

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**TEORIA CONSTITUCIONAL**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.  
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## TEORIA CONSTITUCIONAL

---

### **Apresentação**

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

## TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

### THE UNCONSTITUCIONALITY BY EXTENSION IN STF CASE LAW

Ipojucan Coelho Ayala

#### Resumo

O presente artigo versa sobre a inovação introduzida ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro, qual seja, a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, temática recente e pouco explorada pela doutrina no âmbito do controle de constitucionalidade. Neste diapasão, faz-se necessário explorar a Constituição da República e sua relação de hierarquia na estrutura normativa. Abre-se, espaço, então, à análise do Controle de Constitucionalidade como técnica da garantia da ordem constitucional e prevalência da Carta Magna diante das demais normas inferiores, estudo este efetuado sobre a ótica conceitual e histórica, analisando as Constituições brasileiras para tanto. Ainda com o intuito de analisar a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, necessário se faz trazer ao presente artigo os modelos e conceitos de Controle de Constitucionalidade. Adentra-se, após, na teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, e em especial para a análise da Inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.960/09 em sede da ADI 4425, decisão mais recente do STF utilizando de tal teoria, de forma a vislumbrar como a inconstitucionalidade por arrastamento é desenvolvida na jurisprudência do STF.

**Palavras-chave:** Constituição, Direito constitucional, Controle de constitucionalidade, Inconstitucionalidade por arrastamento

#### Abstract/Resumen/Résumé

This article discuss about the innovation introduced to the Brazilian constitutional law, namely, the theory of unconstitutionality by extension, which is a modern but poorly explored theme by the doctrine under the control of Judicial Review. In this manner, it is necessary to explore the Constitution and its hierarchy in relation to the normative structure. This, therefore, opens up the possibility for the analysis of Judicial Review as a technique of ensuring the constitutional order and prevalence of the Constitution before the other lower standards. This study was performed on the conceptual and historical perspective, analyzing the Brazilian Constitutions for both. With the aim of analyzing the theory of unconstitutionality by extension, it is necessary to bring, into this work, models and concepts of Judicial Review. And so, later on, this enters into the theory of unconstitutionality by entrainment and, in particular, into the analysis of the unconstitutionality of art. 5th Law 11.960/09 ADI headquarters in 4425, in order to envision how such a theory is developed in the Brazillian case law.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitution, Constitutional law, Judicial review, Unconstitutionality by extension.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao vislumbrarmos o papel fundamental da Constituição no ordenamento jurídico, seja ela avaliada sob a ótica interna ou externa, não se pode abrir mão da necessidade de preservação da sua supremacia frente às demais normas presentes no sistema jurídico. Neste sentido, todo o sistema normativo é subordinado aos preceitos contidos na Constituição da República, lhe devendo obediência.

Assim, é necessário para a garantia da Supremacia da Constituição que mecanismos eficientes de defesa e controle sejam criados, sendo que o principal instrumento trazido pela doutrina constitucional foi o Controle de Constitucionalidade, isto é, emaranhado de regras de cunho constitucional que visam à promoção da compatibilidade vertical entre o texto constituinte e a legislação ordinária.

O presente artigo discorre sobre as modalidades de controle de constitucionalidade existentes, abordando a importância do controle constitucional, efetuando para tanto a conceituação levando em consideração doutrinas recentes sobre o tema. Outrossim, o estudo do controle de constitucionalidade no âmbito da vigência da Constituição da República de 1988 é de suma importância em razão das inovações efetuadas na ordem jurídica brasileira.

Para tanto, é imprescindível observarmos a construção teórica e histórica para a introdução do conceito da inconstitucionalidade por arrastamento, tema central do presente artigo.

O objeto maior do estudo, como se verá adiante, é demonstrar que pela teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, permite-se maior eficiência nas decisões que resultam do controle concentrado de constitucionalidade, pois não se faz uma análise apenas da espécie normativa atacada, mas de todo o conjunto normativo e regulamentador que se encontra na órbita da primeira.

Na sequência, demonstra a aplicação prática da teoria do arrastamento no ordenamento jurídico brasileiro e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, o caso base é o presente na ADI 4425, que trata da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento, dentre outros, do art. 5º da Lei 11.960/09, no qual o arrastamento estende os efeitos da decisão inicial.

O estudo da teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, demonstra a lacuna doutrinária em âmbito interno acerca do tema central, sendo que a conceituação é

tecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em consonância com a doutrina estrangeira.

## 2. CONSTITUIÇÃO

Antes de adentrarmos ao estudo do controle de constitucionalidade, é necessário analisar o conceito de Constituição, sua função no Estado, bem como os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade.

