

DESCRIÇÃO

O controle de constitucionalidade e o processo constitucional no Direito brasileiro.

PROpósito

Analizar os fundamentos e mecanismos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para o controle de constitucionalidade, que estão entre os principais temas do Direito Constitucional. O seu estudo é importante para a correta aplicação da Constituição e uma melhor compreensão das discussões jurídicas relevantes no país.

PREPARAÇÃO

Antes de iniciar o conteúdo deste tema, tenha em mãos a Constituição Federal de 1988 e as leis 9.868/99 e 9.882/99.

OBJETIVOS

MÓDULO 1

Identificar os conceitos relativos ao controle de constitucionalidade

MÓDULO 2

Diferenciar os sistemas e modelos de controle de constitucionalidade

MÓDULO 3

Identificar as ações de controle de constitucionalidade

INTRODUÇÃO

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, cuja organização está prevista na sua Lei Maior, que é a Constituição Federal de 1988. Nela, além das instituições e poderes do Estado, também estão previstos o sistema de governo, os direitos e garantias fundamentais, dentre outros aspectos essenciais para um país que se propõe a ser uma democracia que almeja o bem de todos.

Considerando a relevância que a Constituição assume em um Estado de Direito, e a posição de superioridade que ocupa na hierarquia do nosso ordenamento jurídico, é essencial haver meios de protegê-la, resguardando os seus preceitos, que constituem a base do nosso sistema e dos valores que a sociedade reputa essenciais.

É nesse contexto que surge o controle de constitucionalidade. Ele consiste em instrumentos previstos na própria Constituição para resguardar a sua autoridade e hierarquia. Trata-se de um arcabouço jurídico complexo, porém igualmente importante, e que será estudado detalhadamente a seguir.

MÓDULO 1

- ① Identificar os conceitos relativos ao controle de constitucionalidade

CONCEITO, ANTECEDENTES HISTÓRICOS E MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE



O ordenamento jurídico é composto por um conjunto de normas. Dentre elas, a Constituição é a norma hierarquicamente superior a todas as demais. É por isso que se fala no princípio da supremacia da Constituição. Essa superioridade ficaria desprotegida se não houvesse nenhum mecanismo para remediar as violações contra ela perpetradas pelo Executivo ou pelo Legislativo. É nesse contexto que surge o **controle de constitucionalidade**, como mecanismo para resguardar a supremacia da Constituição, em razão da posição que ocupa no ordenamento jurídico.

Luís Roberto Barroso (2011) aponta duas premissas necessárias para a existência do controle de constitucionalidade:

1

SUPREMACIA

A supremacia da Constituição diz respeito à sua posição hierárquica dentro do ordenamento jurídico. Ela está acima de todas as leis e atos normativos, servindo-lhes de fundamento de validade.

2

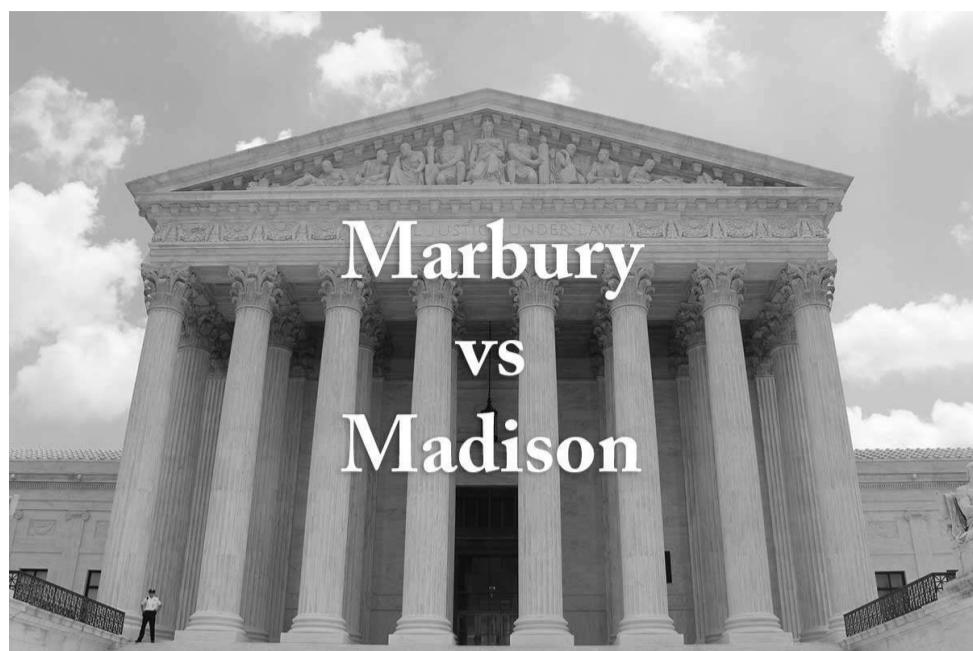
RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

A rigidez da Constituição, por sua vez, indica que o processo de elaboração de uma norma constitucional é mais rígido e complexo do que aquele previsto para as normas infraconstitucionais (veja-se, por exemplo, o artigo 60 da Constituição). A rigidez constitucional distingue claramente as normas constitucionais daquelas infraconstitucionais. Não fosse assim, eventual lei que contrariasse a Constituição não seria constitucional, mas apenas revogaria a norma com ela incompatível.

Portanto, a posição hierárquica ocupada pela Constituição no ordenamento jurídico, somada a um procedimento específico para a elaboração das suas normas, justifica a existência do controle de constitucionalidade, cujo objetivo é o de resguardar a supremacia constitucional e a harmonia do sistema.

O surgimento do controle de constitucionalidade ocorre no caso *Marbury vs Madison*, talvez o caso mais importante do direito constitucional.

Confira a seguir.



O governo do então presidente da república, John Adams, estava terminando e Thomas Jefferson seria o próximo presidente. Entretanto, no final do seu mandato, nomeou William Marbury para ser juiz de paz. Contudo, não houve tempo hábil para empossá-lo.

Ao assumir a presidência, Thomas Jefferson decidiu não nomeá-lo mais, orientação seguida pelo seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregou os atos de investidura a William Marbury. Inconformado, Marbury ajuiza uma ação judicial na Suprema Corte, o *writ of mandamus*, para obrigar Madison a lhe dar posse no cargo.

WRIT OF MANDAMUS

Espécie de ação judicial existente nos Estados Unidos.

Ao se deparar com o caso, o juiz Marshall se valeu do seguinte raciocínio: o rol de competências originárias da Suprema Corte estava previsto na Constituição. Não estava nessa lista a ação proposta por Madison, que fundamentou o seu pedido em uma lei federal que estendia essa competência à Suprema Corte. Este foi o ponto central da discussão constitucional do caso. Como as competências da Suprema Corte estavam arroladas na Carta constitucional de forma taxativa, Marshall entendeu que não caberia ao Legislativo, por processo ordinário, alterá-las. **A lei que dava essa competência à Suprema Corte era, portanto, inconstitucional.**



▣ Fotografia de Thurgood Marshall tirada entre 1935 e 1940.

A partir do julgamento deste caso em 1803, a Suprema Corte deixou claro o seu poder de negar aplicação às leis que violassem a Constituição. Mesmo sem previsão expressa neste sentido, esta possibilidade seria uma decorrência lógica do sistema. Marshall estabeleceu três fundamentos no seu voto:

1º FUNDAMENTO

A supremacia da Constituição.

