que exista controvérsia sobre a compatibilidade de lei federal ou estadual com a Lei Maior. O órgão de controle é também o Tribunal Constitucional Federal, o qual não está adstrito à causa de pedir da ação, podendo também analisar aspectos complementares do questionamento.

No modelo português, quatro são as espécies de controle de constitucionalidade: fiscalização preventiva da constitucionalidade, fiscalização concreta da constitucionalidade, fiscalização abstrata da constitucionalidade e inconstitucionalidade por omissão. A preventiva se encontra no artigo 278 da Constituição Federal Portuguesa, de forma que, à semelhança do modelo francês, o ato normativo é enviado ao Tribunal Constitucional para avaliação de constitucionalidade antes da promulgação. O mestre português J. J. Canotilho (2007, p. 57), esclarece que: “O Tribunal Constitucional pode sempre vir a considerar, em controle sucessivo, de novo inconstitucionais, as normas já objeto de idêntica decisão em controle prévio”.

A fiscalização abstrata, por sua vez, ocorre em um Tribunal Constitucional, à semelhança do modelo austríaco. Sua disposição se encontra no artigo 281, 1, da Constituição Federal Portuguesa, o qual determina a força obrigatória e geral das decisões veiculadas pelo Tribunal. Em terceiro lugar, o controle de constitucionalidade concreto ou difuso se encontra expresso no artigo

204 da Constituição, pelo qual se aduz que qualquer magistrado pode apreciar questão constitucional, porém somente o Tribunal pode conceder decisão definitiva. Ricardo Fiúza assevera sobre o assunto:

Em resumo, cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões de 1º grau e de 2º grau que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em sua inconstitucionalidade; que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; ou que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional.

Por fim, a inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 283 da Constituição Federal Portuguesa, se refere às medidas legislativas necessárias para tornar exigíveis as normas constitucionais. Em relação a esta espécie, Canotilho e Moreira informam que:

O princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às acções do Estado; abrange também as omissões ou inacções do Estado. A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo de actividade do Estado): é também um conjunto de normas positivas, que exigem do Estado e dos seus órgãos uma actividade, uma acção (limite positivo da actividade do Estado). O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas ou outras) ou pela sua insuficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infracção da Constituição – inconstitucionalidade por omissão.

Traçadas estas perspectivas de Direito Comparado, pode-se observar que o modelo brasileiro traz aspectos pontuais dos diversos ordenamentos abordados, aproximando-se mais do austríaco (europeu), mas sem deixar de lado algumas características marcantes do modelo americano, conforme será visto no tópico seguinte.

4.2 Controle de Constitucionalidade nas Constituições Brasileiras

Nesta lógica, é cabível proceder a uma abordagem histórica, na qual se retrata a evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. A princípio, faz-se interessante observar que a evolução brasileira acompanha a do Direito Comparado, principalmente no que tange às idéias dos controles difuso e concentrado. Para tanto, passa-se a uma análise de cada uma das Constituições que já estiveram em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Imperial de 25 de março 1824, para Zeno Veloso (2000, p. 29), não trouxe a regulamentação do controle jurisdicional de constitucionalidade. Isto porque seu artigo 15 traz a prerrogativa ao Poder Legislativo para fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las. Conforme Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 120), em consonância com Zeno Veloso, fica evidente a influência das idéias francesas (o jacobinismo parlamentar) e inglesas – em detrimento das americanas sobre a supremacia do Parlamento, fator este impeditivo para a outorga de maiores poderes ao órgão legislativo. O autor observa ainda (2001, p. 121) a influência do Poder Moderador, na condição de exclusivo do Imperador e superior aos demais, como forma de reduzir a amplitude dos demais Poderes.

Raul Machado Horta (2002, p. 54) complementa os pensamentos anteriores afirmando que:

Como singularidade da nossa mais duradoura Constituição – sessenta e cinco anos de vigência – deve ser acrescentado que o regime parlamentar, não previsto em seu texto original, implantou-se na via da convenção e das regras parlamentares e foi largamente aplicado durante o Primeiro e Segundo Reinados.

A Constituição Republicana de 1891, como o nome ressalta, inaugura o regime republicano no Brasil, “rompendo com a forma monárquica de Governo, a forma unitária de Estado e o sistema parlamentar de Governo, para instaurar a República, o Federalismo e o Presidencialismo” (HORTA, 2002, p. 54). Traz, portanto, forte relação com os preceitos constitucionais norte-americanos. Sua principal característica é conter em seu bojo o controle de constitucionalidade das leis (artigos 59 e 60), na modalidade difusa.

Para Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 121), o responsável por esta nova condição foi Ruy Barbosa, doutrinador bastante adepto aos ideais jurídicos norte-americanos. Cabe ressaltar, segundo Zeno Veloso (2000, p. 30), que a Carta Brasileira delegou ao Supremo Tribunal Federal as funções de controle, ao passo que, nos Estados Unidos, estas cabiam à Suprema Corte (sendo esta inclusive a criadora do controle). A Constituição de 1891 passou por uma Reforma em 1926.

Já em 1934, ainda que houvesse a manutenção do sistema incidental ou difuso, importantes foram as inovações. A doutrina exploradora do tema (PALU, 2001; VELOSO, 2000) cita com veemência o artigo 179 da nova Constituição, dispositivo que estabelece a necessidade de maioria absoluta dos membros dos tribunais para decisão sobre a inconstitucionalidade de leis ou atos do Poder Público.

Zeno Veloso (2000, p. 32), indo além, assevera que os historiadores constitucionais assinalam a importância da Constituição de 1934 como um marco na progressão do Brasil rumo ao controle direto de constitucionalidade. Para o doutrinador, a inovação mais importante é a via de ação pela representação interventiva (artigo 12), além de resguardar o princípio da separação dos Poderes. Nos demais quesitos, cabe destacar o alargamento do campo de matéria constitucional, com a introdução da ordem econômica e social, da família, educação e cultura, reproduzindo-se no Brasil a influência da era dos direitos econômicos e sociais (HORTA, 2002, p. 55).