A Constituição é lei fundamental do Estado, possuindo, portanto, a incumbência de delimitar a sua organização político-jurídica do Estado. Está o Direito Constitucional ligado à estruturação do poder político, aos limites da atuação deste, e aos direitos fundamentais, envolvendo, portanto, em seu estudo o conhecimento do Estado Democrático de Direito, seus paradigmas e problemas.

Na organização do sistema normativo, a Constituição é hierarquicamente superior às demais normas, as quais lhe são subordinadas, devendo-lhe, portanto obediência, havendo para tanto o controle de constitucionalidade. José Afonso da Silva formula o seguinte conceito de Constituição:

(...) a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça é na proporção por ela distribuídos . É enfim, a lei suprema do Estado, pois, é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (1999, fl. 47)

A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. (1999, fls. 39-40)

A Supremacia da Constituição, nas palavras de Hugo Brito Machado (1998, p. 10-11), é totalmente necessária para refrear os desejos do legislador, com o intuito maior de impor limites ao seu poder.

Quem tem poder tende a abusar dele, e o legislador, titular de importantíssima parcela do Poder estatal, não é exceção. A lei é um instrumento de controle do poder. Inclusive especialmente do Poder Estatal. Entretanto, sendo um produto do poder de legislar, contra este nada pode. Assim, não se presta como instrumento de controle do legislador. Daí a necessidade de uma 'lei maior', que se projete sobre o próprio legislador, limitando o seu poder. Daí a necessidade da Constituição como 'lei suprema', base do ordenamento jurídico, que a ela se submete.

Dentro ainda desta perspectiva de hierarquia normativa, o pensamento de Hans Kelsen (2000, p. 20), merece ser analisado:

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.

O conceito jurídico, para Kelsen designa a organização jurídica fundamental, sendo a Constituição um conjunto de normas positivas que regem a construção do direito, que se configura como ordem normativa. Portanto, a Constituição representa o mais alto nível do Direito positivo. Ademais, Kelsen ainda atribui à Constituição um sentido lógico-jurídico, no qual a norma fundamental é hipotética e pressuposta, pois como norma mais elevada, tem de ser pressuposta.

Em complementação, ao estudar a Constituição sob a ótica histórica, necessário se faz ressaltar a existência de outras concepções, como a sociológica, representada principalmente pelo polonês Ferdinand Lassale, e a política pelo filósofo alemão Carl Schmitt.

Para Lassale (2002, p. 48), a Constituição é a combinação dos fatores que compõem o Estado, sendo então a soma dos fatores reais do poder, os quais variam conforme a época, conceito este que se contrapõe ao conceito jurídico da Constituição escrita.

Carl Schmitt, por outro lado, ao apresentar a sua concepção decisionista, vê a Constituição como conjunto de decisões políticas fundamentais do poder constituinte, as quais refletem a realidade do povo, nas palavras de Zeno Veloso, "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". (2000, p. 27)

Reavendo o pensamento Kelseniano, afirmam Vicente de Paula e Marcelo Alexandrino 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." (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. 2010, p. 5)

Sendo assim, é possível observar que a Constituição possui dois itens básicos, quais sejam, o estabelecimento dos direitos e garantias fundamentais, em consonância com suas delimitações.

Existem situações em que o constituinte se vê diante de casos em que deseja garantir status constitucional a inúmeras disposições, que tratam de assuntos diversos dos ora mencionados, posicionando a Constituição como forma de se alcançar a estabilidade e a racionalização do poder, de maneira que a Constituição escrita, aqui em sentido formal, é documento solene que positiva as normas jurídicas elaboradas por um processo constituinte específico.

A Constituição é formal ao passo que institui como devem ser elaboradas todas as espécies normativas. Em outro sentido, material, ao estabelecer princípios fundamentais que regem a organização político-social. Sendo assim, a Constituição deve ser vista como uma ordem jurídica fundamental da coletividade, sendo esta a característica que denota a flexibilidade necessária para o desenvolvimento do ordenamento jurídico com o passar do tempo.

Insta salientar que os princípios e valores previstos constitucionalmente, são as maiores expressões da segurança jurídica da comunidade, daí a necessidade de se assegurar a prevalência desses valores e o controle aos desrespeitos à Constituição.

Saulo de Castro Abreu Filho (1994, p. 9), a esse respeito, diz:

(...) a rigidez constitucional busca garantir a supremacia da Constituição, como obra do Poder Constituinte, propiciando o controle de constitucionalidade, (...) sabe, que há no Brasil rigidez constitucional e, como consequência, a hierarquia das normas se vê inserida nos princípios norteadores. Portanto, o resultado de tal sistema é que lei infraconstitucional não pode contrariar a natureza superior da Constituição, vez que reconhecida a Constituição como a norma de as todas e o fundamento dos poderes exercitados pelo Estado, resta cristalino e incontroverso que lei afrontosa à Constituição se ressentida da ausência de força obrigatória.