2º FUNDAMENTO

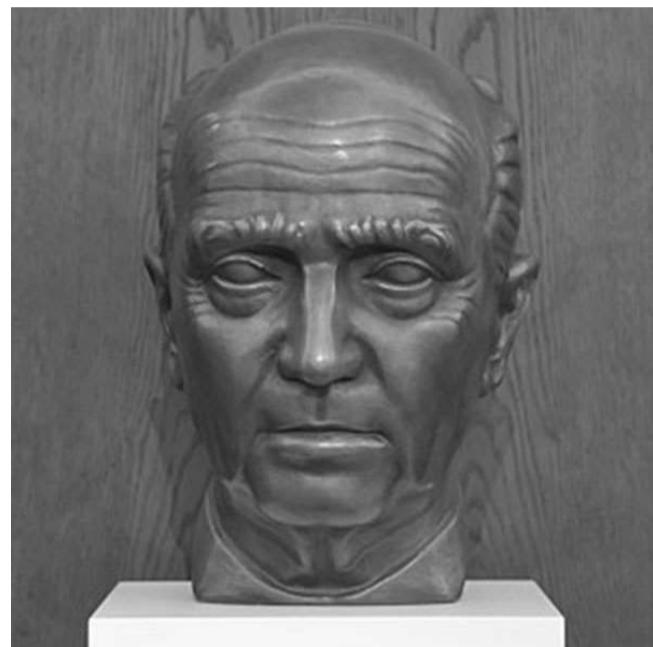
A nulidade da lei que contrarie a Constituição.

3º FUNDAMENTO

O Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição.

Surge, assim, o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, no qual qualquer juiz pode exercê-lo no caso concreto. O juiz não analisa a constitucionalidade em tese, em abstrato, mas, sim, a partir de uma lide, de uma ação judicial em curso.

Além disso, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são retroativos, já que uma lei que nasce inconstitucional não pode produzir nenhum efeito, por se tratar de uma hipótese de nulidade do ato legal.



▣ Busto de Hans Kelsen. Tribunal Regional de Viena, 2016.

Na Europa, contudo, o controle de constitucionalidade vai se inspirar em outra teoria: a de **Hans Kelsen**, o grande jurista responsável pela sua introdução na Constituição da Áustria em 1920.

Ele via com desconfiança o sistema americano, manejado por todo e qualquer juiz, com poder para afastar as decisões do Poder Legislativo. Ele defende, então, a criação de um órgão especial para exercer a jurisdição constitucional, uma corte constitucional. Essa corte constitucional agiria como um “legislador negativo”, suprimindo da ordem legal aquelas normas que, porventura, colidissem com a Constituição.

Para esse modelo, a eficácia temporal da sentença de inconstitucionalidade é imediata, mas não retroativa. Trata-se de um modelo totalmente diferente do modelo americano que nós vimos anteriormente. Não há mais casos concretos. A constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei é aferida em tese, em abstrato. Nesse sistema, os legitimados propõem a ação perante a corte constitucional, que avalia a questão jurídica posta sem qualquer disputa judicial, sem lide, sem as partes de um processo individual.

RESUMINDO

Em suma, para Kelsen, a lei é válida até que uma corte constitucional pronuncie a sua inconstitucionalidade. E temos aqui uma diferença crucial para o sistema americano: a inconstitucionalidade geraria apenas a anulabilidade do ato, e não a sua nulidade. A consequência prática disso é que a decisão a esse respeito teria natureza constitutiva negativa, com efeitos *ex nunc* (ou seja, dali em diante), sem retroagir ao momento de nascimento da lei.

Quanto aos modelos de controle de constitucionalidade, temos a seguinte classificação:

QUANTO À NATUREZA DO ÓRGÃO DE CONTROLE

Jurisdicional: é o controle exercido por órgãos do Poder Judiciário. Cabe a ele ser o intérprete final da Constituição. Evita-se que um mesmo órgão – o Poder Legislativo – produza e ao mesmo tempo fiscalize a lei, de modo a tornar mais eficaz a proteção à Constituição.

Político: exercido pelo Poder Legislativo ou pelo Executivo. O Chefe do Executivo, por exemplo, pode vetar o projeto de lei sob o argumento de ser inconstitucional (se for lei federal, o presidente; se estadual, o governador; se municipal, o prefeito). Outro exemplo são as Comissões de Constituição e Justiça presentes no âmbito do Poder Legislativo, seja em âmbito federal, seja estadual. Os projetos de lei passam por essa Comissão, que analisam a sua compatibilidade com a Constituição. Há, portanto, um órgão político, do Legislativo, exercendo o controle de constitucionalidade da lei.

EM RELAÇÃO AO MOMENTO EM QUE O CONTROLE É EXERCIDO

Preventivo: o voto dado pelo Chefe do Executivo, que nós vimos anteriormente, é um exemplo do controle preventivo, uma vez que no momento do voto ainda não há lei. Da mesma forma acontece quando a Comissão de Constituição e Justiça arquiva um projeto de lei por inconstitucionalidade. O STF também tem admitido o controle

judicial preventivo de constitucionalidade, em casos excepcionais em que há um desrespeito ao processo legislativo constitucionalmente previsto. O Tribunal entende que, nestes casos, apesar de ainda tratar-se de mero projeto de lei, já está configurada a violação à Constituição, conforme já decidiu no MS 34530 MC/DF e no MS 20.257.

Repressivo: em regra, é exercido pelo Poder Judiciário, pressupondo-se a existência de uma lei já em vigor. Quando se pensa em controle político, normalmente se pensa no preventivo, mas também existem modalidades de controle político repressivo. Por exemplo: o **artigo 49, V, da Constituição Federal**, que permite ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Outra possibilidade está na autotutela administrativa. Trata-se do poder-dever da Administração Pública de rever e anular de ofício (independente de provocação) os seus atos, quando inválidos. E o ato unconstitutional é um ato inválido. Ao fazer isso, ela exerce um controle político e, não obstante, repressivo. Veja-se, neste sentido, a **súmula 473 do STF** e o **art. 53 da Lei 9784/99**.

ARTIGO 49, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

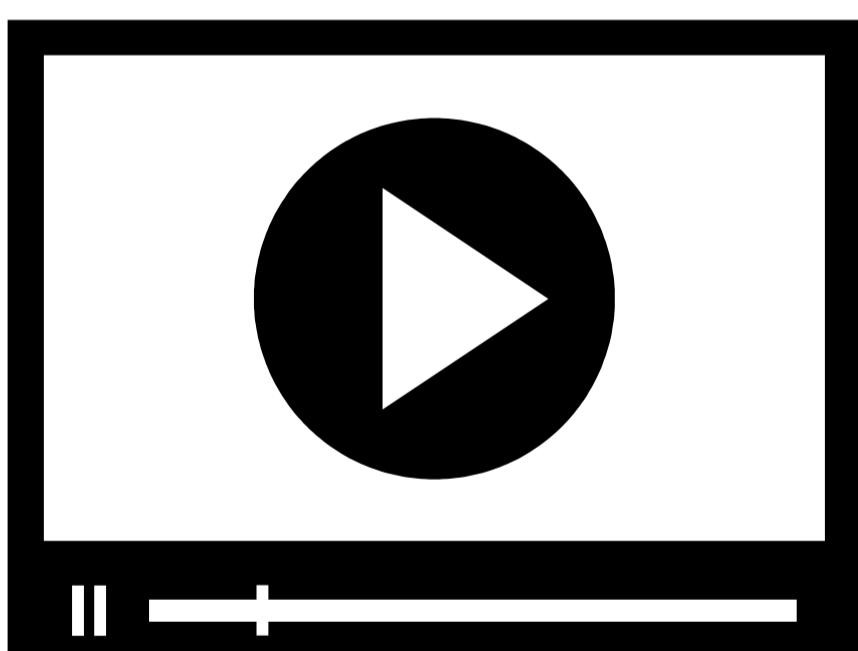
É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

SÚMULA 473 DO STF

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

ART. 53 DA LEI 9784/99

A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.



