



**OS NOVOS RUMOS
DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE POR
VIA PRINCIPAL APÓS A ADI
4048: A POSSIBILIDADE DE
IMPUGNAÇÃO DE LEIS FORMAIS
COM EFEITOS CONCRETOS**

Delmir de Andrade Dantas Ferreira Júnior

Graduado em Direito pela UFRN

Rafael Barros Tomaz do Nascimento

Graduado em Direito pela UFRN

RESUMO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não vinha admitindo o controle de constitucionalidade por via principal de lei ou ato normativo despojados dos atributos da generalidade e abstração. A justificativa residia na idéia de que, sem esses atributos, o preceito legal que se pretendia impugnar não tinha a necessária “densidade normativa” para se realizar um controle abstrato de normas. Com esse entendimento, o STF não conhecia de ADI’s e ADC’s que tivessem como objeto as chamadas leis formais de efeitos concretos, das quais, ilustrativamente, destacam as leis com conteúdo materialmente administrativo, como as medidas provisórias responsáveis pela abertura de créditos extraordinários. Desse modo, excluía-se do controle por via principal um grande número de leis, que, por mais das vezes, não se submetiam a qualquer outra espécie de controle, nem mesmo o incidental. No entanto, na decisão da medida cautelar da ADI n. 4048/DF, a Suprema Corte, alterando jurisprudência já consolidada, permitiu que as tais leis formais emanadas do Poder Legislativo, mesmo que de efeitos concretos, fossem objeto do controle por via principal. Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é apresentar essa nova orientação do STF, confrontando-a com a anterior. Para tanto, através de uma metodologia teórico-descritiva, far-se-á pesquisas em livros doutrinários e consultas na jurisprudência do STF. Por fim, na conclusão, se demonstrará as prováveis implicações desse novo entendimento na eficácia das normas constitucionais.

Palavras-Chaves: Controle de Constitucionalidade por via principal. Lei formal com efeito concreto. Abertura de Créditos Extraordinários. Modificação na jurisprudência do STF.

1 INTRODUÇÃO

Considerando a importância do papel desempenhado pelo controle de constitucionalidade para a observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais, não é preciso ressaltar o quão relevante é a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de medida cautelar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4048/DF¹, relator Ministro Gilmar Mendes.

Através dessa decisão, passou o STF a admitir, em determinadas hipóteses, o controle de constitucionalidade por via principal de lei em sentido formal de efeitos concretos, mesmo que de conteúdo meramente administrativo.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é apresentar essa nova orientação do STF, confrontando-a com a anterior e explicitando prováveis implicações na eficácia das normas constitucionais. Através de uma metodologia teórico-descritiva, far-se-á pesquisas em livros doutrinários e consultas na jurisprudência do STF.

Para tanto, será analisada a evolução jurisprudencial do STF quanto à impossibilidade de controle de constitucionalidade por via principal de lei formal de efeitos concretos, principalmente no diz respeito à abertura de créditos extraordinários, além das principais conclusões do julgamento da ADI n. 4048/DF.

2 IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA PRINCIPAL DE LEI FORMAL DE EFEITOS CONCRETOS

2.1 Generalidade e abstração como atributos essenciais à norma objeto de controle de constitucionalidade por via principal

Dispõe o artigo 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal de 1988 (CF) que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, ação direta de inconstitucionalidade de *lei ou ato normativo federal ou estadual* e ação declaratória de constitucionalidade de *lei ou ato normativo federal*.

Trata-se de previsão, em sede constitucional, de uma das diversas modalidades de controle de constitucionalidade: o controle por via principal ou de ação, cuja característica marcante é a ausência de partes e de litígio sobre uma dada relação jurídica concreta, a exigir aplicação do direito então vigente.

O que almeja tal controle é a verificação da constitucionalidade de determinada norma, através de uma discussão objetiva acerca da sua validade. Daí decorre a consequência lógica de que, se não se pretende solucionar um conflito concreto, mas sim a proteção do próprio ordenamento jurídico, através da declaração de nulidade de norma tida como inconstitucional, o pronunciamento judicial deve ter caráter abstrato. Abstrato no sentido de que o juízo de constitucionalidade se limita ao confronto dos elementos da lei ou ato normativo com a Constituição, indepen-

¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI-MC 4048/DF**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, J. 14/05/2008, P. DJe-157.



dentemente das situações reais e concretas que o preceito pretende regular.