Desta forma há uma divisão hierárquica entre a Constituição e as demais normas do ordenamento jurídico, colocando a Carta Magna em posição superior à legislação ordinária, servindo aquela de parâmetro para a elaboração dos atos normativos estatais. Ressalte-se que a não observância de tais condições implica em vício de inconstitucionalidade.

Conforme pontua Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 1055):

Limitar-nos-emos aqui a enunciar ideia de Constituição como ordem jurídica fundamental, uma vez que ela contém uma perspectiva de legitimidade material e de abertura constitucional, possibilitando compatibilizar o controle de constitucionalidade - que pressupõe uma Constituição rígida - com a dinâmica do processo político-social.

Sendo assim, o Controle de Constitucionalidade é de suma importância para a preservação da hierarquia constitucional e da segurança do ordenamento jurídico, com o intuito de se evitar qualquer afronta à supremacia da Constituição.

### **3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE**

O Controle de Constitucionalidade, atualmente, é considerado um dos assuntos mais importante do constitucionalismo. Ao passo que, de um lado, o legislador, em determinadas situações, legisla contra a Constituição, e, de outro, a Administração, dotada de poder regulamentar, não raras vezes baixa atos normativos inconstitucionais ou realiza atos contrários à Constituição, tornando o controle de Constitucionalidade necessário para resguardar a própria Constituição e o Estado de Direito.

Ademais, o controle de constitucionalidade conforme assevera Alexandre de Moraes, está ligado "à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais." (Moraes, 2012, p. 733).

Em suma, o controle de constitucionalidade visa, precipuamente, impedir a permanência da eficácia de norma contrária à Constituição, observando se os requisitos formais e substanciais são respeitados. Indo além desta primeira análise, é cientificar e garantir à população de que seus direitos e garantias fundamentais, descritos na Constituição, são levados em consideração pelos responsáveis pela edição de leis e atos normativos.

Visando a exprimir um conceito conciso do controle de constitucionalidade e justificar sua importância, é necessário efetuar uma prévia distinção da Constituição no que tange a sua estabilidade. Podemos distinguir as Constituições rígidas e flexíveis.

A Constituição rígida está ligada ao fato de que as alterações a ela só podem ser efetuadas a partir de um procedimento especial, solene e com controle específico, distinto dos aplicáveis a legislação ordinária. (KILDARE, 2011, p.255)

Em contrapartida, temos que as Constituições flexíveis podem sofrer reformas em qualquer momento e o procedimento é o mesmo para a elaboração da legislação ordinária. (KILDARE, 2011, P. 255) Outro aspecto relevante é que em sua maioria as Constituições flexíveis não são escritas, ficando aqui evidenciado que a Constituição escrita esta extremamente ligada à rigidez.

José Afonso da Silva (1999, p. 47), a esse respeito, diz:

(...) a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Assim, após tais apontamentos, podemos chegar a um conceito de Controle de Constitucionalidade como sendo mecanismo constitucional e lógico de verificação da compatibilidade da legislação ordinária ou do ato normativo com a Constituição, dentro de uma hierarquia em que o texto constitucional encontra-se no topo da estrutura normativa. As normas que não passarem por este controle serão consideradas incompatíveis, e por consequência declaradas inconstitucionais, tornando o poder constituinte mais assegurado.

Do Princípio da Supremacia da Constituição, decorrem mecanismos completos de controle, possibilitando a aplicação das normas constitucionais, ficando, assim, visível que para haver ordem constitucional, a produção legislativa do ordenamento jurídico deve ter um Controle de Constitucionalidade incisivo. Por esta posição, permanece a tripartição dos Poderes, em virtude da capacidade da Constituição da República conseguir assegurar a sua preservação e aplicabilidade a todo o ordenamento.

Efetuada esta diferenciação, no que tange ao quesito estabilidade das Constituições, pode-se buscar um conceito na doutrina para o Controle de Constitucionalidade. Segundo Raul Machado Horta (2002, p. 132), o Controle é derivação direta do princípio da supremacia da Constituição, vetor que remete à existência de uma pirâmide normativa na qual a Constituição se coloca no vértice. Em síntese, a função precípua do Controle de Constitucionalidade é tornar a Constituição a medida suprema de regularidade jurídica.

Não se pode acatar a supremacia de uma Constituição da República 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 interior 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 nem sempre atentas às regras constitucionais e garantias individuais e coletivas ali presentes.