Assista ao vídeo com o professor Thiago Aleluia sobre modelos de controle.



CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE



Esclarecido o que é o controle de constitucionalidade, cumpre analisar o parâmetro para esse controle, também chamado de bloco de constitucionalidade. Fazem parte dele:

As normas originárias da Constituição Federal de 1988.

As emendas constitucionais.

Os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito do **art. 5º, § 3º da Constituição**.

Os princípios implícitos decorrentes da Constituição.

ART. 5º, § 3º DA CONSTITUIÇÃO

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Será que o preâmbulo pode ser parâmetro para o controle de constitucionalidade?

O STF enfrentou essa questão na ADI 2076, entendendo que o texto do preâmbulo não tem força normativa.

Em relação aos tratados internacionais, é importante tecer alguns esclarecimentos a mais. Em regra, eles possuem status de lei ordinária federal. Se versarem sobre direitos humanos, eles terão natureza **supralegal** ou seja, acima das leis e abaixo da Constituição. Caso sejam incorporados sob o rito do art. 5º, § 3º da Constituição (acrescentado pela emenda constitucional 45/04), terão natureza constitucional, tornando-se parte integrante da Constituição.

É neste contexto que surge o chamado **controle de convencionalidade**. Ele consiste na análise da compatibilidade das leis e atos normativos em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Conforme vimos anteriormente, caso o tratado tenha sido incorporado pelo rito do art. 5º, § 3º da Constituição, ele também fará parte do bloco de constitucionalidade, aplicando-se nesta análise as mesmas regras para o controle de constitucionalidade em geral.

SUPRALEGAL

Assim decidiu o STF no RE 466343, Relator Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008.

INCONSTITUCIONALIDADES E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL



INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Constituição não é violada só quando alguém a infringe. Ela também é violada quando se deixa de fazer aquilo que ela determina. Muitas normas constitucionais dependem de regulamentação, mas apesar disso, o legislador muitas vezes se omite, fica inerte. Isso configura uma **mora legislativa**. Quando isso acontece, temos uma **inconstitucionalidade por omissão total**.

★ EXEMPLO

Até hoje, o Congresso Nacional não fez uma lei disciplinando o direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII. Diante dessa omissão, o Supremo Tribunal Federal, nos mandados de injunção 670, 708 e 712, entendeu ser aplicável a Lei 7.783/1989 (que regula a greve dos trabalhadores do setor privado) aos servidores públicos.

Podemos ter também a **inconstitucionalidade por omissão parcial**, que comporta duas espécies: omissão relativa e omissão parcial propriamente dita.

Confira os detalhes de cada uma abaixo:

OMISSÃO RELATIVA

Teremos uma omissão relativa quando o vício disser respeito a alguns destinatários da norma, mas não a todos. Basicamente é quando a norma existe, mas não atinge a todos aqueles que deveria. Segundo Barroso (2011), a omissão é relativa quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia.

Um exemplo é a concessão de um benefício a determinada categoria de servidores em detrimento de outra. Quem recebeu, não recebeu errado, pelo contrário, teve um direito reconhecido. O problema foi a lei não tê-lo estendido para os demais que possuíam o mesmo direito. A solução deste tipo de inconstitucionalidade não é simples, esbarrando muitas vezes na **súmula 339 do STF**.

INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL

Já a inconstitucionalidade por omissão parcial propriamente dita ocorre quando a omissão diz respeito a todos os destinatários da norma. O legislador atua de modo insuficiente quanto à obrigação imposta pela Constituição, mas sem violar a isonomia.

O exemplo típico é a lei do salário mínimo. O artigo 7º, IV, CF, diz que o salário mínimo deve ser suficiente para a saúde, alimentação, moradia, transporte, lazer etc. Evidentemente, ele não é suficiente para custear isso tudo. Contudo, se a lei for declarada inconstitucional, a situação vai piorar ainda mais. É um problema que não se resolve com a invalidação da lei, mas, sim, acrescentando algo a mais, o que nem sempre é possível fazer em âmbito judicial.

A esse respeito, o STF já se manifestou na ADI 1458:

(...) SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL. - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (...)

(STF, 1996)

SÚMULA 339 DO STF

"Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia".

Como diferenciar se a inconstitucionalidade é por ação ou por omissão parcial? Afinal, nos dois casos há uma norma que não atende a Constituição.

A diferenciação é feita a partir da seguinte pergunta: a invalidação da norma agravará ou atenuará o vício?



Se a invalidação se agravar

Se ela agravar, estaremos diante de uma inconstitucionalidade por omissão parcial.



Se a invalidação atenuar o vício

Se, ao contrário, o problema for resolvido com a invalidação da norma, estaremos diante de uma **inconstitucionalidade por ação**.

INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO

Quando se fala em **inconstitucionalidade**, pensa-se imediatamente na **inconstitucionalidade por ação**, que é a categoria clássica. Ela ocorre quando é editada uma norma incompatível com a Constituição.

A **inconstitucionalidade por ação** também se divide em:

Total

Será total quando toda a norma estiver viciada pela **inconstitucionalidade**.



Parcial

Será relativa quando apenas uma parte da norma for **inconstitucional**.

INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL

Este tipo de **inconstitucionalidade** pode ser:

Material

A **inconstitucionalidade material** se manifesta quando há uma incompatibilidade entre o conteúdo da norma e a Constituição. Ou seja, o que diz a norma contrasta com os ditames constitucionais. Pode ser uma violação a uma regra ou a um princípio constitucionais.



Formal

Diz respeito não ao conteúdo da norma, mas, sim, à forma como ela foi elaborada. Ela ocorre “quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico” (Barroso, 2011).

É importante saber que a **inconstitucionalidade formal** se subdivide em duas categorias:

ORGÂNICA

PROCEDIMENTAL

ORGÂNICA

Caracteriza-se pelo vício de competência. A competência para legislar sobre direito penal é privativa da União. Se o governo do estado do Rio de Janeiro edita uma lei criando um novo tipo penal, haverá uma **inconstitucionalidade formal orgânica** dessa lei, pois quem a fez não tinha competência para tal.

PROCEDIMENTAL

Diz respeito ao rito definido na Constituição para a elaboração daquela lei ou ato normativo. A Constituição determina que a lei que conceder aumento a servidor público tem que ser de iniciativa do Chefe Executivo (art.61, § 1º). Se uma lei com esse teor for proposta por um deputado, haverá inconstitucionalidade formal procedural. O mesmo ocorre, por exemplo, se for editada lei ordinária tratando de assunto para o qual a Constituição exige lei complementar.

INCONSTITUCIONALIDADE ORIGINÁRIA E SUPERVENIENTE

Na inconstitucionalidade originária, a lei já nasce inconstitucional, há um vício congênito, seja formal ou material.

Pode acontecer, todavia, de a lei nascer constitucional e, posteriormente, tornar-se inconstitucional. É a chamada **inconstitucionalidade superveniente**.

EXPLICAÇÃO

Ela decorre do conflito entre uma norma infraconstitucional e uma nova Constituição ou emenda constitucional posterior. Se essa inconstitucionalidade for material, ela se resolve no plano da revogação, ou seja, a norma anterior será revogada.

Caso haja uma incompatibilidade formal, “a lei anterior subsistirá validamente e passará a ter status da espécie normativa reservada pela nova norma constitucional para aquela matéria” (BARROSO, 2011).

INCONSTITUCIONALIDADE DIRETA E INDIRETA

Este tipo de inconstitucionalidade pode ser:

Direta

Ocorre quando se constata a inconstitucionalidade com a comparação entre a norma e a Constituição, sem haver nenhuma outra norma interposta. Essa é a regra geral.