É nesse sentido que se fala em controle abstrato de normas, o qual, frequentemente associado ao controle concentrado e principal, significa, conforme explica Canotilho (2003), a impugnação da constitucionalidade de uma norma independentemente de qualquer litígio concreto².

No entanto, não é qualquer lei ou ato normativo que pode ser objeto desse juízo de constitucionalidade em sentido abstrato. Apesar de, em uma interpretação literal do citado dispositivo constitucional, não se vislumbrar qualquer “requisito de admissibilidade” para que uma lei ou um ato normativo sejam tidos como suscetíveis de controle por via de ação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu algumas condições. Para tanto, exigiu a presença dos aspectos da abstração e da generalidade na norma objeto desse controle.

Assim, prevaleceu no STF o entendimento segundo o qual é inadmissível a propositura de ADI e ADC contra lei ou ato normativo de *efeitos concretos*. São diversos os precedentes nesse sentido, dois quais, exemplificativamente, destacam-se ADI n. 767/AM – Amazonas, Relator(a): Min. Carlos Velloso, julgamento: 26/08/1992; ADI-MC n. 2057/AP – Amapá, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, julgamento: 09/12/1999; ADI n. 3573/DF – Distrito Federal, Relator(a): Min. Carlos Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau, julgamento: 01/12/2005; e ADI-MC-QO n. 1937/PI – Piauí, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE julgamento: 20/06/2007.

Na verdade, o entendimento do STF se releva como uma interpretação restritiva, com exclusão de atos que, embora editados sob a forma de lei (lei em sentido formal), não tenham, em seu conteúdo, os referidos aspectos de generalidade e abstração. Justificam-se a exclusão pelo fato de que “a ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o – enquanto objeto juridicamente inidôneo – para o controle normativo abstrato³”.

Mas o que são normas gerais e abstratas?

Talvez nenhuma outra classificação das normas jurídicas tenha ganhado tanta evidência quanto à distinção entre normas gerais e individuais e normas abstratas e concretas.

Noberto Bobbio (2005), para explicar as normas tidas como gerais e abstratas, parte, preliminarmente, da distinção entre normas universais e normas singulares. Aquelas contêm proposições em que o “sujeito representa uma classe com-

² Diga-se, de passagem, que é comum o uso do termo “controle de constitucionalidade abstrato de normas” como se fosse “controle de constitucionalidade por via principal”. Sendo rigorosamente técnico, o “controle abstrato” é uma *característica* do controle por via de ação: em não havendo nenhum litígio concreto, o pronunciamento judicial na ADI e ADC deve ter caráter abstrato. Destaca-se que nem Luís Roberto Barroso (2008) nem Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet (2008) contemplam o controle abstrato como modalidade de controle de constitucionalidade, fazendo menção dessa “suposta espécie” apenas quando explicam o controle por via principal. No entanto, utilizaremos indistintamente os dois termos, como se fossem sinônimos, pois o próprio STF, na ADI 4048, não se preocupou com essa distinção de ordem formal-terminológica.

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI-MC 842/DF**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Celso de Mello, J. 26/02/1993, P. DJ 14-05-1993, PP-09002.



posta por vários membros” e essas, proposições em que “o sujeito representa um sujeito singular” (BOBBIO, 2005, p. 178). No entanto, para aperfeiçoar essa primeira distinção, é necessário levar em consideração os dois elementos constitutivos de uma proposição jurídica: o sujeito (destinatário) e o objeto (ação prescrita). Segundo seu entender, tanto o sujeito quanto o objeto de uma norma jurídica pode se apresentar sob a forma universal e a singular, de modo que quatro são as possibilidades de proposições jurídicas: as de prescrições com destinatário universal, as de prescrições com destinatário singular, as de prescrições com ação universal e as de prescrições com ação singular.

A partir dessa classificação, entende por bem Bobbio (2005) “chamar de ‘gerais’ as normas universais em relação aos destinatários, e ‘abstratas’ aquelas que são universais em relação à ação” (BOBBIO, 2005, p. 180 e 181). Assim, em uma interpretação a *contrario sensu*, as normas individuais são as com destinatário singular e as concretas, com ação singular.

Arnaldo Vasconcelos (2006), por sua vez, explica que norma geral é aquela cujo preceito se dirige indiscriminadamente a todos, enquanto a norma abstrata é aquela que “preceitua em tese”.