Efetuada esta conceituação, passamos a tratar das modalidades de Controle de Constitucionalidade, a fim de que se possa situar o modelo brasileiro – foco deste artigo – em suas concepções histórica e atual. A 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**

Forma de controle efetuado ainda no processo legislativo, impedindo que as normas que venham a contrariar a Constituição ingressem no ordenamento jurídico, pode-se vislumbrar aqui duas hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade, efetuados pelas Comissões de Constituição e Justiça e o Veto Jurídico.

As comissões de constituição e justiça existem no âmbito do Poder Legislativo, e, de acordo com Alexandre de Moraes, sua principal função "é analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o texto da Constituição Federal." (2012, p.742)

No entanto, Michel Temer (1998, p. 43) observa que o controle preventivo exercido pelo Poder Legislativo não incide sobre todos os projetos de atos normativos. Frise a sua ausência, por exemplo, nos projetos de resoluções dos Tribunais, medidas provisórias e decretos. Uma vez que não passam pelas comissões de constituição e justiça ou pela votação em plenário.

No que tange ao veto jurídico, é modalidade de controle preventivo de constitucionalidade em que o Chefe do Executivo detém o poder de veto ao final do processo legislativo. Segundo Alexandre de Moraes, "o presidente da república poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional" (2012, p.742). Insta salientar, contudo, a permissão constitucional para o veto político,

situação em que o Presidente da República não sanciona o projeto de lei, não por ser inconstitucional, mas em virtude de sua inadequação ao interesse público.

### **3.2 Controle de constitucionalidade repressivo**

Em complementação ao controle preventivo de constitucionalidade, a teoria constitucionalista apresenta o modelo repressivo, que ocorre quando a lei já está em vigência. No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 também adota tal modelo, em que o próprio Poder Judiciário realiza o controle da lei ou do ato normativo, os quais já foram inseridos no ordenamento.

Para Kildare Gonçalves Carvalho, existem dois métodos de controle de constitucionalidade repressivo, o difuso e o concentrado, sendo que o controle "difuso é aquele exercido por uma pluralidade de órgãos, como nos Estados Unidos da América, e o concentrado quando reservado a um ou a poucos órgãos, como se verifica na Alemanha e demais países da Europa Continental." (2011, p. 348)

Adiante traremos uma breve exposição de cada uma destas formas, com destaque para os pontos mais relevantes, assim como o momento histórico de sua criação, tendo em vista que a existência destas é de suma importância para o tema objeto da presente discussão jurídica, a inconstitucionalidade por arrastamento.

#### **3.2.1 Controle de constitucionalidade repressivo difuso**

O controle difuso, teve sua origem nos Estados Unidos, no ano de 1803, em virtude do julgamento do famoso caso *Marbury versus Madison* (NELSON, 2000, p. 1), é aquele exercido por uma pluralidade de órgãos, conforme afirma Kildare Gonçalves (2011, p. 351).

Ademais, tendo em vista que a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, datada de 1787, não possui nenhum dispositivo explícito que confira ao Poder Judiciário o controle de Constitucionalidade das leis, Marshall sentenciou interpretando os princípios constitucionais, afirmando ainda que, em caso de contradição entre a lei a Constituição, a última deve ser aplicada pelo Tribunal (KILDARE, 2011, p. 373).

Neste sentido, asseveram Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 19):

O Chef 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.

Resta aqui evidenciada a importância deste caso para o desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade. Destacando que a atuação dos juízes e tribunais, no caso concreto, deve ser ativa para que seja a aplicação da Constituição garantida. Segundo Kildare Gonçalves de Carvalho (2011, p. 351):

Permite-se a qualquer juiz (ainda que não vitalício) ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, por via de consequência, a sua desaplicação ao caso concreto. Por isso mesmo é que todos os órgãos judiciários têm o poder-dever de não aplicar as leis inconstitucionais levadas a seu julgamento. O controle difuso, no Brasil, surgiu na primeira Constituição republicana e persiste até os dias de hoje.

Logo, até mesmo os juízes de primeira instância podem apreciar a constitucionalidade de dada norma. Saliente-se que a discussão aqui surge pela via prejudicial, não sendo questão principal dentro do processo. No que se refere aos efeitos dessa forma de controle, Alexandre de Moraes expõe que "este controle não acarreta na anulação da lei ou do ato normativo com efeitos *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional". (MORAES, 2012, p. 745)

### **3.2.2 Controle de constitucionalidade repressivo concentrado**

O controle concentrado, conhecido também como abstrato, reservado ou por via de ação em um tribunal, corte ou ainda sala constitucional. É concentrado por ocorrer no Supremo Tribunal Federal, que no Brasil possui status de Corte Constitucional.