Indireta

Para aferir se o ato normativo ofendeu ou não a Constituição, é preciso cotejá-lo com outro ato infraconstitucional. O STF, hoje, não admite essa categoria por entender tratar-se, na verdade, de ilegalidade, e não de inconstitucionalidade. O Tribunal entende que, nesses casos, antes de violar a Constituição, o ato violou uma lei.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015) aponta três pressupostos para a sua configuração:



“A constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas.

2

A falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira ‘falha estatal estrutural’, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação.

3

A superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc”.

O STF, na ADPF 347, ao analisar os problemas do sistema carcerário no Brasil, adotou expressamente essa tese e reconheceu a violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais dos presos, bem como a omissão das autoridades.

Nas palavras da Ministra Rosa Weber:

“

ESSE ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL RESULTARIA DA VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS DETENTOS, QUE SE DIZ PROVOCADA POR AÇÕES E OMISSÕES DOS PODERES PÚBLICOS, NA ÓRBITA FEDERAL/ESTADUAL (...).

(STF, 2015).

VERIFICANDO O APRENDIZADO

MÓDULO 2

CONTROLE CONCENTRADO



Ao distinguir os controles difuso e concentrado, estamos dentro do campo do controle jurisdicional.

Controle concentrado

O controle concentrado é aquele que fica a cargo de um órgão específico do Judiciário. É o modelo europeu, kelseniano (do jurista Hans Kelsen), que nós já vimos nos tópicos anteriores.



Controle difuso

Já o controle de constitucionalidade difuso é um poder mais capilarizado, exercido pelos órgãos jurisdicionais de um modo geral.

No Brasil, veremos em seguida, temos as duas espécies: o controle difuso em casos concretos, e o controle concentrado de competência do STF.

★ EXEMPLO

São exemplos de controle concentrado no Brasil: ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, de competência originária do STF.

É importante mencionar também o controle abstrato de constitucionalidade, que em geral coincide com o controle concentrado, mas que com ele não se confunde.

RESUMINDO

Como acabamos de ver, o controle concentrado tem como critério o órgão jurisdicional que exerce o controle de constitucionalidade. Sendo feito por apenas um órgão, por uma corte constitucional, teremos o controle concentrado.

O controle abstrato, por sua vez, é aquele que analisa a constitucionalidade do ato normativo em tese, ou seja, sem um caso concreto.

No Brasil, ele só pode ser iniciado pelos legitimados elencados no rol do art.103 da Constituição. O principal instrumento é uma ação denominada **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN ou ADI)**.

Quem propõe essa ação não está levando um caso concreto ao Supremo, mas, sim, alegando a inconstitucionalidade de uma lei em tese, em abstrato. Se o STF decidir que a lei é inconstitucional, ela será eliminada da ordem jurídica, inclusive com efeitos retroativos. Concluímos, portanto, que o controle abstrato, em face da Constituição Federal, é sempre concentrado. Concentrado, pois é de competência exclusiva do STF, e abstrato, pois trata-se de uma decisão em tese, não vinculada a uma lide ou caso concreto específico.

CONTROLE DIFUSO



O controle difuso é aquele controle que pode ser exercido por todo e qualquer juiz, oriundo da matriz norte-americana, conforme vimos no famoso julgamento Marbury vs Madison.

O controle concreto é aquele exercido dentro de um processo judicial, e que tem um conflito de interesses, uma lide. A análise da constitucionalidade é uma questão incidental (*incidenter tantum*), prejudicial ao julgamento da questão principal. As decisões tomadas pelo juiz no controle concreto só têm valor para as partes envolvidas no processo judicial. Observem que é o contrário do controle abstrato, que acabamos de ver.

Para entender melhor, acompanhe a situação abaixo:

INCIDENTER TANTUM

A questão prejudicial é aquela decidida previamente à questão principal do processo, mas que condiciona o julgamento deste. É o caso da alegação de inconstitucionalidade de uma norma, pois essa análise influenciará a decisão sobre a questão principal posta em juízo.

ATIVIDADE DE REFLEXÃO

UM CONTRIBUINTE ENTENDE QUE A COBRANÇA DE DETERMINADO IMPOSTO É INDEVIDA, POIS A SUA LEI DE CRIAÇÃO SERIA INCONSTITUCIONAL. AO AJUIZAR A AÇÃO, O OBJETIVO PRINCIPAL NÃO É QUE A LEI SEJA DECLARADA INCONSTITUCIONAL E EXTIRPADA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. O SEU OBJETIVO PRINCIPAL É NÃO PAGAR AQUELE IMPOSTO, IMPEDIR QUE ELE SEJA COBRADO PELO FISCO.

PARA JULGAR O CASO, PORÉM, O JUIZ PRECISARÁ, PREVIAMENTE, APRECIAR SE A LEI INCIDENTE NO CASO É OU NÃO CONSTITUCIONAL?

SIM NÃO

Isso mesmo!

Nesse caso, temos um exemplo de controle concreto e difuso de constitucionalidade. Portanto, o juiz precisa sim apreciar se a lei incidente no caso é ou não constitucional. Esse é um controle que é um incidente do processo, ou seja, é uma questão prévia, prejudicial, que o órgão jurisdicional tem que analisar, para depois decidir a causa, que consiste no conflito concreto de interesses.

JOÃO ESTÁ RESPONDENDO POR UM CRIME. O ADVOGADO DE DEFESA DELE ALEGA QUE O CRIME IMPUTADO AO SEU CLIENTE É INCONSTITUCIONAL.

NESSE CASO, O JUIZ ESTÁ DISPENSADO DE ANALISAR A CONSTITUCIONALIDADE DA REFERIDA LEI?

CERTO ERRADO

Nesse caso, o juiz precisa **sim** analisar a constitucionalidade da referida lei, ou seja, se o crime é constitucional ou não. Somente após essa análise é que o juiz vai julgar a questão principal, qual seja, se João é ou não culpado. Por isso se diz que no controle concreto a decisão sobre validade ou invalidade da lei é uma decisão incidental, e não o objeto da prestação jurisdicional.

Isso mesmo!

EXPERIÊNCIA BRASILEIRA



Como o controle de constitucionalidade se iniciou no Brasil? Veja:



1891

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi introduzido expressamente apenas na Constituição de 1891, adotando-se o modelo americano.

1934

Foi introduzida a representação interventiva, de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), para analisar a lei que decretasse a intervenção federal fundada em violação aos princípios sensíveis.



1965

Com a emenda constitucional 16, conferiu-se competência ao STF para apreciar a representação de inconstitucionalidade contra lei em tese, a ser proposta pelo Procurador-Geral da República. Esta alteração aproximou o modelo brasileiro daquele em vigor na Europa e idealizado por Kelsen: um controle com fiscalização abstrata e concentrada, de competência da corte constitucional. O controle difuso, porém, continuou em vigor. Ambos os sistemas passaram a conviver no ordenamento brasileiro.

A Constituição de 1988 manteve os dois sistemas e trouxe ainda diversas inovações, criando um complexo sistema de controle de constitucionalidade, conforme veremos a seguir.

Vamos começar pela análise do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, que pode ser exercido por todo e qualquer juiz diante de um caso concreto.

ATIVIDADE DE REFLEXÃO DISCURSIVA

EM QUE TIPO DE AÇÃO JUDICIAL É POSSÍVEL SE POSTULAR O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE CONCRETA DE UMA LEI?

RESPOSTA

Em todo e qualquer tipo. Não há limites. O controle de constitucionalidade pode ser feito em ação cível, ação penal, ação trabalhista, *habeas corpus*, mandado de segurança, ação de juizado especial etc. A ideia básica é: nenhum juiz pode aplicar uma lei se ela violar a Constituição.