A Constituição de 1937, outorgada e conhecida como “polaca”, foi o Estatuto do Estado Novo. Para Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 129), as mudanças trazidas possuíam eficiência débil, além de instituírem a concentração de poderes nas mãos do Presidente da República. No que tange ao controle de constitucionalidade, o artigo 96 trouxe a necessidade de maioria absoluta dos votos da totalidade dos Juízes. Porém, a ressalva de seu parágrafo único fazia com que a inconstitucionalidade emanada do Judiciário pudesse ser afastada por decisão do Parlamento, a partir da iniciativa do Presidente da República. Em síntese, o controle passou às mãos do Chefe do Executivo, dentro de uma concepção autoritária e ditatorial (HORTA, 2002, p. 57).

A Constituição de 1946, dentro do ambiente de redemocratização do Brasil, trouxe de volta a condição do Senado Federal como órgão do Poder Legislativo, acabando com a noção de quarto poder que lhe fora atribuída em 1937. Para Zeno Veloso (2000, p. 33) e Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 132), o artigo 8º da referida Constituição, ao regulamentar a representação interventiva, acaba por formar o embrião para o controle concentrado de constitucionalidade, de modo que, “para efeito de intervenção federal, tratava-se de uma ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual que contrariasse os princípios constitucionais sensíveis” (VELOSO, 2000, p. 33).

Em 1965, foi composta uma Comissão para elaborar reforma na Constituição de 1946, mais especificamente na questão de criação de institutos novos para o controle da constitucionalidade. Desta Comissão, surgiu a Emenda Constitucional 16, publicada no dia 26 de novembro de 1965, a qual alargou a competência originária do Supremo Tribunal Federal e introduziu, segundo Zeno Veloso (2000, p. 34), o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. Portanto, controle exercido não apenas incidentalmente, mas originariamente, como forma de fiscalização abstrata dentro de um escopo para averiguar vícios e, assim, defender a ordem constitucional.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1967, tal como a Emenda Constitucional 1, de 1969, mantiveram os contornos trazidos pela Emenda anteriormente abordada, ou seja, a existência concomitante dos controles difuso e abstrato para a constitucionalidade. Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 132), apenas reforça a Emenda 7/77 pelo fato desta ter trazido a possibilidade de cautelar nos processos objetivos. Há de se notar, contudo, que o Brasil vivia um período de ditadura militar, fato que trouxe grande concentração de poderes nas mãos do Poder Executivo. Assim, mesmo na existência dos controles difuso e concentrado, somente em 1988, momento em que o Brasil voltou a viver em um Estado Democrático de Direito, ocorre o retorno da eficiência do controle, tendo em vista o modelo de tripartição de Poderes trazido pela nova Lei Maior.

4.2.1 O controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 manteve o sistema híbrido ou misto de controle consagrado desde a Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965. Desta maneira, combina de forma harmônica os controles difuso e concentrado, muito embora o Poder Constituinte Originário tenha trazido apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade. As demais formas de controle concentrado vieram com a Emenda 3 de 1993 e com as Leis 9868 e 9882, ambas com vigência a partir de 1999, com o intuito de alcançar todas as espécies normativas e não normativas, além de pacificar a jurisprudência, como nos casos da controvérsia constitucional decorrente de descumprimento de preceito fundamental no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e da relevante controvérsia jurisprudencial no caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Segundo Zeno Veloso (2000, p. 34):

A Constituição de 1988 trouxe, não obstante, importantes avanços, com vistas ao aperfeiçoamento e à democratização da fiscalização constitucional. Apenas para exemplificar, citemos: ampliou o número dos legitimados ativos para ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), extinguindo o monopólio do Procurador-Geral da República; introduziu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), o mandado de injunção (art. 102, I, q) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); previu a instituição, nos Estados-membros, de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125). A Emenda Constitucional 3, de 1993, dando nova redação ao art. 102, I, a, introduziu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Indo além, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 38), afirma que:

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro alteraram significativamente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso.

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

Ademais, a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental veio ocupar um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal).

O constituinte de 1988 emprestou, ainda, significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão, com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta da inconstitucionalidade da omissão.

Portanto, é possível notar que o constituinte buscou aprimorar um modelo já existente no Brasil desde 1965, dando-lhe contornos mais democráticos e aprimorando a fiscalização por meio de maior integração entre os três Poderes. As Leis 9.868 e 9.882, de 1999, trouxeram importantes melhorias no sistema de controle concentrado de constitucionalidade ao efetuarem a regulamentação das ações possíveis neste tipo de fiscalização. Como enfatizado, houve um detrimento do controle difuso, o qual ficou com papel constitucional reduzido diante da relevância garantida ao modelo de controle concentrado.

Como já mencionado no respectivo tópico, outra questão relevante na Constituição de 1988 se assenta na questão do controle preventivo de constitucionalidade, este efetuado pelas Comissões de Constituição e Justiça (no âmbito do Poder Legislativo), por meio do veto jurídico (no caso do Presidente da República) e através do direito-função dos Parlamentares.

Interessante observar, por fim, a evolução do Supremo Tribunal Federal, mormente após 1999, no sentido de incorporar teorias constitucionais do Direito Comparado ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio de julgados que trazem argumentos internacionais recentes, tais como a questão da inconstitucionalidade progressiva, interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Neste sentido, é relevante notar que a Ação Declaratória de Constitucionalidade trouxe ao ordenamento constitucional brasileiro o efeito

vinculante, o qual foi posteriormente estendido para as demais ações constitucionais.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por sua vez, introduziu a questão da transposição do Controle de Constitucionalidade Difuso para o Concentrado, com o chamado controle incidental. No entanto, a referida ação ampliou o campo material com a possibilidade de controlar a constitucionalidade de lei municipal e também checar se as normas anteriores à Constituição foram ou não recepcionadas. Por fim, cabe elencar a inconstitucionalidade por arrastamento, que passa agora a ser enfatizada e pela qual se busca a extensão da inconstitucionalidade que é trazida a uma espécie normativa para demais dispositivos a ela relacionados.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO: CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Quanto à modalidade de Controle Concentrado de Constitucionalidade aqui estudada, foi visto se tratar de uma espécie em que não se estuda a aplicação da norma no caso concreto, mas sim a sua validade em abstrato, ou seja, a observação resta na constitucionalidade da norma fora da sua aplicação cotidiana, como o faz o Controle Difuso de Constitucionalidade.