Não se julga aqui um caso em particular, mas a validade de uma norma em abstrato. Sendo assim, o objeto de discussão é o próprio ordenamento jurídico e não o caso concreto. Para a doutrina majoritária o criador deste modelo concentrado é o autor da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen, que justificou a escolha de um único órgão para efetuar o controle de constitucionalidade. 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 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.

A Constituição Austríaca de 1920 foi escrita tendo como inspiração a Teoria de Kelsen, sendo, portanto, a primeira no ordenamento jurídico mundial a prever o controle de constitucionalidade concentrado, ao prever a criação do Tribunal Constitucional para exercer com exclusividade o controle judicial de constitucionalidade, como forma de supremacia da Constituição. Ao mesmo tempo, a Constituição Alemã de Weimar, de 1921, criou o Tribunal do Estado, o qual possui como atribuições a revisão jurisdicional de leis federais. (MORAES,2012, p. 759)

No direito brasileiro, o controle concentrado surgiu por meio da Emenda Constitucional nº 16, 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, 2012, p. 760)

#### **4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Constituição de 1988 manteve o sistema misto consagrado pela EC nº 16/65, na qual havia previsão quanto à possibilidade de convivência harmônica dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade. Para tanto, introduziu novidades de modo a ampliar os mecanismos de controle constitucional, visando a promover a segurança jurídica e a aplicação efetiva do texto constitucional.

Para tanto, a primeira grande mudança evidencia-se na ampliação do rol dos legitimados a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103 da CR/88), colocando fim ao monopólio do Procurador Geral da República. Ademais introduziu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da CR/88).

Com a Emenda nº 3/93 e com as Leis 9.868 e 9.882, em ambos os casos com vigência a partir de 1999, outras formas de controle abstrato surgiram, visando ao alcance das espécies normativas e não normativas. Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 1120-1121 e 1125) aduz 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.

Não obstante, subsistiu 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 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.

O constituinte, em busca dos ideais democráticos aprimorou o modelo já existente no Brasil na Constituição de 1946 e na EC nº 16/65, no entanto com uma maior integração entre os três poderes. Ressalte-se que as Leis 9.868/99 e 9.882/99 fortaleceram de forma extraordinária o controle concentrado ao regulamentarem as ações possíveis para este modelo de controle de constitucionalidade, havendo, conforme outrora salientado, uma edição do papel realizado pelo controle difuso diante da magnitude dada ao modelo abstrato.

Ademais, em 2004, a EC nº 45 ampliou o rol dos legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, igualando ao da ação direta de inconstitucionalidade.

Notadamente após 1999, pode-se observar a introdução de teorias constitucionais do direito comparado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido do aproveitamento dos argumentos previstos nas teorias aplicáveis em casos do ordenamento jurídico estrangeiro para o ordenamento jurídico pátrio, como a teoria da inconstitucionalidade progressiva e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Por fim, cabe listar a inconstitucionalidade por arrastamento, que passa a ser enfatizada, eis que objeto principal do presente artigo

## **5 INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO – EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Conforme salientado em capítulo anterior, o modelo de Controle Concentrado de Constitucionalidade é espécie em que se avalia a validade da norma em abstrato, isto é, a análise gira em torno da constitucionalidade da norma fora de sua aplicação em um específico caso concreto.

No entanto as espécies normativas presentes no artigo 59 da Constituição da República, tais como, emendas à Constituição; lei complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções, não existem sozinhas, vez que conforme o pensamento de Kelsen, o ordenamento jurídico é considerado um emaranhado de normas posicionadas hierarquicamente.

Neste contexto, nasce a possibilidade da investigação, da expansão da declaração da inconstitucionalidade dos preceitos não impugnados expressamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Conforme o autor Bruno Taufner Zanotti (2011, p.118), tal princípio provém do artigo 3º, inciso II, da Lei 9.868/99, pois é necessário que na petição inicial tenha, o autor indicado o pedido, com suas especificações. Neste sentido:

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, 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.

Surge, neste contexto, a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, também conhecida como inconstitucionalidade consequencial ou, ainda, por atração, por derivação, por reverberação normativa ou como expansão da declaração de inconstitucionalidade, expressões estas sinônimas.

Tal modalidade de declaração de inconstitucionalidade advém de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Logo, não se encontra positivada em qualquer norma constitucional ou legal do nosso sistema jurídico. A inconstitucionalidade por arrastamento é técnica utilizada quando as normas apresentam tanta conexão e interdependência que a declaração de inconstitucionalidade de uma afetará o sistema normativo dela dependente.