É importante destacar que, no controle difuso, a decisão que reconhece a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das leis só tem eficácia para as partes daquele processo (efeitos *inter partes*).

A decisão acerca da inconstitucionalidade de uma norma pode ser tomada de ofício ou somente mediante provocação da parte? Ela pode ser tomada de ofício basicamente por duas razões:

1

Trata-se de uma questão de ordem pública. O cumprimento e a defesa da Constituição são questões de ordem pública, não podendo ficar condicionadas à alegação da parte. Nenhum juiz pode aplicar norma que contrarie a Constituição. Este não é apenas um poder, mas um dever do juiz de zelar pela guarda da Carta Magna.

2

A questão acerca da inconstitucionalidade das leis é uma questão de direito e não precisa ser alegada para que o juiz a aplique. Basta narrar os fatos, pois o juiz tem a obrigação de conhecer e aplicar o Direito. Valem aqui os brocados latinos *Jura novit curia* e *Da mihi factum, dabo tibi jus*.

JURA NOVIT CÚRIA

O juiz conhece o Direito.

DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS

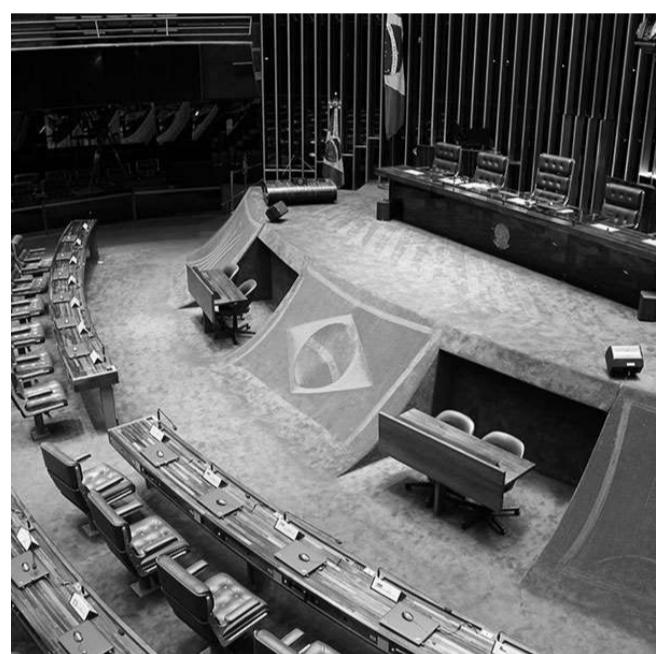
Dá-me os fatos que lhe darei o Direito

No Direito brasileiro, em que momento do processo pode ser alegada a inconstitucionalidade de uma lei?

VERIFICAR

A qualquer momento. Tratando-se de uma questão de ordem pública que pode ser apreciada de ofício pelo juiz, ela também ser alegada pela parte a qualquer momento do processo, ressalvadas algumas limitações processuais relacionadas especialmente ao recurso extraordinário, que exige o prequestionamento da matéria constitucional tratada nos autos. Ou seja, em sede de recurso extraordinário não é possível deduzir argumentação jurídica que não tenha sido previamente discutida nas instâncias inferiores.

Vamos ver agora outro instituto que também está na Constituição, que é o **princípio da reserva de plenário** (art.97). Esta regra estabelece que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.



Plenário da Câmara do Senado Federal no Congresso Nacional Brasileiro, Brasília, Brasil, 2016.

Essa é uma regra importante. Enquanto um juiz de primeira instância, ao julgar um caso concreto, pode afastar uma norma por inconstitucionalidade, no âmbito dos tribunais existe uma formalidade maior, exigindo-se um quórum qualificado, de maioria absoluta, para que haja decisão pela inconstitucionalidade de uma norma.

Esse artigo pode gerar perplexidade nas pessoas. Afinal, o juiz de primeiro grau, em matéria de controle de constitucionalidade, tem mais poder do que um desembargador. Enquanto um juiz de primeira instância pode afastar a aplicação de uma lei por inconstitucionalidade, os desembargadores de uma câmara de um tribunal de justiça não podem fazê-lo. Neste caso, tendo em vista o disposto no art. 97 da CF, eles devem respeitar o trâmite previsto nos artigos 948 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC) que disciplinam o incidente de arguição de inconstitucionalidade. Dessa forma, eles terão que remeter a apreciação da constitucionalidade da lei ao órgão que existe dentro do tribunal competente para analisar a inconstitucionalidade de uma lei, que pode ser o plenário ou o órgão especial.

Conforme estabelece o art. 948 do CPC, arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, o relator do processo, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo. Se a alegação for rejeitada, o julgamento prosseguirá. Caso seja aceita, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Por uma questão de economia processual, os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Ponto interessante diz respeito ao controle de constitucionalidade nas ações civis públicas. Por serem ações coletivas, elas possuem efeitos para além das partes do processo. Nesse contexto, seria possível o controle difuso de constitucionalidade no âmbito dessas ações? O STF entendeu que sim, desde que a alegação de inconstitucionalidade não seja o pedido principal da ação.

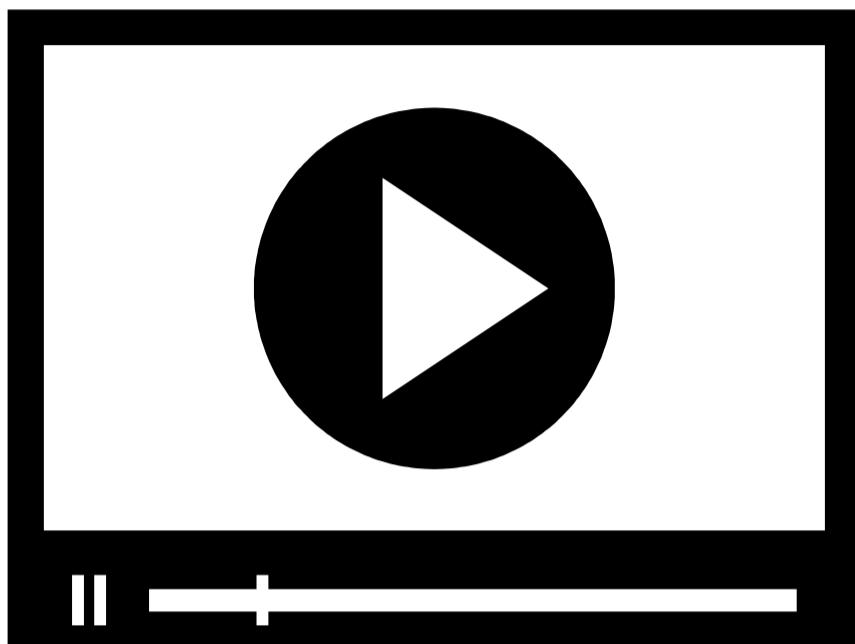
VEJA AQUI.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. OCUPAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS NO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM DA LEI 754/1994 DO DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal com pedidos múltiplos, dentre eles, o pedido de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da lei distrital 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal. Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da

lei 754/1994 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal não torna prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a constitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que *incidenter tantum*. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de constitucionalidade com efeitos *erga omnes*. No caso, o pedido de declaração de constitucionalidade da lei 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal.

(RE 424993, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2007, DJe-126 DIVULG 18-10-2007 PUBLIC 19-10-2007 DJ 19-10-2007 PP-00029 EMENT VOL-02294-03 PP-00547)

Vale ressaltar que, no Brasil, tem surgido uma discussão interessante em torno da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário. O juiz não é eleito pelo povo, e acaba tendo o poder de invalidar uma lei editada pelo Parlamento democraticamente eleito. Esse é um debate interessante em torno do princípio democrático e da separação de poderes que ainda não está totalmente resolvido.