Em síntese, podemos identificar como gerais as normas que têm como destinatários, uma pluralidade de sujeitos e como abstratas aquelas que se aplicam a todos os casos que pretendem regular. Dessa forma, “só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade⁴”.

2.2 Leis com conteúdo materialmente administrativo como típico exemplo de leis formais de efeitos concretos

Conforme ficou assentado no item anterior, o STF entende que leis em sentido formal de efeitos concretos não são suscetíveis de controle de constitucionalidade por via principal. Exige-se que a lei ou ato normativo apresente os atributos de generalidade e de abstração.

Com efeito, justamente por apresentarem como principal característica a pretensão de regular situações jurídicas concretas, as *leis com conteúdo materialmente administrativo*⁵ tornam-se o mais significativo exemplo de leis vedadas àquele tipo

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI-MC-QO 1937/PI**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, J. 20/06/2007, P. DJe-092.

⁵ Cabe aqui uma interessante observação. Eros Grau, nas ADI's em que tem oportunidade de votar, costuma identificar tais leis formais com conteúdo administrativo de “leis-medidas”. Trata-se de uma construção teórica que se deve à Fortshoff. Segundo Canotilho (2003), o doutrinador alemão, a partir da distinção feita por Carl Schmitt acerca de lei e medida e de observações realizadas na sociedade pós-primeira guerra mundial, considerou inevitável a adoção, pelo legislador, de medidas legais destinadas a resolver problemas concretos surgidos devido às constantes transformações sociais da época. Destaca-se que, pelo aspecto formal, as leis-medidas se diferenciam das “leis-clássicas” justamente pelo fato de que aquelas são leis individuais e concretas e essas gerais e abstratas. De fato, as leis formais com conteúdo administrativo não deixam de ser “leis-medidas”.



controle.

A esse respeito, bem elucidativo é o voto do Ministro Celso de Mello na ADI n. 842:

Sendo assim, atos legislativos que ostentem a *atípica* condição jurídica de instrumentos veiculadores de resoluções materialmente administrativas, não se expõem – *não obstante impugnáveis por outros meios processuais institucionalizados* – ao controle normativo abstrato, cuja atuação reclama, até mesmo em função de sua especificidade e peculiaridade, objetos jurídicos próprios. Com isso, e em face do que dispõe o art. 102, I, a, da Lei Fundamental da República, acham-se pré-excluídos – para efeito da jurisdição constitucional de controle *in abstracto* do Supremo Tribunal Federal – estatais *desprovidos* de normatividade.

Objeto do controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte, são, em nosso sistema de direito positivo, *exclusivamente*, os atos normativos federais, distritais ou estaduais. Refogem a essa jurisdição excepcional de controle os atos materialmente administrativos, *ainda que incorporados ao texto de lei formal*⁶. [grifos no original]

No mesmo sentido,

A ação direta de inconstitucionalidade e o meio pelo qual se procede, por intermédio do Poder Judiciário, ao controle da constitucionalidade das normas jurídicas “in abstracto”. Não se presta ela, portanto, ao controle da constitucionalidade de atos administrativos que tem objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei - as leis meramente formais, porque tem forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstracto⁷.

Na jurisprudência do STF, podemos citar como exemplos de atos administrativos editados sob a forma de lei: lei estadual que dispõe sobre a revisão de proventos de servidores da Secretaria de Estado da Fazenda (ADI n. 767), decreto legislativo autorizando o Poder Executivo a desempenhar atividade tipicamente administrativa (ADI n. 3573), decreto legislativo de Assembléia Legislativa Estadual que impôs a reintegração de servidores que aderiram a determinado programa de desligamento voluntário (ADI-MC-QO n. 1937-6), leis orçamentárias (ADI n. 2535) e medidas provisórias responsáveis pela abertura de créditos extraordinários (ADI

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI-MC 842/DF**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Celso de Mello, J. 26/02/1993, P. DJ 14-05-1993, PP-09002.

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 647/DF**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Moreira Alves, J. 18/12/1991, P. DJ 27-03-1992, PP-03801.



n. 1496-0).

Em relação a essas duas últimas hipóteses, a Suprema Corte tem sido frequentemente provocada para se pronunciar acerca de sua constitucionalidade. Nesse sentido, dedicaremos um tópico específico ao assunto, dando ênfase ao caso dos créditos extraordinários, precisamente por ser o objeto da ADI n. 4048.