Ocorre que as espécies normativas primárias constantes do artigo 59 da Constituição Federal Brasileira não existem sozinhas e desintegradas umas das outras, uma vez que o ordenamento jurídico é um emaranhado de normas alocada em uma hierarquia, conforme o ensinamento de Kelsen (2000, p. 35). Existe, portanto, uma relação de interdependência entre estas espécies:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua

unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a validade desta interconexão criadora.

Nesta ótica, surge um problema histórico no Controle Concentrado de Constitucionalidade, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade sempre teve como objeto a causa de pedir da Ação Direta de Inconstitucionalidade, exclusivamente. Exemplificando, se um dos legitimados constantes no Artigo 103 da Constituição Federal de 1988 promovesse uma Ação, certamente iria atacar uma espécie normativa primária, fosse ela uma lei ordinária, lei complementar ou mesmo um decreto legislativo. Porém, esta visão clássica é bastante estrita, posto não visualizar a hierarquia normativa e o posicionamento daquela norma atacada dentro de tal estrutura piramidal.

Nos dizeres de Bruno Taufner Zanotti (2011, p. 118), o princípio da congruência ou correlação advém do artigo 3º, inciso II, da Lei 9.868/99, estando implícito neste dispositivo legal, assim:

Em que pese a causa de pedir ser aberta, não se pode concluir pela não vigência, nos processos objetivos, do princípio da congruência ou correlação entre pedido e julgamento. A amplitude acima colocada é no fundamento (causa de pedir) e não no pedido. Apesar da abertura na causa de pedir, não se admite pedido genérico.

O pedido da inconstitucionalidade deve ser determinado e, salvo na hipótese de *inconstitucionalidade por arrastamento* (grifo nosso), o STF não pode declarar a inconstitucionalidade de outros artigos da lei que não foram objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Por exemplo, se o pedido de inconstitucionalidade de uma lei se restringiu ao seu aspecto formal, não pode o STF analisar a inconstitucionalidade material da lei.

Nas palavras do doutrinador colombiano Raymundo Gil Rendón 2011, p. 135), aclarada fica a visão de que as decisões clássicas em matéria constitucional se pautam pelo princípio da congruência:

Una vez declarada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que una norma es contraria a la Ley Suprema, no puede voltar a tener vigencia, ni

aplicarse a nadie. Esto significa que las sentencias dictadas em las acciones de inconstitucionalidad tienen efectos generales, siempre que la resolución se adopte mediante el voto de ocho o más ministros.

A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento surge justamente para solucionar o problema derivado desta visão clássica advinda de uma interpretação equivocada e restritiva da Lei 9.868/99, uma vez que permite ao Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição Federal e executor do Controle Concentrado de Constitucionalidade, estender os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, ainda que tal extensão não conste no pedido. E o mais importante, sem que esta decisão seja considerada *ultra petita*.

Segundo Vicente Paulo e Marco Alexandrino (2010, p. 855), “trata-se de uma exceção à regra segundo a qual o STF somente aprecia a validade dos dispositivos legais indicados no pedido formulado pelo autor da ação”.

A inconstitucionalidade por arrastamento ocorre, portanto, quando determinadas normas legais possuem entre si uma relação de dependência jurídica, da qual decorre uma unidade estrutural rígida, de forma que não é possível ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma ou algumas destas disposições, de forma a manter as demais no ordenamento jurídico. Isto porque estas remanescentes perderiam sua razão de existência, haja vista a relação de conexão ou interdependência existente com aquelas já declaradas inconstitucionais.

Conforme sintetizam Vicente Paulo e Marco Alexandrino (2010, p. 856):

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal admite a declaração de inconstitucionalidade “por arrastamento” ou “por atração” de outras disposições que o autor não tenha expressamente requerido na inicial, em razão da conexão ou interdependência com os dispositivos legais especificamente impugnados. É que nesses casos, reconhece o Tribunal, não há necessidade de impugnação específica pelo autor, dispositivo por dispositivo, uma vez que o eventual reconhecimento do vício relativamente a certos dispositivos conduzirá, por arrastamento, à impossibilidade de aproveitamento dos demais (ADI 2.653/MT, rel. Min. Carlos Velloso; ADI 397/SP, rel. Min. Eros Grau; ADI (MC) 2.608-DF, rel. Min. Celso de Mello).

Conforme a interpretação de Bruno Taufner Zanotti (2011, p. 196), o arrastamento é pautado pela existência de conteúdos idênticos ou quando há uma “correlação ou conexão entre o dispositivo impugnado no controle de constitucionalidade e outros, razão que justifica o Tribunal ampliar também a este a declaração de inconstitucionalidade”.

Para Diogo de Assis Russo (2008, p. 1), não é nem mesmo preciso que o arrastamento seja realizado no mesmo processo de declaração de inconstitucionalidade de uma norma. A aplicação pode ser realizada em futuro processo que guarde relação de dependência com aquele primitivo onde a questão inconstitucional foi inicialmente levantada:

A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, também conhecida como *inconstitucionalidade por atração* ou *inconstitucionalidade conseqüente de preceitos não impugnados*, deriva de uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Portanto, não se encontra positivada em qualquer norma constitucional ou legal de nosso sistema jurídico.

Por esta teoria, o Supremo Tribunal Federal poderá declarar como inconstitucional, em futuro processo, norma dependente de outra já julgada inconstitucional em processo do controle concentrado de constitucionalidade.

Com o mesmo raciocínio, Orlando Luiz Zanon Junior (2006, p. 1), ao dissertar sobre a inconstitucionalidade por arrastamento, pontua que:

Segundo tal método, é possível que a declaração de inconstitucionalidade abranja preceitos não expressamente questionados pelo autor, mas tão-somente quando tais dispositivos lhe forem subordinados, por estrita relação de dependência. Assim, quando o conteúdo de determinado artigo normativo restar esvaziado com a declaração de inconstitucionalidade de outro, tal prescrição também deverá ser abrangida pela decisão judicial. Por isto se diz que o preceito secundário é declarado inconstitucional pela via seqüencial, arrastado pelo reconhecimento da assimetria das disposições questionadas na inicial.