A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento surge no ordenamento jurídico brasileiro para solucionar o problema advindo da interpretação equivocada e restrita da Lei 9.868/99, vez que permite ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da aplicação fidedigna da Constituição da República e responsável pelo Controle Concentrado de Constitucionalidade, expandir os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, ainda que não conste nos pedidos.

Ocorre, portanto, quando as normas legais mantem entre si uma relação de dependência jurídica, decorrente de uma unidade estrutural rígida, de forma que não é possível ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade de maneira isolada, pois a declaração de inconstitucionalidade de uma, afeta as normas subsequentes, não podendo estas permanecer sozinhas no ordenamento jurídico, eis que perdem sua razão de existência, haja vista a conexão existente entre as já declaradas inconstitucionais.

Observa Canotilho, neste sentido que, em relação ao controle de constitucionalidade concentrado, “podem existir ‘inconstitucionalidade consequenciais ou por arrastamento’ justificadas pela conexão ou interdependência de certos preceitos com os preceitos especificamente impugnados.” (1992,p. 1046-1047)

Fator importante nesta modalidade de inconstitucionalidade é que não há necessidade que o arrastamento tenha sido realizado no mesmo processo de declaração de inconstitucionalidade de uma norma, pois a aplicação pode ser realizada em processo posterior que tenha relação de dependência com a questão inicialmente levantada no processo primário.

Exemplificativamente, suponha-se a existência de um Decreto, ato normativo secundário que não pode inovar no ordenamento jurídico, editado para dar fiel cumprimento a lei, conforme preceitua o artigo 84, inciso IV da CR/88. Desta forma, o ato secundário não possui vida própria, mantendo uma relação direta entre ele e a lei. Caso seja proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade para a lei, poderá o Supremo Tribunal Federal arrastar para também declarar a inconstitucionalidade do decreto, mesmo que este pedido não conste da inicial.

Em outra hipótese, podemos ter uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que pede a declaração de inconstitucionalidade de dois artigos de determinada lei. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a inconstitucionalidade destes dois artigos, entende que ao serem declarados inconstitucionais, não haveria mais razão para a existência da lei, então por arrastamento pode o tribunal declarar a inconstitucionalidade integral desta lei.

Para alguns autores, a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento vai contra os princípios da inércia e da congruência. Assim assevera Sérgio Souza Botelho (2007):

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.

Alguns autores, conforme acima citado, fazem uma divisão na teoria, afirmando que a inconstitucionalidade por arrastamento pode ser considerada como vertical, nas situações em que há uma relação hierarquia entre as normas dependentes, e a horizontal, quando não há hierarquia, ficando as normas no mesmo patamar.

A doutrina brasileira ainda possui pouco desenvolvimento do assunto, até mesmo tendo em vista a introdução recente desta modalidade de declaração de inconstitucionalidade nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Outrossim, a falta de positivação desta teoria dificulta sua aplicabilidade ao ordenamento pátrio.

A jurisprudência brasileira vem se posicionando no assunto aderindo ao pensamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, que firma seu pensamento de acordo com a escola doutrinária Alemã, eis que possuem imensa dedicação ao controle concentrado de constitucionalidade e inovações quanto à interpretação do tema, inovações estas que repercutem em todo o mundo e inclusive na jurisprudência brasileira.

Em suma, a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento é inovação das técnicas e ferramentas relacionadas ao Controle Abstrato de Constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, ao considerar elementos como a dependência e conexão, acaba por aumentar a segurança jurídica, ao evitar as divergências no ordenamento jurídico decorrentes da manutenção de normas dependentes de normas declaradas inconstitucionais em sede do controle concentrado.

No entanto, apesar da pouca discussão doutrinária até o momento, o Supremo Tribunal Federal vem intensificando sua utilização, fator este de suma importância para o enriquecimento deste pensamento no direito brasileiro, o que tem gerado inovações no ordenamento jurídico brasileiro.

Esclareça-se que para uma norma ser declarada inconstitucional por arrastamento, esta não fica restrita apenas aos casos em que há relação de dependência e conexão entre os dispositivos normativos, pois em alguns casos ocorre a expansão de sua aplicabilidade, em razão da identidade que determinadas normas guardam entre si. Para tanto, no próximo capítulo analisaremos esta hipótese, de modo a demonstrar que o círculo de aplicação da teoria do arrastamento se torna cada vez mais amplo.

## **6 A DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO NA LEI 11.960/09: DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADI 4425**

Após as abordagens feitas no presente trabalho, fica perceptível que o Direito Constitucional Brasileiro caminha no sentido da adoção da inconstitucionalidade por arrastamento nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Ademais, tal teoria possui forte ligação do Direito Constitucional Alemão, tendo como principal defensor o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que vem se enveredando nesta discussão e aplicação desta interpretação constitucional ao ordenamento pátrio.