3 O CASO DOS CRÉDITOS EXTRAORDINÁRIOS: USO ABUSIVO ATRAVÉS DE MEDIDAS PROVISÓRIAS E A COMPLACÊNCIA DO STF

3.1 Os créditos extraordinários

Tanto as *leis orçamentárias* previstas no artigo 165 da Constituição Federal – plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual –, quanto as *leis responsáveis pela abertura dos créditos adicionais* previstos nos artigos 40 e 41 da Lei nº 4.320/1964 (a Lei Geral do Orçamento), são consideradas *leis formais de efeitos concretos*, pois, apesar de tais atos jurídicos serem editados sob a forma de lei, são, na verdade, *atos administrativos de conteúdo determinado e que têm destinatários certos*. Dessa forma, nunca se admitiu o controle de constitucionalidade por via principal das referidas leis.

No que diz respeito aos créditos adicionais, o art. 40 da Lei nº 4.320/1964 estabelece que se tratam de *autorizações de despesa não computadas ou dotadas de maneira insuficiente na lei do orçamento anual*.

O artigo 41 da Lei Geral do Orçamento, por sua vez, classifica os créditos adicionais em: *créditos suplementares*, os destinados a reforço de dotação orçamentária existente; *créditos especiais*, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica, o que de forma alguma significa despesas imprevisíveis; e *créditos extraordinários*, os destinados a despesas, essas sim, urgentes e imprevistas, vinculadas às hipóteses de guerra, comoção intestina ou calamidade.

Com o advento da vigente CF, a disciplina dos créditos suplementares e especiais continuou a mesma. Entretanto, com relação aos créditos extraordinários, houve duas inovações.

Primeiro, o artigo 167, § 3º, da CF, estabeleceu que a abertura de crédito extraordinário *somente* será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, *como as decorrentes de guerra*, comoção interna ou calamidade pública. Isto é, deu-se maior ênfase a imprevisibilidade e urgência da despesa e colocou-se as três situações de maneira *exemplificativa* e não taxativa, como poderia se concluir de uma interpretação literal da antiga redação. Segundo, o art. 62, § 1, I, “d”, da CF, permitiu a edição de medida provisória para abertura de créditos extraordinários, vedando-se, contudo, a utilização dessa espécie normativa sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares.

Mas, de onde viriam os recursos que viabilizariam a abertura dos créditos extraordinários?

De acordo com o jurista Benvenuto Griziotti, citado por Régis de Oliveira (2006), os gastos podem ser *ordinários* ou *extraordinários*. A importância dessa classificação se dá na medida em que serve para a escolha dos recursos que devem



prover tais despesas. Os gastos ordinários são realizados com recursos que possam renovar-se a cada orçamento, em outras palavras, com *recursos ordinários* resultantes de disponibilidades da renda nacional que podem destinar-se às despesas comuns da atividade administrativa. Enquanto que os extraordinários se destinam ao provimento de *despesas momentâneas*, de caráter *esporádico*.

Nesse sentido, para a abertura dos créditos suplementares e especiais, o artigo 43 da Lei Geral do Orçamento determina que são necessárias a prévia exposição de justificativa e a existência de recursos disponíveis (ou seja, suficientes e não comprometidos com outras despesas). Recursos estes que podem ser das seguintes origens: do superávit financeiro apurado em balanço patrimonial do exercício financeiro; dos provenientes de excesso de arrecadação; dos resultantes de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais, autorizados em lei; e do produto de operações de crédito autorizadas, em forma que juridicamente possibilite ao Poder Executivo realizá-las.

Em síntese, os créditos suplementares e adicionais são abertos com a utilização de *recursos ordinários* destinados a cobrir, portanto, *despesas ordinárias*.

Já no caso da abertura de créditos extraordinários, a fonte de recursos vem da arrecadação de tributos de natureza temporária, os quais, de acordo com Kiyoshi Harada (2008), visam exclusivamente o atendimento *despesas extraordinárias*, ou seja, tratam-se dos: *empréstimos compulsórios* instituídos pela União, mediante Lei Complementar, para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (art. 148, I, da CF); e *impostos extraordinários* instituídos pela União na iminência ou no caso de guerra externa, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação (art. 154, II, da CF).