Exemplificativamente, suponha-se a existência de uma lei, de origem parlamentar, cujo artigo primeiro institua o cargo de assessor do Prefeito e o segundo disponha que a remuneração da função indicada no preceito anterior será de mil reais. Acaso o Ministério Público impugne apenas o artigo primeiro de tal diploma pela via concentrada, em face de flagrante vício de iniciativa, sem sequer mencionar o segundo, mesmo assim ambos

poderão ser reconhecidos inconstitucionais, o primeiro diretamente e o outro por atração, na medida em que é simplesmente insubsistente o preceito que estabelece o vencimento de um cargo público inexistente.

Em adição, Sérgio Souza Botelho (2007, p. 1) diz se tratar a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento de uma derivação dos princípios da inércia e da congruência:

Regra geral, no entanto, embora não se vincule aos fundamentos do pedido da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal está vinculado ao pedido nesta veiculada, que corresponde à declaração de inconstitucionalidade total ou parcial de lei ou ato normativo.

Tal regra relaciona-se ao princípio da inércia, que impede o Supremo de declarar a inconstitucionalidade *ex officio*, devendo ser provocado para tal e, igualmente, ao princípio da congruência.

O mesmo doutrinador faz ainda uma importante divisão na teoria do arrastamento, postulando que “a doutrina divide a inconstitucionalidade por arrastamento em vertical, quando há dependência hierárquica entre as normas, e horizontal, quando as normas situam-se no mesmo patamar”.

Portanto, observa-se que a doutrina brasileira ainda não desenvolveu o assunto de forma ampla, até mesmo pela sua recente introdução nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a inexistência de positivação da teoria no bojo constitucional brasileiro ainda limita a sua aplicabilidade. Neste sentido, é interessante o ensinamento do ilustre jurista português Joaquim José Gomes Canotilho (2007, p. 161) acerca da modulação do princípio da congruência para fundamentar a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento:

Este princípio, intimamente ligado ao princípio dispositivo, sofre algumas e importantes correções em direito processual constitucional. Em todo o seu rigor, ele postularia a inadmissibilidade de apreciação jurisdicional relativamente a questões não debatidas e conseqüente exclusão de declaração de inconstitucionalidade de normas que não tivessem sido impugnadas no processo. Se isto é assim em processos de fiscalização concreta (e mesmo aqui há problemas), já o mesmo não acontece nos processos de fiscalização abstracta onde podem existir inconstitucionalidades consequenciais ou por arrastamento, justificadas pela conexão ou interdependência de certos preceitos com os preceitos especificamente impugnados.

Nesta esteira da inovação conceitual, o Procurador Regional da República paranaense Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 197) já trazia em 2005 sinais de que estava para surgir uma nova interpretação das declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle judicial abstrato. Para ele, as inovações trazidas pela doutrina constitucional no século XXI, tais como a interpretação conforme a constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a inconstitucionalidade por omissão, trazem o desejo por uma permissão de “extensão da vinculação, objetivamente, a outros atos normativos de conteúdo semelhante”. No mesmo sentido, “seria ainda, discutível a extensão subjetiva também ao Legislativo, pretendendo-se uma vinculação não apenas ao dispositivo, mas a todos os fundamentos da decisão no controle concentrado”.

Olhando-se para o Direito da América Latina, é interessante observar o caso colombiano, onde já se reconhece inclusive constitucionalmente a possibilidade do processo de arrastamento, conforme a letra de Raymundo Gil Rendón (2011, p. 146):

El artículo 69 de la LR 105, prevé que el presidente de la Suprema Corte podrá decretar la **acumulación** de dos o más acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto la misma ley; entendiéndose que se trata de supuestos em que se impugna el mismo precepto legal o, in su caso, inciso del mismo.

A jurisprudência brasileira vem se firmando no assunto por força do pensamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, cuja escola de pensamento deriva da Doutrina Alemã, local caracterizado pela dedicação ao estudo do Controle Concentrado de Constitucionalidade e pelas recentes interpretações sobre o tema, as quais foram exportadas para todo o mundo e hoje repercutem na jurisprudência brasileira a partir de meados dos anos 2000.

Gilmar Ferreira Mendes (1996) apud Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 201), já na Década de 1990 trazia os primeiros contornos do novo pensamento, informando que:

É possível identificar diversas variantes da declaração de nulidade, conforme incida sobre a norma, parte da norma ou sobre determinado campo de aplicação da norma, com o que se teria:

- a) Para o comprometimento completo da norma, a declaração de nulidade como unidade técnica (que resulta, normalmente, de algum defeito quanto à competência do legislador ou de outra falta de índole formal) e a declaração de nulidade total (em virtude da relação de dependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais da lei) – caso este em que poderá ocorrer inclusive uma extensão da declaração de nulidade, permitindo que se declare a nulidade de outras normas que não aquelas diretamente impugnadas se se entender que elas são, pelos mesmos fundamentos, incompatíveis com a Constituição, ampliando-se, assim, a destituição do legislador.

Em síntese, visualiza-se que a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento é uma importante inovação do arcabouço de ferramentas relacionadas ao Controle Concentrado de Constitucionalidade. Ao considerar elementos como dependência, conexão e correlação, acaba por aumentar a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, impedindo também eventuais discrepâncias surgidas da não revogação de espécies normativas derivadas de uma norma declarada inconstitucional em sede do controle abstrato.

Apesar da pequena produção doutrinária existente até o momento, o Supremo Tribunal Federal vem intensificando a utilização da ferramenta, fator bastante positivo para a consolidação do pensamento no Direito Constitucional Brasileiro, como se verá ao final do presente trabalho. Ademais, incorporam-se ao ordenamento brasileiro experiências positivas do Direito Comparado, a fim de que surtam efeitos satisfatórios e promovam inovações saudáveis na forma como a jurisprudência se direciona ao Controle Abstrato de Constitucionalidade.

6 AS INOVAÇÕES DA TEORIA DO ARRASTAMENTO

Como fora dito anteriormente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro vem trazendo, principalmente após a década de 1.990, uma série de inovações advindas do Direito Comparado e que acabam por se sedimentar nas decisões de

matéria constitucional (veja-se o exemplo da interpretação conforme a Constituição e da Declaração de Inconstitucionalidade sem redução de texto). Novidades costumam ser bem recebidas quando agregam valor e é justamente desta forma que a doutrina e a jurisprudência brasileiras as estão considerando.