Partindo desta linha de raciocínio, o presente capítulo busca analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.960/09 na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4425, com observância da inserção da teoria da inconstitucionalidade por arrastamento como forma de expansão das interpretações constitucionais a toda estrutura normativa conexa à norma inicialmente contestada quanto a sua validade.

A princípio, convém ressaltar que, haja vista a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4425, reconhecendo a inconstitucionalidade da expressão “índice oficial da remuneração básica da caderneta de poupança”, presente no § 12 do art. 100 da Constituição da República, por ficar entendido que é insuficiente para recompor as perdas inflacionárias. Regra semelhante está prevista no art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/09, que também previa que, nas condenações impostas à Fazenda Pública, os índices aplicáveis eram os da caderneta de poupança, logo este último sofre dos mesmos vícios de inconstitucionalidade do § 12 do art. 100 da Constituição da República, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento. Tanto no que diz respeito à correção monetária, em descompasso com a perda do valor real da moeda, quanto à aplicação dos juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública, havia, portanto, uma identidade material entre tais dispositivos.

Ao tecer comentários à decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4425, originária do Distrito Federal, o informativo nº 698 do Supremo Tribunal Federal aduz que a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento vem ganhando força nas decisões superiores constitucionais:

Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ações diretas, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional das Indústrias – CNI, para declarar a inconstitucionalidade: a) da expressão “na data de expedição do precatório”, contida no § 2º do art. 100 da CF; b) dos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF; c) da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do § 12 do art. 100 da CF, do inciso II do § 1º e do § 16, ambos do art. 97 do ADCT; d) do fraseado “independentemente de sua natureza”, inserido no § 12 do art. 100 da CF, para que aos precatórios de natureza tributária se apliquem os mesmos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário; e) por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/2009; e f) do § 15 do art. 100 da CF e de todo o art. 97 do ADCT (especificamente o caput e os §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 8º, 9º, 14 e 15, sendo os demais por arrastamento ou reverberação normativa) – v. Informativos 631, 643 e 697. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4425/DF, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 13 e 14.3.2013)

Pelo que se observa do presente informativo do STF, é que todo o art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97(), foi declarado inconstitucional:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (BRASIL, 2014)

Partindo do afirmado natural seria que ao afastar a aplicação do art.5º da Lei 11.960/09 as condenações em face da Fazenda Pública retrocederia a sistemática anterior, assim assevera o Ministro Dias Toffoli em seu voto:

(...) retornar ao sistema de pagamento na modalidade constitucional anterior importará em grave retrocesso e na repriminção de modelo que efetivamente não assegurou o pagamento pela administração pública de seus precatórios. (Voto do Ministro Dias Toffoli, p. 156 - ADI 4425, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013)

Analisando a supracitada ADI, verifica-se que o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade, por arrastamento, do artigo 5º da Lei nº 11.960/09. Neste sentido, esclarecedor o voto do Ministro Luiz Fux, ao afirmar:

Por fim, à luz das premissas já delineadas, reputo procedente, em parte o pedido de inconstitucionalidade por arrastamento da nova redação conferida ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei 11.960/2009. Como já delineado no voto do i. Min. Relator, a invalidade da sistemática constitucional de juros e de atualização monetária nos precatórios retira desde logo o amparo em que se apoia o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, fulminando-o na exta medida em que fulminado seu fundamento constitucional (art. 100, § 12, CF/88). Assim é que, nos termos do presente voto, declaro inconstitucional a referência à “*atualização monetária*” contida no art. 1º- F da Lei 9.494/97, rejeitando, porém, o pedido de declaração de inconstitucionalidade quanto ao regime de juros moratórios, desde que incidente de forma recíproca para o Estado e o cidadão. (Voto do Ministro Luiz Fux, p. 89 - ADI 4425, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013)

Ante ao acima afirmado pelo Ministro, ao declarar a inconstitucionalidade da norma que conferia a razão precípua de existência do art. 5º da Lei nº 11.960/09, que modificou o art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, esta não mais poderia permanecer no esqueleto normativo, sendo assim ao declarar a inconstitucionalidade da EC nº 62/09, que instituiu o novo regime especial de pagamento de precatórios (§ 12 do art. 100 da CR/88). A decisão correta seria no sentido de que todas as normas que ligação mantivesse com aquela, também inconstitucionais seriam.

Ressalte-se que, no caso ora analisado, faz-se notoriamente presente o arrastamento, eis que aqui se vislumbra a identidade material entre a norma declarada inconstitucional e a norma arrastada.