Assista ao vídeo com o professor Thiago Aleluia sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.



VERIFICANDO O APRENDIZADO

MÓDULO 3

- ◎ Identificar as ações de controle de constitucionalidade

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC)



A ADI é uma ação prevista no art. 102, I, a, CF, através da qual se questiona em tese a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual. O texto constitucional fala em lei ou ato normativo federal ou estadual. Deixou-se de fora o ato normativo municipal. Trata-se de um processo objetivo que faz parte do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, sendo julgada pelo STF.

ATIVIDADE DE REFLEXÃO

IMAGINEM QUE NO CURSO DA ADI SEJA ALTERADA OU REVOGADA A NORMA DA CONSTITUIÇÃO EM FACE DA QUAL SE ESTÁ ALEGANDO A INCONSTITUCIONALIDADE.

NESTE CASO, A AÇÃO DEVE PROSSEGUIR?

SIM NÃO

Neste caso, a ação **não** deve prosseguir. O STF entende que nestes casos a ação perde o objeto e deve ser extinta. O que se leva em consideração é a constitucionalidade da norma em comparação com o parâmetro normativo vigente no momento.

Essa é uma sistemática diferente da existente no controle difuso. Nesse último, o Judiciário pode aferir a constitucionalidade uma norma em face de um dispositivo constitucional já revogado ou até mesmo em face de uma Constituição já revogada. Essa diferença se justifica porque o controle difuso busca solucionar um problema concreto levado ao Poder Judiciário, enquanto na ADI, que faz parte do controle concentrado, a análise é feita em tese, em abstrato, sem uma lide.

Isso mesmo!

AGORA, PENSE QUE UMA LEI X É EDITADA NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO E, NATURALMENTE, COM ELA DEVE SER COMPATÍVEL. IMAGINE QUE É PROPOSTA UMA ADI ALEGANDO QUE ESSA LEI VIOLA O DISPOSITIVO Y DA CONSTITUIÇÃO.

SE NO CURSO DA ADI ESSE DISPOSITIVO Y FOR REVOGADO POR UMA EMENDA CONSTITUCIONAL, A ADI PERDERÁ O OBJETO?

SIM NÃO

Isso mesmo!

Nesse caso, a ADI perderá sim o objeto. Entretanto, as relações jurídicas ocorridas no período anterior à revogação poderão ser discutidas no Judiciário em sede de controle difuso.

IMAGINE QUE A SITUAÇÃO ANTERIOR ACONTECEU COM MARIA, OU SEJA, AS RELAÇÕES JURÍDICAS OCORERAM NO PERÍODO ANTERIOR À REVOGAÇÃO E FORAM DISCUTIDAS NO JUDICIÁRIO EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO. MAS ELA SE SENTIU PREJUDICADA.

NESSE CASO, MARIA PODERÁ AJUIZAR UMA AÇÃO ORDINÁRIA QUESTIONANDO ESSAS RELAÇÕES JURÍDICAS E ALEGANDO, DE MANEIRA INCIDENTAL, A INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA?

SIM NÃO

Isso mesmo!

Nesse caso, Maria poderá ajuizar **sim**. Lembre-se que, no controle difuso, a inconstitucionalidade da norma será uma questão incidental, prejudicial ao julgamento da lide. E se o parâmetro não for revogado, mas apenas alterado, a alteração for substancial, o STF entende que também estará prejudicado o processamento da ADI, como já decidiu na ADI 514.

Vale relembrar aqui o que falamos nos tópicos anteriores sobre a inconstitucionalidade superveniente. O STF entende que se uma lei é anterior à Constituição ou ao dispositivo constitucional que está sendo violado, o caso não é de ADI, porque ali não haveria um problema de inconstitucionalidade, e sim de revogação. A tese da Corte é de que, nestes casos, essa colisão entre a lei e a Constituição não se resolve pelo critério hierárquico, mas, sim, pelo critério cronológico. Ou seja, o caso é de revogação e não propriamente de inconstitucionalidade superveniente.

★ EXEMPLO

É por isso que nunca haverá uma ADI contra um artigo do Código Penal, por exemplo, já que ele é anterior à Constituição. Isso explica por que a ação questionando a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos diante do que dispõe o Código Penal foi levada ao STF através de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e não ADI. Estudaremos melhor a ADPF mais à frente.

Vimos que a ADI serve para questionar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual. Esse é o seu objeto. É preciso, portanto, entender o que é uma lei ou ato normativo.

A lei não deve ser entendida apenas em sentido formal (ato aprovado pelo Poder Legislativo após o processo legislativo). A jurisprudência tem usado dois requisitos cumulativos para identificar lei ou ato normativo para fins de cabimento de controle abstrato de constitucionalidade:

TEM QUE SER NORMA PRIMÁRIA.

A NORMA PRECISA SER GERAL E ABSTRATA.

Confira os detalhes a seguir.

NORMA PRIMÁRIA

É aquela que tem ou pretende ter fundamento de validade diretamente na Constituição. Não se trata de uma norma regulamentando outra norma infraconstitucional. Um decreto que regulamenta uma lei, por exemplo, é uma norma secundária e não pode ser objeto de ADI.

Porém, nem toda norma primária será, necessariamente, uma lei. Pode-se ter, por exemplo, regulamentos autônomos editados pelo Poder Executivo com fundamento direto na Constituição. Aqui, o que importa não é o nome dado ao ato normativo, mas o seu conteúdo, se ele é primário ou não.

Um caso concreto já analisado pela Corte diz respeito à resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). O Tribunal conheceu da ADI proposta contra a resolução editada pelo CNMP no exercício de sua competência constitucional, por entender que ela se caracteriza como ato primário, sujeito a controle de constitucionalidade. Confira:

“

O PLENÁRIO, POR MAIORIA, JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO EM AÇÃO DIRETA AJUIZADA EM FACE DA RESOLUÇÃO 36/2009 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP), QUE DISPÕE SOBRE O PEDIDO E A UTILIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, NO ÂMBITO DO MP, NOS TERMOS DA LEI 9.296/1996. DE INÍCIO, AS PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO FORAM REJEITADAS PELOS SEGUINTES ARGUMENTOS: (A) O ATO NORMATIVO, DE CARÁTER GERAL E ABSTRATO, FOI EDITADO PELO CONSELHO NO EXERCÍCIO DE SUA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL E CONSTITUI ATO PRIMÁRIO, SUJEITO A CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, POR AÇÃO DIRETA, NO STF; E (B) AS MUDANÇAS PROMOVIDAS NO ATO IMPUGNADO, POR RESOLUÇÃO POSTERIOR, NÃO

IMPLICARAM NA PERDA DO OBJETO DESTA DEMANDA. NO QUE TANGE À ALEGAÇÃO DE INÉPCIA APRESENTADA PELA AGU, A PETIÇÃO INICIAL FOI CONSIDERADA SUFICIENTEMENTE CLARA E NÃO CONTÉM VÍCIOS FORMAIS.

[ADI 4.263, rel. min. Roberto Barroso, j. 25-4-2018, P, Informativo 899.]

NORMA GERAL E ABSTRATA

A segunda questão é se tem ou não um coeficiente mínimo de generalidade e abstração. Isso exclui os atos que, apesar de formalmente serem uma lei, possuem conteúdo materialmente administrativo. Caso seja editada uma lei para conceder um benefício específico a uma pessoa, por exemplo, a sua natureza jurídica será de ato administrativo, apesar de formalmente ser uma lei, ficando excluída do objeto da ADI.