A inconstitucionalidade por arrastamento é uma dessas inovações, tal como já demonstrado no capítulo anterior. A permissão para que o objeto da declaração de inconstitucionalidade seja estendido a demais normas que também não devem permanecer no ordenamento é uma medida de economia processual que permite a manutenção da lógica no ordenamento jurídico, tendo em vista que não faz sentido a declaração de inconstitucionalidade de uma espécie normativa primária em conjunto com a permanência em vigência de um mero decreto regulamentar sem qualquer efetividade concreta a partir daquele momento.

A introspecção da análise para a teoria do arrastamento em si traz inovações justamente na análise dos elementos doutrinários enumerados anteriormente: dependência, conexão e correlação - uma vez que o novo pensamento vislumbra normas que dependem umas das outras, sendo que a retirada do ordenamento de uma delas torna as demais ausentes de efeitos concretos, dada a sua conexão. Neste compasso, a correlação entra em cena a fim de informar e enfatizar a interdependência normativa, posto ser o ordenamento jurídico um emaranhado normativo e hierárquico disposto em estrutura piramidal.

Pensando-se na questão por outra ótica, vislumbra-se um aparente conflito de normas entre os elementos anteriormente elencados (dependência, conexão e correlação) e alguns princípios basilares do direito brasileiro, entre os quais o da congruência e o da segurança jurídica. Assim, resta um questionamento sobre a viabilidade da inconstitucionalidade por arrastamento, que preza pelo princípio da efetividade das decisões, frente aos já retratados princípios: congruência e segurança jurídica. Faz-se esta alegação tendo em vista que a decisão que menciona o arrastamento, no mais das vezes, acaba por ser *extra petita* ou *ultra petita*, isto é, não se atém à causa de pedir inicialmente elaborada e apresentada.

Para resolver este questionamento doutrinário, toma-se por base a teoria da ponderação de regras e princípios cujos alicerces se encontram delineados

nos pensamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Iniciando-se por Dworkin (2001, p. 133), observa-se que a teoria do arrastamento, por trazer reflexos sobre princípios, e não sobre regras, encontra sim razão de ser, uma vez que:

Ambos os tipos de padrões apontam para decisões particulares sobre obrigações em circunstâncias particulares, mas eles diferem em função da direção que indicam. Regras são aplicáveis em um modo de tudo-ou-nada. Se os fatos que uma regra enuncia ocorrem, então a regra é válida, em cujo caso a resposta que proporciona deve ser aceita, ou ela não é válida, em cujo caso ela não contribui em nada para a decisão. Os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem – a dimensão de peso ou importância. Quando princípios concorrem entre si (a política de proteção dos consumidores de automóvel concorrendo com princípio de liberdade de contratar, por exemplo), aquele a quem incumbe resolver o conflito deve tomar em consideração o peso relativo de ambos. Não se pode ter aqui uma mensuração exata, e o juízo de que um princípio ou política particular é mais importante que outra será frequentemente uma decisão controversa. Não obstante, é um constituinte da noção de princípio que ele tenha essa dimensão, que seja relevante perguntar o quão importante ou qual peso ele possui.

É cabível, portanto, notar que os princípios não possuem a denominada eficácia de trincheira que é atinente às regras. Caracterizam-se, por outro lado, por uma elasticidade, haja vista que os estados ideais por estes perseguidos se interpenetram (Dworkin, 2001, p. 134):

Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque ela possui um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não se pode dizer que uma regra é mais importante que do que outra dentro do sistema de regras, de modo que, quando duas regras conflitassem, uma sobreporia a outra em virtude de seu maior peso.

Em consonância com tal pensamento, Robert Alexy formula posteriormente a sua teoria, sendo esta uma sofisticação do pensamento de Ronald Dworkin, conforme Andréa Cezne (2000, p. 154):

A enunciação de regras e princípios realizada por Dworkin é aceita por Alexy, que parte dessa teorização e procura sofisticá-la. O referido autor destaca a importância da diferença entre normas do tipo regra, e normas do tipo princípio, considerando-a como um marco de uma teoria normativa dos direitos fundamentais, e um ponto de partida para responder à pergunta

acerca das possibilidades e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Robert Alexy formula a sua teoria da ponderação de princípios com base no reconhecimento de que estes, ao serem mandados de otimização que apontam para estados ideais, inevitavelmente colidem. Todavia, esta colisão é positiva e permite, em contraposição às regras, uma ponderação para que se consiga dar lógica ao ordenamento (2008, p. 93):

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

O conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Em síntese, se trouxe ao presente trabalho os pensamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy para que ficasse demonstrado que os princípios, opostamente às regras, podem ser interpretados de forma elástica tendo-se em mente os estados ideais para os quais apontam. Portanto, a teoria do arrastamento não ataca e também não cria conflitos entre princípios, mas tão somente projeta uma nova e necessária ponderação, de modo que a segurança jurídica e a congruência abrem espaço para a efetividade das decisões jurídicas. Promove-se assim um melhor equilíbrio nas decisões sobre a inconstitucionalidade de dispositivos normativos.

Em complementação ao exposto, é interessante notar que, as Constituições, ao serem detentoras de valores e princípios fundamentais, requerem prevenções para que tenham eficácia direta e evitem possíveis conflitos no momento da sua materialização (ZAGREBELSKY, 2005, p.86):

La Constitución es fuente del derecho: más aún, es la máxima entre las fuentes del derecho. Eso significa que debe reconocérsele eficacia inmediata y directa, en conformidad con los fines que se propone. Esta afirmación, válida en líneas generales, debe ser valorada en relación con las diversas categorías en que pueden subdividirse las normas de la Constitución. Si bien todas deben ser entendidas *magis ut valeant*, de modo consiguiente a su carácter fundamental, no todas poseen el mismo valor. En particular, hay que tener presente una distinción esencial entre normas de eficacia indirecta y normas de eficacia directa. Las primeras son aquellas idóneas de por sí (directamente) para regular situaciones concretas; las segundas son las que necesitan ser actuadas o concretadas a través de una posterior actividad normativa.