Desde 1988, a União não se intimidou em abrir créditos extraordinários através de medidas provisórias para atender despesas correntes e de capital (*gastos ordinários*), sem nenhuma nota de urgência nem muito menos de imprevisibilidade, utilizando-se de *recursos ordinários* que só poderiam ser utilizados para abertura de créditos suplementares e especiais.

Como as leis ou medidas provisórias responsáveis pela abertura de crédito extraordinário são consideradas *leis formais de efeitos concretos*, o Pretório Excelso entendia que referidos atos não eram passíveis de controle de constitucionalidade por via principal por carência de abstração, generalidade e impessoalidade.

Tal entendimento permitiu durante duas décadas que o Executivo se utilizasse de medidas provisórias para cobrir despesas correntes, sem nenhuma nota de imprevisibilidade e urgência, com o total beneplácito dos Poderes Legislativo e Judiciário.

3.2 O entendimento paradigma sustentado pelo STF

Como uma das decisões paradigmas que contribuíram para a solidificação do entendimento de não ser possível o controle de constitucionalidade sobre a edição de medidas provisórias para abertura de créditos extraordinários, tem-se a



ADI n. 1496-0/DF⁸, na qual se apreciou a inconstitucionalidade da Medida Provisória (MP) n. 1513/96, por ausência dos requisitos de imprevisibilidade e urgência previstos no art. 167, § 3º, da CF.

Nessa ADI, entendeu o STF que não cabe ação direta de inconstitucionalidade de ato jurídico que tiver destinatário certo e objeto determinado, mesmo que haja exigência constitucional para que tal ato se revista sob a forma de lei (na hipótese, medida provisória).

Igualmente, observou a Suprema Corte que não era admissível discutir, em sede de ADI, fatos que não decorram objetivamente do ato impugnado. Assim, não era possível controle abstrato de lei formal que abrisse crédito extraordinário porque demandaria, por um lado, análise da realidade fática para se saber se haveria situação de emergência (o que exigiria produção de provas) e, por outro lado, análise da lei do orçamento vigente no ano para se saber se há ou não, no próprio orçamento, previsão de recursos a ser destinados a situações de crise.

O mesmo entendimento foi aplicado no julgamento das ADI's n. 3487/DF⁹, em 2005, e da n. 3709/DF¹⁰, em 2006.

Todo e qualquer questionamento, em abstrato, sobre a constitucionalidade de leis orçamentárias e de leis responsáveis pela abertura de créditos adicionais era vedado, como claramente se percebe, visto que o Supremo não admitia, sob nenhum argumento, o controle de constitucionalidade por via principal de leis formais de feitos concretos.

3.3 ADI n. 2925-DF: um pequeno e importante passo

Vale destacar que, em 2003, no julgamento da ADI n. 2925/DF¹¹, o STF reconheceu o caráter normativo de algumas disposições da Lei federal n. 10.640/2003 (Lei Orçamentária Anual da União, que, dentre outras matérias, disciplinou a destinação da receita da CIDE-Combustíveis). Na oportunidade, considerou-se inconstitucional a abertura de crédito suplementar com destinação contrária ao disposto no artigo 177, §4º, inciso II, alíneas "a", "b" e "c", que enumera de maneira exaustiva as possíveis destinações da CIDE-Combustíveis.

Em sua decisão, por maioria, o Supremo acolheu a preliminar de cabimento do controle abstrato sobre lei orçamentária, sob o argumento de que os dispositivos impugnados eram dotados de suficiente abstração e generalidade.

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade sobre normas orçamentárias houve, portanto, uma evolução, visto que se admitiu que quando existissem

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1496/DF**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, J. 21/11/1996, P. DJ 18-05-2001, PP-00430.

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3487/DF**, Decisão Monocrática, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 09/05/2005, P. DJ 17/05/2005, PP-00043.

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3709/DF**, Decisão Monocrática, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 05/05/2006, P. DJ 15/05/2006, PP-00029.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 2925/DF**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Rel.: Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, J. 19/12/2003, P. DJ 04-03-2005, PP-00010.



dispositivos dotados de suficiente abstração e generalidade, esses poderiam ser impugnados caso contrariassem a Constituição Federal.

Destarte, as leis orçamentárias e as responsáveis pela abertura de créditos adicionais já não eram mais inatingíveis. Somente se possuísem efeitos concretos é que, então, permaneceriam inatingíveis.