Assentadas tais premissas, podemos sintetizar os seguintes atos impugnáveis por meio de ADI:

§ **Atenção!** Para visualização completa da tabela utilize a rolagem horizontal

Lei ordinária, delegada ou complementar.
Emenda constitucional (tem como parâmetro de controle o art. 60 da Constituição).
Medida provisória.
Decretos legislativos e resoluções editadas pelo Congresso Nacional.
Decretos autônomos.
Legislação estadual.
Tratados internacionais.

Não cabe ADI contra súmula e nem contra leis anteriores à Constituição em vigor, pois, segundo Barroso (2011), ocorrendo incompatibilidade entre ato normativo infraconstitucional e a Constituição superveniente, fica ele revogado, não havendo sentido em se buscar, por via de controle abstrato, paralisar a eficácia de norma que já não integra validamente o ordenamento. É o que já decidiu o STF no julgamento da ADI 594, rel. min. Carlos Velloso.

Há jurisprudência consolidada no STF no sentido de que a revogação da norma cuja constitucionalidade é questionada por meio de ação direta enseja a perda superveniente do objeto da ação.

¶ ATENÇÃO

Excepcionam-se desse entendimento os casos em que há indícios de fraude à jurisdição da Corte, como, a título de ilustração, quando a norma é revogada com o propósito de evitar a declaração da sua constitucionalidade. O Tribunal também entende que, ausente alteração substancial no conteúdo do ato normativo questionado, superveniente alteração meramente redacional não implica prejuízo ao exame do mérito.

Veremos agora quem pode ajuizar uma ADI no STF, ou seja, quem possui legitimidade ativa.

O que é ter legitimidade ativa? Esta é uma expressão de direito processual, que significa ter legitimidade para ajuizar uma ação, ser o autor da ação.

O elenco de legitimados para a sua propositura está no próprio texto constitucional, no artigo 103. São eles:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

MESA DO SENADO FEDERAL

MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

MESA DE ASSEMBLEIA LEGISLATIVA OU DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL

GOVERNADOR DE ESTADO OU DO DISTRITO FEDERAL

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

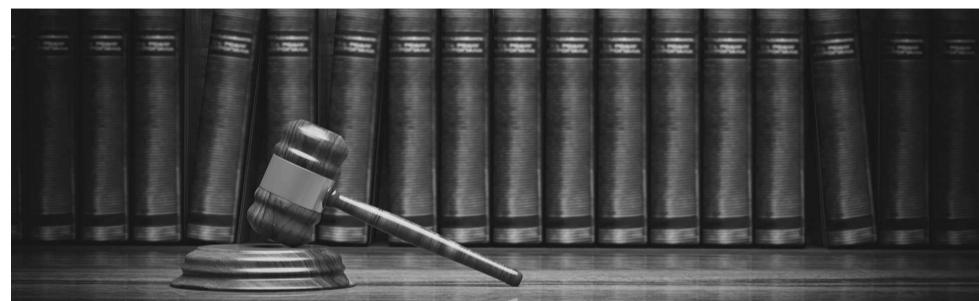
PARTIDO POLÍTICO COM REPRESENTAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL

CONFEDERAÇÃO SINDICAL OU ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL

❓ VOCÊ SABIA

Antes da Constituição de 1988, apenas o Procurador-Geral da República era legitimado. Isso limitava muito o acesso ao STF. A Constituição de 1988 buscou corrigir essa distorção e quis democratizar o acesso à jurisdição constitucional, ampliando o rol de legitimado, que é um dos mais amplos do mundo todo. Lendo o elenco, podemos perceber que há legitimados importantes, com relevância social e para a democracia do país como os partidos políticos, por exemplo.

O processamento da ADI é regulado pela Lei 9.868 de 1999. Ela também disciplina a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), que veremos melhor mais à frente.



Estudaremos agora os principais pontos dessa lei.

PRIMEIRO PONTO

Uma primeira regra prevista no art. 5º é o da impossibilidade de desistência da ação. No processo civil, a regra geral é poder desistir da ação mesmo sem a concordância da outra parte, desde que o réu ainda não tenha oferecido contestação.

Nada disso vale para a ADI. O que se entende é que a desistência é um instituto típico do processo subjetivo, em que discutem-se interesses individuais. Contudo, o autor da ação direta de inconstitucionalidade não está defendendo seus próprios interesses, mas, sim, a força normativa da Constituição. Há um interesse geral, de toda a sociedade, na guarda da Constituição.

O art. 7º possibilita a manifestação de outros órgãos ou entidades. São os chamados *amicus curiae* ou *amici curiae*, no plural. A ideia é permitir a participação de entidades representativas que possam ajudar a Corte na análise do caso. Nas palavras da professora Damares Medina:

“

O AMICUS CURIAE É UM TERCEIRO QUE INTERVÉM EM UM PROCESSO, DO QUAL ELE NÃO É PARTE, PARA OFERECER À CORTE SUA PERSPECTIVA ACERCA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL CONTROVERTIDA, INFORMAÇÕES TÉCNICAS ACERCA DE QUESTÕES COMPLEXAS CUJO DOMÍNIO ULTRAPASSE O CAMPO LEGAL OU, AINDA, DEFENDER OS INTERESSES DOS GRUPOS POR ELE REPRESENTADOS, NO CASO DE SEREM, DIRETA OU INDIRETAMENTE, AFETADOS PELA DECISÃO A SER TOMADA.

(MEDINA, 2010).

A esse respeito, o STF entende ser essencial a existência de uma preocupação institucional e a capacidade de efetivamente contribuir para o debate, como já decidido no RE 808.202.

SEGUNDO PONTO

Outro dispositivo muito importante é o artigo 27 da Lei 9868:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (LEI Nº 9868, 1999).

Trata-se de uma previsão polêmica no sistema de controle de constitucionalidade. Conforme vimos anteriormente, a lei inconstitucional é nula. Exatamente por isso, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade e, por consequência, a sua nulidade, tem eficácia *ex tunc*, ou seja, retroativa. Afinal, admitir que a lei inconstitucional produza efeitos significaria permitir, ainda que temporariamente, que ela se sobreponesse à Constituição.

Apesar disso, a lei permite que, por uma maioria qualificada, ou seja, pelo quórum de 2/3, e baseado em razões de justiça e segurança jurídica, o Supremo possa modular a eficácia da decisão. O STF pode dizer, por exemplo, que uma lei declarada inconstitucional terá seus efeitos preservados até a data do julgamento. Pode, inclusive, dizer que uma lei, em que pese sua inconstitucionalidade, continuará vigorando durante um período de tempo.

Trata-se de uma ponderação entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima.

Vistos os principais pontos da ADI, estudaremos a **ação declaratória de constitucionalidade (ADC)**. A sua essência é a mesma da ADI, sendo também regida pela Lei 9.868, de modo que iremos apenas destacar os pontos diferentes entre uma e outra.

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC) está prevista no art. 102, I, a, parte final. Ela não foi criada pelo constituinte originário, tendo sido introduzida no Brasil pela emenda nº 3, de 1993. O seu rol de legitimados também era menor, o que foi corrigido pela emenda 45, que equiparou os dois elencos, ou seja, atualmente, todos aqueles que podem propor ADI também podem propor ADC.

De início, observamos que o seu objeto é mais restrito, cabendo apenas em face lei ou ato normativo federal, com o objetivo de se ter uma declaração de constitucionalidade por parte do STF.

ATIVIDADE DE REFLEXÃO DISCURSIVA

UMA QUESTÃO RELEVANTE QUE SE COLOCA É A SEGUINTE: POR QUE UMA AÇÃO PARA DECLARAR O QUE JÁ É PRESUMIDO, TENDO EM VISTA QUE TODAS AS LEIS JÁ GOZAM DE PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE?