Não se pode duvidar que a ponderação precisa ser feita com cautela, principalmente quando se analisa a segurança jurídica. Todavia, o ordenamento jurídico tem, entre outras, uma finalidade incontestável: promover o bem estar social. Partindo-se desta premissa, a sua estrutura lógica necessita de rigorosa manutenção. Neste âmbito, a utilização das técnicas de arrastamento permite este balanceamento no sentido de não deixar normas soltas no arcabouço regulamentar.

7 O ARRASTAMENTO NO BRASIL: DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme abordado pelo presente trabalho, o Direito Constitucional Brasileiro vem apresentando tendências em direção à adoção da inconstitucionalidade por arrastamento nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Por se tratar de uma teoria com forte origem no Direito Constitucional Alemão, a mesma vem sendo bastante discutida pelo Tribunal Constitucional Brasileiro, o qual se mostra bastante adepto aos ideais constitucionais alemães. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes vem capitaneando esta evolução na interpretação constitucional brasileira, assim recebendo apoio de outros Ministros no sentido de tornar as decisões do Tribunal mais coerentes com a realidade constitucional.

Na esteira deste raciocínio, o presente capítulo procura demonstrar aspectos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à inserção da teoria da inconstitucionalidade por arrastamento como forma de extensão das interpretações constitucionais a todo um arcabouço normativo que ronda a norma inicialmente impugnada em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Inicialmente, veja-se a fundamentação exposta pela Ministra Ellen Gracie no corpo do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.645-9, advinda do Estado do Paraná:

Constatada a ocorrência de vício formal suficiente a fulminar a Lei estadual ora contestada, reconheço a necessidade da declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de sua respectiva regulamentação, materializada no Decreto 6.253, de 22.03.06. Esta decorrência, citada por CANOTILHO e minudenciada pelo eminente Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 437-QO, DJ 19.02.93, ocorre quando há uma relação de dependência de certos preceitos com os que foram especificamente impugnados, de maneira que as normas declaradas inconstitucionais sirvam de fundamento de validade para aquelas que não pertenciam ao objeto da ação. Trata-se exatamente do caso em discussão, no qual "a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei a que refere o decreto executivo (...) implicará o reconhecimento, por derivação necessária e causal, de sua ilegitimidade constitucional" (voto do Min. Celso de Mello na referida ADI 437-QO). No mesmo sentido, quanto à suspensão cautelar da eficácia do ato regulamentador, a ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90.

Ao comentar a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 397, oriunda do estado de São Paulo, o Informativo 395 do Supremo Tribunal Federal novamente assevera que a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento ganha corpo nas decisões superiores de direito constitucional:

O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade do item "1" do § 2º do art. 31 e, por arrastamento, do item "3" desse mesmo parágrafo, ambos da Constituição do Estado de São Paulo, que prevêem, respectivamente, para fins da composição do Tribunal de Contas estadual, formado por sete Conselheiros, que a escolha de dois deles será feita pelo Governador, alternadamente, entre os substitutos de Conselheiros e membros da Procuradoria da Fazenda do Estado junto ao Tribunal, e que uma outra vaga será preenchida, uma vez pelo Governador e duas vezes pela Assembléia, alternada e sucessivamente. Adotou-se precedente do Pleno (ADI 2884/RJ, DJU de 20.5.2005) em que se fixou a orientação de

que somente o Ministério Público especial tem legitimidade para atuar junto aos Tribunais de Contas dos Estados, bem como se aplicou a consolidada jurisprudência da Corte no sentido de que a organização e a composição dos Tribunais de Contas dos Estados-membros deve obedecer ao modelo federal (CF, arts. 73, § 2º e 75 - Enunciado da Súmula 653 do STF), no qual está prevista a atuação do MP especial junto àqueles Tribunais

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 2.995, promovida contra uma legislação do Estado de Pernambuco, a qual trata da inconstitucionalidade presente na Lei Estadual 12.343/2003, novamente traz a teoria do arrastamento ao foco da decisão, no sentido de declarar inconstitucional não somente a norma apontada pelo Procurador-Geral da República (Lei 12.343/2003), mas também o Decreto Estadual 24.446/2002. O Informativo 452 do Supremo Tribunal Federal deixa patente a decisão proferida por esta Ação Direta de Inconstitucionalidade no sentido de impugnar também preceitos inicialmente não atacados:

Por entender caracterizada a ofensa ao art. 22, XX, da CF, que confere à União a competência privativa para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 12.343/2003 e, por arrastamento, do Decreto 24.446/2002, ambos do Estado de Pernambuco, que dispõem sobre o serviço de loterias no âmbito da referida unidade federativa. Na linha da orientação fixada no julgamento da ADI 2996/SC (DJU de 29.9.2006), afastou-se, ainda, a alegação de que a lei impugnada revestir-se-ia de validade, pelo fato de o Estado de Pernambuco ter editado a Lei 73/47, a qual seria anterior ao DL 204/67 que permitiu a manutenção das loterias estaduais naquela data existentes. Asseverou-se, no ponto, que a Lei 73/47 não foi contestada na ADI e que o Estado de Pernambuco, que poderia até mesmo manter o serviço de loterias tal como existente no momento da edição do DL 204/67, desrespeitou, entretanto, os limites veiculados nesse diploma, promulgado pela União, por ter vindo, com fundamento na legislação estadual questionada, não só a ampliar os serviços de loterias, mas, sobretudo, a instituir novas modalidades lotéricas, sequer previstas pelo mencionado decreto-lei. O Min. Eros Grau acompanhou o relator pelas razões expendidas em seu voto no julgamento da ADI 3259/PA (DJU de 24.2.2006) e da ADI 2948/MT (DJU de 13.5.2005). Vencido o Min. Marco Aurélio que julgava o pedido improcedente, reportando-se ao seu voto no julgamento da ADI 1169 MC/DF (DJU de 26.6.2001). ADI 2995/PE, rel. Min. Celso de Mello, 13.12.2006. (ADI-2995)

Recentemente, as acaloradas discussões sobre a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, que altera a Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990) também trouxeram a questão do extensão da

inconstitucionalidade, por meio do arrastamento, ao artigo 26-C da referida lei. Neste ponto, há de se notar o pronunciamento do Ministro Dias Toffoli na sessão de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578, originada no Distrito Federal:

Por essas razões, Senhores Ministros, com a devida vênia dos que entendem de forma diversa, meu voto é pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “ou proferida por órgão colegiado” contidas nas alíneas d, e, h e l do art. 1º, bem como da expressão “ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral” contida nas alíneas j e p do art. 1º, por violação ao postulado da presunção de inocência.