A análise desta decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro evidencia, consequentemente, o crescimento da utilização da teoria da inconstitucionalidade por arrastamento como forma de se justificar os entendimentos que propõem a expansão da resposta do Tribunal a pedidos não impugnados anteriormente, pois tal instrumento não se atém à causa de pedir inicialmente elaborada. Insta salientar que a utilização de tal teoria no ordenamento jurídico pátrio não é conflitante com os princípios da Segurança Jurídica e da Congruência, ao passo que a teoria consequential nada mais é que uma projeção necessária para efetividade das decisões jurídicas, de maneira que estas estejam em consonância com o momento ora vivenciado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Indo além, é uma maneira de se promover um equilíbrio nas decisões sobre a inconstitucionalidade de dispositivos normativos que guardam entre si, não somente uma relação de dependência para sua existência, mas também de identidade material, como o

caso em questão, isto é, não permitir que normas que não tenham razão para existir continuem a existir de maneira solta no ordenamento jurídico.

## 7. CONCLUSÃO

Constatou-se, com as considerações do presente artigo, que o controle de constitucionalidade é de suma importância, eis que a supremacia da Constituição, para ser estabelecida, deve ser garantida por ferramentas de disciplina e fiscalização.

No estudo das origens do Controle de Constitucionalidade, a exemplo principalmente do 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, ou seja, na efetiva aplicação da lei em qualquer instância. Já o modelo concentrado é de suma relevância na perspectiva da compatibilidade vertical de hierarquia normativa e do controle de constitucionalidade em abstrato, além de garantir a supremacia da ordem constitucional.

Ao adentrarmos no tema central, qual seja a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, nota-se que se trata de uma inovação importante no estudo da modalidade de controle concentrado de constitucionalidade, porquanto o Supremo Tribunal Federal estende suas decisões no sentido de declarar a inconstitucionalidade de normas não impugnadas inicialmente pelos entes legitimados constitucionalmente.

Ao analisarmos o recente julgado do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a inconstitucionalidade consequencial do art. 5º da Lei 11.960/09, possibilita a conclusão de que a inconstitucionalidade por arrastamento é uma teoria que, apesar de recente no Brasil, tende a se consolidar no ordenamento jurídico pátrio, visto que sua utilização vem ganhando adeptos dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em razão da lógica que se vislumbra ao analisarmos o Direito como um emaranhado de normas interligadas.

Conclui-se, ainda, que não pode o Controle Concentrado de Constitucionalidade permanecer com o raciocínio de que só se pode declarar uma norma inconstitucional, em sede de fiscalização abstrata, os pedidos elencados pelo ente provocador da atividade jurisdicional. É necessária uma análise sistêmica e a teoria do arrastamento, por sua visão mais profunda, se torna cabível para construir decisões coerentes, lógicas e justas.

Isso porque, uma vez que a supremacia da Constituição é princípio que se irradia por todo o ordenamento, deve ser vista em todas as suas dimensões, 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. Além da verdade, houve uma ampliação do campo material e um tipo de julgamento que objetiva prestigiar a segurança jurídica, sendo o arrastamento visto como melhoria da ordem constitucional, pois normas que em tese não possuem mais eficácia no ordenamento jurídico pátrio não podem coexistir com as consideradas válidas e eficazes.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Saulo de Castro. **A suspensão da execução de lei e ato normativo pelo Senado Federal e a coisa julgada material no controle concentrado da constitucionalidade.** Revista de Processo. São Paulo. v. 74, 1994.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988. Acesso em 05 de maio de 2014.

BRASIL. Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 dez. 1997. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm)>. Acesso em 05 de maio de 2014.

BRASIL. Lei n.º 11.960, de 29 de junho de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 jun. 2009. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11960.htm)>. Acesso em 05 de maio de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4425.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>>. Acesso em 30 de abril de 2014.

BOTELHO, Sérgio Souza. **Descomplicando o Controle de Constitucionalidade Abstrato: causa de pedir aberta, inconstitucionalidade por arrastamento e transcendência dos motivos determinantes.** Teresina: Ius Navigandi, 31 de jul. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10221>. Acesso em: 30/04/2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª ed. Coimbra Almedina, 1992.

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

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo.** 17 ed. Del Rey, 2011.

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

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 3. ed. ver. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14º ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva. 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Inconstitucionalidade da lei complementar 87/96. Temas de Direito Tributário: I Congresso Nacional da Associação Brasileira de Direito Tributário.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NELSON, Wilian Eduard. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review.** Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

PADILHA TV. **Inconstitucionalidade por arrastamento vertical e horizontal.** Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=VvHN1oCPrgk>>. Acesso em 30 de abril de 2014.

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.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 17 ed. São Paulo: Malheiros, 1999

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

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

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