RESPOSTA

O objetivo é dar maior segurança jurídica, pois, muitas vezes, apesar de a lei ter presunção de constitucionalidade, ela é julgada inconstitucional por juízes e tribunais. Para que nesses casos o tema seja levado ao STF, criou-se essa ação, que justamente por isso, possui um requisito específico não previsto para

a ADI: a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória (art. 14, III, Lei 9.868).

Um aspecto importante, comum tanto à ADI quanto à ADC é o que a doutrina chama de efeito dúblice ou ambivalente, previsto no art. 24 da Lei 9868.

“

ART. 24. PROCLAMADA A CONSTITUCIONALIDADE, JULGAR-SE-Á IMPROCEDENTE A AÇÃO DIRETA OU PROCEDENTE EVENTUAL AÇÃO DECLARATÓRIA; E, PROCLAMADA A INCONSTITUCIONALIDADE, JULGAR-SE-Á PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA OU IMPROCEDENTE EVENTUAL AÇÃO DECLARATÓRIA.

(LEI Nº 9868, 1999).

Isso decorre da essência comum dessas duas ações, que possuem natureza objetiva e buscam levar ao STF, por meio do controle abstrato, a discussão a respeito da constitucionalidade de uma norma. Dessa forma, a improcedência da ADC equivale à procedência da ADI, e vice-versa.

O julgamento da ADI e da ADC terá efeitos *erga omnes* (contra todos) e vinculante, nos termos do art. 102, § 2º da Constituição:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA



A ação direta de inconstitucionalidade por omissão também está prevista no art. 103 da Constituição, sendo de competência do STF (art. 102, I, a). O seu objetivo é o de neutralizar as consequências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos inscritos na Carta Política e que dependem da intervenção concretizadora do legislador.

Ela se justifica porque a omissão em concretizar a Constituição também é uma forma de violá-la, conforme já decidiu o STF na ADI 1.458 MC (1996).

LEIA AQUI A DECISÃO DO STF

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare* (“Não fazer” e obrigação de “não prestar”), resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo poder público.

Ou seja, havendo um comando constitucional, uma omissão legislativa ou administrativa no seu cumprimento, e o decurso de um prazo razoável, estará configurada a omissão inconstitucional.

O art. 12-A, da Lei 9868 dispõe que “podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade”.

A decisão final da ADO possui caráter mandamental. É o que estabelece o art. 103 § 2º: Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. No mesmo sentido, dispõe o art. 12-H da Lei 9.868.

Veremos agora a **Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva**.

Ela está prevista no art. 36, III da Constituição, e o seu provimento é uma condição para a intervenção federal nos Estados nas hipóteses de violação aos chamados princípios constitucionais sensíveis, previstos no art.34, VII.

Os entes federativos são autônomos, não há hierarquia entre eles e um não pode intervir no outro. A Constituição, porém, prevê hipóteses excepcionais em que a União poderá intervir nos Estados, limitando a autonomia destes. Dentre estas hipóteses, a Constituição prevê a intervenção para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis, assim chamados devido à sua relevância para a ordem constitucional.

Caso a intervenção federal seja decretada com fundamento nesta hipótese (art. 34, VII), ela dependerá de provimento, pelo STF, de representação do Procurador-Geral da República, através da chamada Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:



Segundo Barroso (2011), diferentemente das outras ações de controle concentrado, ela não visa à declaração de inconstitucionalidade de uma norma, constituindo mero pressuposto para a consecução da intervenção federal. Sendo julgada improcedente, a União não poderá intervir no Estado. Caso o julgamento seja procedente, porém, ela ficará obrigada a intervir para pôr fim à situação reconhecida como gravemente inconstitucional. Neste caso, não há discricionariedade do Presidente da República.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL



A previsão para ADPF está no art. 102, §1º da CF, com regulamentação dada pela Lei 9.882, de 1999. A legitimidade é idêntica à da ADI (art. 2º, Lei 9882).

A doutrina tem apontado dois tipos de arguição de preceito fundamental: a arguição autônoma e a arguição incidental. A primeira está prevista no caput do art. 1º, enquanto a segunda está no seu parágrafo único.

A arguição autônoma possui os seguintes requisitos:

1

Inexistência de outro meio para sanar a lesividade (caráter subsidiário).

2

Ameaça ou violação a preceito fundamental.

3

Um ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la.

A arguição incidental, por sua vez, pressupõe a existência de uma controvérsia, de uma lide concreta já proposta no Judiciário. Além disso, são requisitos: a relevante controvérsia constitucional e tratar-se de lei ou ato normativo. Como os legitimados são os mesmos para a arguição autônoma, que possui requisitos menos rígidos, a arguição incidental restou esvaziada.

A respeito da subsidiariedade, ou seja, da inexistência de outro meio apto a sanar a lesividade, o melhor entendimento tem sido no sentido de se levar em consideração os demais processos objetivos previstos no ordenamento. Dessa forma, se cabe uma ADI ou ADC, por exemplo, resta incabível a ADPF. É por isso que a ADPF tem sido um instrumento importante de impugnação de leis municipais ou de atos anteriores à Constituição (vide o caso de aborto de fetos anencéfalos, já citado anteriormente).

Estão incluídos no objeto da ADPF:

 **Atenção!** Para visualização completa da tabela utilize a rolagem horizontal

Atos do poder público.

Ato normativo federal, estadual e municipal.

Direito pré-constitucional.

Atos infralegais.

Atos administrativos.

Atos jurisdicionais.

Omissão legislativa.

Após o julgamento da ação, serão comunicadas as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. A decisão também terá eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

O art. 11 da Lei 9882 trouxe previsão de modulação dos efeitos da decisão, conforme já era previsto para o julgamento da ADI e ADC. Dessa forma, ao declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível e contra ela também não cabe ação rescisória (art. 12 da Lei 9882).



Assista ao vídeo com o professor Thiago Aleluia sobre o sistema a arguição de descumprimento de preceito fundamental.



VERIFICANDO O APRENDIZADO

CONCLUSÃO

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do nosso estudo, nós conhecemos o histórico e o fundamento do controle de constitucionalidade, observando as influências americana e europeia no sistema brasileiro, que adotou um modelo misto: preservou tanto o controle difuso quanto o controle concentrado.

Vimos que, enquanto o controle difuso pode ser exercido por qualquer juiz, o controle concentrado é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, que tem se pronunciado sobre temas constitucionais relevantes que a ele chegam através das ações diretas de constitucionalidade, da arguição de descumprimento de preceito fundamental, dentre outras.

Apesar da sua importância, o controle de constitucionalidade pelo Judiciário suscita questões profundas e polêmicas, considerando que, diferentemente dos membros do Parlamento, os juízes não são eleitos, o que poderia gerar um déficit de legitimidade democrática na sua atuação.

Esse complexo sistema que nós analisamos busca, em suma, proteger a supremacia da Constituição, fonte de direitos fundamentais importantíssimos e sustentáculo do nosso Estado de Direito.



PODCAST

PODCAST

Escute o podcast com o professor Thiago Aleluia resgatando os temas importantes tratados em Controle de Constitucionalidade e Processo Constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, C. A. de A. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o Litígio Estrutural**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MEDINA, D. **Amicus curiae** : amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

EXPLORE+

Para saber mais sobre os assuntos tratados neste tema, leia:

O artigo do Ministro Gilmar Mendes, publicado no site do STF.

O artigo sobre a evolução histórica do controle de constitucionalidade, publicado no site da ALESP.

CONTEUDISTA

Elias Suzano Mendes

CURRÍCULO LATTES