Resta, ainda, configurada a inconstitucionalidade, na íntegra, do art. 26-C, seja por arrastamento, diante da inocuidade surgida com a invalidação da inelegibilidade por julgamento colegiado sem trânsito em julgado, seja diretamente, por igual ofensa ao princípio da presunção de inocência e aos demais postulados antes citados.

Em seguida, ao proferir seu voto na mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, o mesmo Ministro realiza a seguinte abordagem:

h) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, (i) do art. 15, caput; (ii) da expressão “independentemente da apresentação de recurso” contida no parágrafo único do art. 15; (iii) dos arts. 26-A e 26-C, caput e §§ 1º, 2º e 3º, todos da Lei Complementar nº 64/90, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 135/2010; e (iv) do art. 3º da Lei Complementar nº 135/10.

Em sequência, observa-se mais uma vez a presença da teoria do arrastamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.279, advinda do Estado de Santa Catarina, cuja ementa demonstra entre Lei Estadual e o artigo 22 da Constituição Federal:

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta.

Art. 41, caput e § 2º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, com a redação das ECs nº 28/2002 e nº 53/2010. Competência legislativa. Caracterização de hipóteses de crime de responsabilidade. Ausência injustificada de secretário de Estado a convocação da Assembléia Legislativa. Não atendimento, pelo governador, secretário de Estado ou titular de fundação, empresa pública ou sociedade de economias mista, a pedido de informações da Assembléia. Cominação de tipificação criminosa. Inadmissibilidade. Violação a competência legislativa exclusiva da União.

Inobservância, ademais, dos limites do modelo constitucional federal. Confusão entre agentes políticos e titulares de entidades da administração pública indireta. Ofensa aos arts. 2º, 22, I, 25, 50, caput e § 2º, da CF. Ação julgada procedente, com pronúncia de inconstitucionalidade do art. 83, XI, “b”, da Constituição estadual, por **arrastamento** (grifo nosso). Precedentes. É inconstitucional a norma de Constituição do Estado que, como pena cominada, caracterize como crimes de responsabilidade a ausência injustificada de secretário de Estado a convocação da Assembléia Legislativa, bem como o não atendimento, pelo governador, secretário de estado ou titular de entidade da administração pública indireta, a pedido de informações da mesma Assembléia.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro CEZAR PELUSO, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade, com efeitos ex tunc, da expressão “e titulares de Fundações, Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista”, contida no caput do art. 41, e das expressões “ao Governador” e “e aos titulares de Fundações, Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista”, que integram o § 2º do art. 41; e para também declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, da expressão “bem como os titulares de Fundações, Autarquias e Empresas Públicas, nos crimes de responsabilidade” do art. 83, XI, b; todos da Constituição do Estado de Santa Catarina, com a redação dada pela Emenda Constitucional Estadual nº 53, de 04.05.2010, e pela Emenda Constitucional Estadual nº 42, de 08.11.2005.

No âmbito eleitoral, o Supremo Tribunal Federal também já utilizou a técnica da inconstitucionalidade por arrastamento para proferir decisões, entre outros assuntos, a respeito da propaganda eleitoral gratuita regulada pela Lei 9.504/97. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451, oriunda do Distrito Federal, realiza uma abordagem com ênfase no arrastamento para fins de tomada de decisão coerente e lógica:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI 9.504/1997. [...]

8. Suspensão de eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei 12.034/2009. Os dispositivos legais não se voltam, propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em referendar a liminar, o que fazem por maioria de votos, suspendendo as normas do inciso II e da segunda parte do inciso

III, ambos do artigo 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo da Lei federal nº 9.504, de 30/9/97, contra os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que, nos termos do pedido sucessivo da inicial, deferiam a liminar, declarando a inconstitucionalidade parcial das normas impugnadas mediante interpretação conforme. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

A análise de decisões reais do Supremo Tribunal Federal brasileiro revela, portanto, o uso crescente da teoria da inconstitucionalidade por arrastamento como justificativa para entendimentos que visam à extensão da resposta do Tribunal a pedidos de impugnação restritos. Uma análise mais aprofundada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além daquela aqui apresentada, certamente demonstrará um leque razoavelmente amplo de decisões nas quais entra em pauta o arrastamento na tentativa de se decidir de maneira sistêmica sem se ferir os princípios da segurança jurídica e da congruência ou adstrição, além de outros estados ideais perseguidos pelo direito brasileiro.

8 CONCLUSÃO

Frente a todo o conteúdo exposto no presente trabalho, pode-se inferir pela vital importância do controle de constitucionalidade naqueles ordenamentos jurídicos dotados de Constituições rígidas. A supremacia da ordem constitucional não se sustenta sem que existam ferramentas eficientes de fiscalização e disciplina. Todavia, deve-se sempre ter em mente a necessidade de um controle exercido em harmonia pelos três Poderes, cada qual com sua função, conforme se delineou a partir do estudo das Constituições brasileiras.

As doutrinas nacionais e estrangeiras estudadas se mostram unânimes na defesa pela existência dos modelos de controle tratados, ou seja, quanto ao momento do controle (preventivo e repressivo), bem como, dentro do controle repressivo, pela necessidade de dois modelos em harmonia – difuso e concentrado.

O estudo das origens do Controle de Constitucionalidade, especificamente o caso *Marbury versus Madison* e a Constituição Austríaca de 1920, veio a aclarar que os modelos difuso e concentrado se complementam, uma vez que o primeiro está presente no caso concreto, isto é, na efetiva aplicação da lei em primeira instância. Já o modelo concentrado é relevante na perspectiva da compatibilidade vertical de hierarquia normativa, ao passo que harmoniza Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na interpretação da Lei Maior. Tal integração vem a fortalecer o Estado Democrático de Direito, além de garantir a mencionada supremacia da ordem constitucional.

Posteriormente, a breve análise do Direito Comparado teve por objetivo demonstrar alguns motivos pelos quais o modelo brasileiro está assim sedimentado, além de trazer algumas características específicas que podem vir a ser implementadas futuramente, haja vista que a Constituição de 1988 se revela como adequada à consecução dos seus precípuos fins, restando a legislador apenas promover sua atualização sempre que o momento político e social assim o exigir.