Aproveitando a mudança de entendimento produzida na ADI n. 2925/DF, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) propôs a ADI n. 3712/DF¹², cujo objeto era a MP n. 290/2006¹³, responsável pela abertura créditos extraordinários, utilizando-se de um novo argumento: o de não discutir “o conteúdo de um crédito extraordinário em si mesmo, mas, sim, o real enquadramento de um determinado crédito na categoria de ‘extraordinário’, a única que Constituição Federal admite à medida provisória”. O STF, no julgamento, considerou tal distinção artificial e meramente retórica, pois acabaria por se imiscuir na análise do “conteúdo” ou da “natureza” dos créditos extraordinários, decidindo ser inviável a aferição da nota de imprevisibilidade e urgência e que não lhe era lícito “controlar ou estimar o juízo de urgência e relevância, que autoriza a edição de medida provisória pelo Poder Executivo, posto que atinente à matéria orçamentária”.

Contudo, só foi no recente julgamento da ADI n. 4048-1/DF, em sede de medida cautelar, cujo objeto é a MP n. 405/2007, que o STF quebrou esse paradigma construído ao longo de duas décadas sobre a apreciação da constitucionalidade das leis formais de efeitos concretos, viabilizando integralmente o controle sobre abertura de créditos extraordinários.

4 A ADI 4048 E A MUDANÇA DO ENTENDIMENTO PARADIGMA DO STF

4.1 O objeto da ADI 4048

A Medida Provisória n. 405, de 18 de dezembro de 2007, abriu créditos extraordinários em favor da Justiça Eleitoral e de diversos (e diversos, mesmo) órgãos do Poder Executivo, no valor global de R\$ 5.455.677.660,00 (*cinco bilhões, quatrocentos e cinquenta e cinco milhões e seiscentos e setenta e sete mil reais*), para cobrir gastos que vão desde promover ações necessárias à implantação da TV Digital do Brasil, passando por construção de pontes e chegando até a implantação do centro de treinamento de canoagem *slalom*, de acordo com os fins especificados nos Anexos I e III da referida MP.

Em seu artigo 2º, a MP n. 405/07 dispõe de onde decorrem os recursos necessários para abertura dos créditos extraordinários: superávit financeiro apurado no Balanço Patrimonial da União do exercício de 2006, excesso de arrecadação, anulação parcial de dotações orçamentárias, ingresso de operação de crédito relativa

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3712/DF**, Decisão Monocrática, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 27/04/2006, P. DJ 04/05/2006, PP-00022.

¹³ Destaca-se que se trata do mesmo objeto da ADI n. 3709/DF, inclusive, havendo conexão com essa última.



ao lançamento de Títulos da Dívida Agrária e repasse da União sob a forma de participação no capital de empresas estatais. Em resumo, *recursos ordinários* os quais só poderiam ser utilizados para a abertura de *créditos suplementares e especiais*, e nunca para a de *créditos extraordinários*.

4.2 O julgamento da ADI n. 4048

No julgamento da medida cautelar da ADI n. 4048/DF, o STF interpretou o artigo 167, § 3º, de maneira conjunta com o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da CF. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), entendeu-se que a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, o STF pontificou que os requisitos de *imprevisibilidade e urgência* – previstos no art. 167, § 3º – recebem densificação normativa da Constituição.

Dessa forma, os conteúdos semânticos das expressões “guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” constituem vetores para interpretação/aplicação do art. 167, § 3º cumulado com o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. “Guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias.

O Relator, Min. Gilmar Mendes, ponderou que a leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/207 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover *despesas correntes*, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou urgência.

A edição da MP nº 405/2007, pelo novo entendimento do Tribunal, configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para abertura de créditos extraordinários.

Por fim, o STF, preliminarmente, conheceu da ação, por dez votos a um (vencido apenas o Ministro Cezar Peluzo), e, em seguida, concedeu a cautelar, por seis votos a cinco¹⁴, suspendendo a vigência da Medida Provisória nº 405/2007.

4.3 Os avanços experimentados

Por mais que se pretenda prolongar determinado entendimento jurisprudencial, com o intuito de garantir maior estabilidade às relações jurídicas, não há como negar que a evolução da hermenêutica constitucional implique na mudança da aplicação de certos preceitos constitucionais em relação à determinada matéria.