A partir do quinto capítulo, se trouxe o tema central do presente trabalho, qual seja a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento. Foi visto que se trata de uma inovação importante no estudo do controle concentrado de constitucionalidade, tendo-se em consideração que o Supremo Tribunal Federal adquire poderes para estender suas decisões no sentido de declarar a inconstitucionalidade de normas não inicialmente impugnadas pelos entes constitucionalmente legitimados a promoverem uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Em seguida, um breve estudo da teoria da ponderação de princípios e regras, a qual se encontra desenhada pelas palavras de Ronald Dworkin e, posteriormente, Robert Alexy, trouxe a demonstração de que a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento não traz conflitos de princípios, mas sim evoluções no sentido da integração destes princípios basilares na promoção de um ordenamento jurídico mais lógico e justo.

O capítulo de encerramento da obra, ao sair da teoria para analisar julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, possibilita a conclusão de que o arrastamento é uma teoria que, apesar de recente no Brasil, tende a se tornar

predominante e assim assumir uma utilização crescente entre os Ministros do Tribunal Pleno, por sua lógica necessária quando se vislumbra o Direito como um emaranhado de normas interligadas. Não pode o Controle de Constitucionalidade Concentrado permanecer com o raciocínio de que só se declara inconstitucional, em sede de fiscalização abstrata, aqueles preceitos elencados pelo ente provocador da atividade jurisdicional constitucional. É preciso uma análise sistêmica e a teoria do arrastamento, por sua visão mais profunda, se torna cabível para construir decisões coerentes.

Ainda que a segurança jurídica e a congruência sejam, de certa forma, lesionadas pela teoria objeto do presente estudo, uma ponderação ampla de princípios, conforme demonstrado no estudo de Ronald Dworkin e Robert Alexy, possibilita que o arrastamento venha a predominar no breve futuro do Direito Constitucional, especificamente no campo do Controle Concentrado de Constitucionalidade.

Isto uma vez que a supremacia da Constituição é um supra-princípio que se irradia por todo o ordenamento, devendo, portanto, ser visto em todas as suas dimensões. Não pode haver incompletudes no chamado Bloco de Constitucionalidade, em especial em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade. O arrastamento incide para vigência e proteção de direitos, dando uma dimensão real e necessária para que a efetivação dos seus conteúdos substanciais seja garantida através da supremacia da ordem constitucional. A bem da verdade, houve uma ampliação do campo material e um tipo de julgamento que objetiva prestigiar a segurança jurídica.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do Artigo 27 da Lei 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOTELHO, Sérgio Souza. **Descomplicando o controle de constitucionalidade abstrato**: causa de pedir aberta, inconstitucionalidade por arrastamento e transcendência dos motivos determinantes. Teresina: Jus Navigandi, 31 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10221>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Item 1 do § 2º do Artigo 31 da Constituição do Estado de São Paulo. Tribunal de Contas. Conselheiro. Escolha. Membros da Procuradoria da Fazenda do Estado. Impossibilidade. Enunciado 653 da Súmula desta corte. Ação Direta de Inconstitucionalidade 397-6. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Eros Grau. D.J. 09/12/2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 ago. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Legislação Estadual pertinente à exploração de atividade lotérica – discussão sobre a competência para legislar sobre o tema referente a sistemas de sorteios. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2995-9. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Celso de Mello. D.J. 28/09/2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 ago. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 41, caput e § 2º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, com a redação das ECs nº 28/2002 e nº 53/2010. Competência legislativa. Caracterização de hipóteses de crime de responsabilidade. Ausência injustificada de secretário de Estado a

convocação da Assembléia Legislativa. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3279. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro César Peluso. D.J. 16/11/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 ago. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 14.861/05, do Estado do Paraná. Informação quanto à presença de organismos geneticamente modificados em alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano e animal. Lei Federal 11.105/05 e Decretos 4.680/03 e 5.591/05. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3645-9. Requerente: Partido da Frente Liberal (PFL). Requerido: Governador do Estado do Paraná. Relatora: Ministra Ellen Gracie. D.J. 01/09/2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 ago. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI 9.504/1997. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – Abert. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Britto. D.J. 02/09/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 ago. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI OMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. D.J. 16/02/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 ago. 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. In: MENDONÇA, Andrey Borges de. **Leituras Complementares de Constitucional**: controle de constitucionalidade. Salvador: Jus Podvim, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CEZNE, Andrea Nárriman. **A Teoria dos direitos fundamentais**: uma análise comparativa das prespectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo , v.13, n.52 , p.51-67, jul./set. 2005.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1.988**. 3. Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

DE LA CUEVA, Mario. **Teoría de la Constitución**. Cidade de México: Porrúa, 2008.

DWORKIN, Ronald M. **É o direito um sistema de regras?**. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, RS , v.34, n.92 , p. 119-158 , set./dez. 2001.

DWORKIN, Ronald M. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTUDOS contemporâneos de direito público: em homenagem ao ministro Cesar Asfor Rocha. São Paulo: Pillares, 2010.

FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed., revista. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**: (introdução ao estudo do direito). 6. ed., reest., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo horizonte: Editora Del Rey, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Controle de constitucionalidade**: uma abordagem teórica e jurisprudencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**: conceito, sistemas e efeitos. 2. ed. rev., amp. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**. 7.ed. Niterói: Editora Impetus, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 5.ed. São Paulo: Editora Método, 2010.

PRIETO Sanchís, Luis. **Apuntes de teoría del Derecho**. Madrid: Ed. Trotta, 2ªed. 2007.

RENDÓN, Raymundo Gil. **El Nuevo Derecho Procesal Constitucional**: análisis de Casos Prácticos. Bogotá: VC Editores, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito**: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RUSSO, Diogo de Assis. **A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. 1 ed. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

SORMANI, Alexandre. **Inovações da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade: uma visão crítica da Lei 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2005.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Questões pacíficas e temas controvertidos sobre o controle concentrado de constitucionalidade**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1238, 21 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9183>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

ZANOTTI, Bruno Taufner. **Controle de Constitucionalidade: leis comentadas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.