¹⁴ Votaram pela concessão da medida cautelar os Ministros: Gilmar Mendes (Relator), Celso de Mello, Marco Aurélio, Carlos Britto, Eros Grau e Carmem Lúcia. Vencidos os Ministros: Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Cezar, Ellen Gracie e Menezes.



Nesse sentido, explica Bonavides (2003) que o sistema constitucional, de inspiração valorativa e teológica, permite uma metodologia pluralista no âmbito da interpretação constitucional, capaz de comportar distintas formas de exame da norma constitucional, em relação "aos valores, aos fins, às razões históricas, aos interesses, a tudo enfim que possa ser conteúdo e pressuposto da norma" (BONAVIDES, 2003, p. 135). Explica, ainda, o citado constitucionalista que "o sistema constitucional pede o emprego de métodos hermenêuticos que possam de perto acompanhar as *variações dinâmicas da Constituição, preso atentamente ao critério evolutivo, sempre de fundamental importância para a análise interpretativa*" (BONAVIDES, 2003, p. 140 – grifo nosso).

Sendo, portanto, o direito, especialmente o constitucional, influenciado pelos valores históricos, pode-se, facilmente, chegar à conclusão de que aquilo que outrora era entendido de uma forma seja entendido de forma diametralmente oposta, a depender dos rumos interpretativos.

É o que se passa na presente hipótese: tem-se uma nova interpretação art. 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal. Se antes entendia o Supremo que a lei ou ato normativo federal ou estadual, para ser impugnável via controle abstrato de normas, tinha que ter "densidade normativa", de modo que estejam presentes os aspectos da abstração e da generalidade, hoje, a partir da ADI 4048, esses requisitos não são mais necessários. Basta que se trate de lei em sentido formal, ou seja, basta que o ato normativo se apresente em uma das formas do art. 59 da Constituição Federal.

Perceba que não é a intenção do STF ampliar indiscriminadamente a sua jurisdição constitucional, permitindo o controle de constitucionalidade por via principal de atos do Poder Público desprovidos de caráter normativo primário. Todo e qualquer ato de regulamentação de natureza secundária, ou seja, aqueles que tiram seu fundamento de validade na lei, como os decretos e os regulamentos emitidos pelo Executivo, ainda continuam excluídos desse controle. Persiste, ainda, a necessidade de inovação na ordem jurídica.

Essa modificação interpretativa¹⁵ pode ser sintetizada no seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão

¹⁵ Aqui uma pequena observação: Gilmar Mendes, na ADI-MC-QO 1937/PI, já sinalizava como provável essa modificação jurisprudencial do STF.



ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária.

Ressalte-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque *abstrato* — isto é, não vinculado ao caso concreto — há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade¹⁶. [Grifos no original]

Dois são os pontos importantes do voto de Gilmar Mendes. Primeiro, é agora possível vislumbrar uma distinção entre lei formal emanada do Poder Legislativo e ato normativo, pelo menos para fins de controle de constitucionalidade por via principal. Somente em relação a este, é que haverá a exigência da referida “densidade normativa”. Segundo, e essa é a parte interessante, o que deve ser “abstrata” é controvérsia constitucional suscitada, “independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto”.

Resumindo: podemos afirmar que o grande avanço dessa nova orientação do STF é a de, ao permitir o controle de constitucionalidade por via principal de leis formais de efeitos concretos, impedir que a desordem generalizada no sistema orçamentário brasileiro se perpetue.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso analisado no presente trabalho é um nítido exemplo do uso abusivo de medidas provisórias por parte do Executivo.

Quando a União se utiliza das leis orçamentárias para realização da despesa pública, há a intensa participação do Legislativo, da sociedade civil organizada e dos grupos de pressão na determinação de onde serão alocados os recursos públicos.

O grave abuso cometido pelo Executivo federal nos últimos 20 anos é justamente a utilização de medidas provisórias para abertura de créditos extraordinários, sob uma falsa alegação de urgência e imprevisibilidade, com o intuito de realizar despesas correntes e de capital (*gastos ordinários*), com a total complacência do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal.

Veja-se o exemplo da MP n. 405/2007. Houve a abertura de créditos extraordinários para prover despesas ordinárias que iam desde recursos para promover ações necessárias à implantação da TV Digital do Brasil (investimento), até gastos de menor relevância como a implantação de um centro de treinamento de canoagem *slalom*.

Em outras palavras, por duas décadas, o Executivo se investiu no poder

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI-MC 4048/DF**, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, J. 14/05/2008, P. DJe-157.



de realizar despesas públicas, da melhor forma que lhe conviesse, desrespeitando os princípios democráticos, da separação de poderes e da supremacia da constituição. É como se o país estivesse sendo governado em um estado permanente de guerra, comoção interna e calamidade pública.

O Legislativo se manteve inerte diante dos requisitos de urgência e relevância previstos no caput do artigo 62 da CF e o STF omissivo face à impossibilidade do controle de constitucionalidade por via principal das leis formais de efeito concreto.

A participação democrática, através do Parlamento e da sociedade civil, na alocação dos recursos, é um dos principais postulados do Estado de Direito. Enquanto, atualmente, vivencia-se a efervescência do debate sobre o *orçamento participativo*, o Executivo federal toma atitudes à altura das famigeradas ditaduras latino-americanas de décadas atrás, nas quais os poderes Legislativo e Judiciário eram meros figurantes de uma tragédia institucionalizada.

A reorientação do entendimento que vinha sendo adotado pelo STF, através do julgamento, em sede de medida cautelar, da ADI n. 4048, representou a mudança de postura de *legitimação da impunidade* para elevação em grau máximo do *princípio da supremacia da Constituição*.

Leis orçamentárias e medidas provisórias responsáveis pela realização de despesas públicas são normas da mais alta importância para a atividade administrativa de qualquer país sério e não podem ser deixadas imunes ao controle de constitucionalidade sob pena de contribuir para a ineficácia das normas constitucionais.

Sendo “suprema” a Constituição, deve haver alguma espécie de forma para garantir a preservação dos preceitos constitucionais, o que coube, principalmente, ao controle de constitucionalidade, o qual, através da verificação da compatibilidade entre as demais normas componentes do ordenamento e a Constituição, garante, de certa maneira, um mínimo de eficácia às normas constitucionais.

Tamanha é a importância do controle de Constitucionalidade que chega Bonavides a afirmar que:

Sem controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental. (BONAVIDES, 2003, p. 297).

Diante de todo o exposto, o STF não poderia continuar a se omitir quanto à análise da constitucionalidade de um sem números de leis que – e isso não é difícil afirmar – contrariavam o texto constitucional, a pretexto de serem leis formais de efeitos concretos. Continuar com essa omissão seria atingir diretamente a higidez do Estado Democrático de Direito, que tem, como um de seus princípios norteadores, a supremacia da Constituição.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Traduzido por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: EDIPRO, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

HARADA, Kiyoshi. **Abertura de Créditos Extraordinários. Exame da MP n. 405/07. Efeitos da Decisão do STF**. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br>>. Acesso em: 30 out. 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



THE NEW DIRECTIONS OF THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY BY ACTION AFTER THE ADI 4048: THE POSSIBILITY OF CONTESTING FORMAL LAWS WITH CONCRETE EFFECT

ABSTRACT

The jurisprudence of *Supremo Tribunal Federal* was not admitting the control of constitutionality by action of law or normative act stripped of the attributes of generality and abstraction. The justification used to lie on the idea that, without these attributes, the legal precept that they wanted to be contested did not have the necessary "normative density" to make an abstract control of rules. With this understanding, the STF did not accept ADI's and ADC's which had as an object the called formal laws with concrete effects, such as the laws with administrative content, as the *medidas provisórias* (interim measures) responsible for opening the extraordinary claims. So, a large number of laws used to be excluded from the control by action, which in most cases, were not submit to any kind of control, not even the incidental one. However, in the decision of the *medida cautelar* (precaution measure) of the ADI n. 4048/DF, the Supreme Court, changing jurisprudence already consolidated, allowed that formal laws edited by Legislative Power, even with concrete effects, were submit to constitutionality's control by action. In this sense, the objective of this essay is to present this new orientation of STF, confronting it with the previous one. To do it, through a methodology theoretical-descriptive, will be done research in books and consultations in the STF's jurisprudence. Finally, in conclusion, will be shown the likely implications of this new understanding on the effectiveness of the constitutional rules.

Keywords: Control of constitutionality by action. Formal law with concrete effect. Opening of Extraordinary Claims. Modification on the STF's jurisprudence.

Artigo finalizado em outubro de 2008.

