



Caderno Virtual Nº 24, v. 1 – Jul-Dez/2011

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

João Guilherme Barbosa Elias

Submissão:.03.03.2011
Parecer 1:..25.04.2011
Parecer 2:..22.06.2011
Decisão Editorial:..06.07.2011

RESUMO

O presente trabalho visou traçar o histórico do controle de constitucionalidade no Brasil e direito comparado, bem como sua evolução. Logo após, foi exposto as situações que acarretam a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, e a classificação do controle de constitucionalidade de acordo com o órgão que o realiza e o momento em que é aferido. Finalmente, foram expostas as particularidades do sistema brasileiro de controle, o qual tem natureza híbrida, podendo ser provocado pela via difusa ou concentrada. Constata-se, por fim, o constante aperfeiçoamento do sistema brasileiro, com o surgimento de novas teorias, como a transcendência dos motivos determinantes, modulação dos efeitos da decisão, e o fortalecimento do controle concentrado, destacando-se assim, evidentemente, o estigma da jurisdição constitucional. Conclui-se, a evolução do sistema judiciário tem transformado o Supremo Tribunal Federal, cada vez mais, em Suprema Corte, guardiã absoluta da Constituição Federal.

Palavras-chave:

Constitucionalidade, Controle, Brasil.



Caderno Virtual Nº 24, v. 1 – Jul-Dez/2011



Caderno Virtual Nº 24, v. 1 – Jul-Dez/2011

ABSTRACT

The actual work aims to trace the history of judicial and comparative law in Brazil, as well as its evolution. Soon after, he was exposed to situations that lead to the unconstitutionality of the law or normative act, and the classification of judicial review according to the organ that holds and when it is measured. Finally, we exposed the peculiarities of the Brazilian system of control, which has a hybrid nature, can be triggered by diffuse or concentrated ways. There is, finally, the constant improvement of the Brazilian system, with the emergence of new theories such as the transcendence of the reasons determinants, modulation of the effects of the decision, and the strengthening of concentrated control, especially so, of course, the stigma of constitutional jurisdiction. It follows the evolution of the judiciary has become the Supremo Tribunal Federal, increasingly, in the Supreme Court, absolute guardian of the Constitution.

Key words:

Constitutionality, Control, Brazil.



Caderno Virtual Nº 24, v. 1 – Jul-Dez/2011



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I	12
1. Surgimento e evolução do controle de constitucionalidade no direito comparado e no Brasil	
1.1 Origem do sistema Americano (Judicial Review)	
1.2 Origem do sistema Austríaco	
1.3 Origem do sistema Brasileiro	
CAPÍTULO II	29
2. Controle de constitucionalidade no Brasil	
2.1 Ideias preliminares	
2.2 Espécies de inconstitucionalidades	
2.3 Momentos de controle	
CAPÍTULO III	39
3. Sistema de controle, método de provocação e seus efeitos	
3.1 Controle difuso	
3.2 Controle concentrado	
3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADIN)	
3.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO)	



3.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva)

3.2.4 Ação direta de constitucionalidade (ADC)

3.2.5 Arguição de descumprimento de preceito legal (ADPF)



Caderno Virtual Nº 24, v. 1 – Jul-Dez/2011

CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	63



INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, o qual vem sofrendo grandes modificações com o avanço da jurisdição constitucional.

A monografia tem por objetivo demonstrar essa evolução, apontando as principais características do controle brasileiro, bem como demonstrar especificamente as alterações sofridas.

Inicialmente, foi lançada a história do controle de constitucionalidade no direito comparado, eis que daí sua origem, para após tecer algumas considerações a respeito do sistema brasileiro, o qual se encontra em constante aperfeiçoamento.

Perceberemos que, alguns institutos introduzidos, ainda na época das instabilidades econômicas e sociais vividas, permanecem válidos nos dias atuais. Entretanto, começam surgir alguns questionamentos e certa resistência quanto a sua aplicabilidade.

Em seguida, inicia-se a análise do controle de constitucionalidade brasileiro, demonstrando as espécies de inconstitucionalidades reconhecidas pela doutrina. Após, há exposição do controle prévio, realizado pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para depois, expor o controle repressivo, o qual é regra em nosso ordenamento, podendo este ser realizado pelo Legislativo, Executivo, Tribunal de Contas da União e Judiciário.

No terceiro capítulo, há a análise do controle repressivo judicial, sendo este a miscigenação do modelo difuso (americano) e do modelo austríaco (concentrado). Constata-se o aprimoramento do modelo difuso, que caminha à equivalência do modelo concentrado.

Houve a exposição do método de provocação difuso, com o estabelecimento dos requisitos necessários a serem obedecidos, e ainda, a nova tendência doutrinária e jurisprudencial a respeito da participação do Senado Federal, a qual tende a ser fixada no sentido de mera publicidade da decisão.

Outro aspecto digno de nota é a teoria da transcendência dos motivos determinantes, que foi adotada em alguns julgados importantes em sede de controle difuso, destacando-se como um dos temas mais importantes do controle difuso, senão o é.

Por fim, houve a exposição do controle concentrado, analisando-se suas particularidades, bem como de cada ação prevista para sua provocação, trazendo as interpretações doutrinárias e o entendimento explanado pela jurisprudência.

O presente trabalho foi baseado em pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e legislações positivadas. Com esse estudo, busca-se, tão somente, destacar os pontos mais importantes do controle de constitucionalidade no Brasil, apontando as novas tendências, e portanto, não exaurir a discussão acerca deste.



Caderno Virtual Nº 24, v. 1 – Jul-Dez/2011



1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL

Antes de traçarmos um breve histórico sobre o controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos, bem como seu funcionamento no direito pátrio, importante se faz, lançarmos algumas ideias centrais fundamentais.

Ao se falar em controle de constitucionalidade dos atos normativos, tem-se partir de premissa que exista, no ordenamento jurídico em questão, hierarquia entre todas as espécies de normas, estas compreendidas no sentido amplo, sendo adotada como norma primordial a Constituição, sendo esta “a ideia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento”¹.

Além disso, essa norma primordial, qual seja, a Constituição, deve ser revestida de rigidez, tal qual seu processo legislativo de alteração seja mais dificultoso, solene e penoso do que o processo legislativo dos demais atos normativos.

Caso o sistema jurídico não possua essa hierarquização das normas, sendo a Constituição a norma fundamental e dotada de rigidez, não há que se falar de controle de constitucionalidade das normas, haja vista que o simples processo

¹ KELSEN, Hans. *A garantia jurisdicional da Constituição*: Jurisdição constitucional. 1981. p. 152.

legislativo ordinário seria capaz de inovar o sistema vigente, inclusive alterando o conteúdo constitucional.

Exemplificando o exposto acima, em seus ensinamentos Pedro Lenza elenca os dizeres do professor José Afonso da Silva, a respeito do princípio da supremacia da constituição, vejamos:

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas².

Conforme exposto acima, o controle de constitucionalidade protegerá a Constituição, principalmente em seus valores delineados, evitando qualquer tipo de abuso, excesso ou desvio de poder por parte do ente público³.

Importante destacar que o controle de constitucionalidade dos atos normativos só foi possível após o fortalecimento da própria constituição, sendo nesta englobado valores normativos primordiais, do qual ficou conhecido como constitucionalização do direito. Com muita propriedade, Cappelletti justificava a existência do controle de constitucionalidade na superioridade da constituição, vejamos:

É, exatamente, na garantia de uma superior legalidade, que o controle judicial de constitucionalidade das leis encontra sua razão de ser: e trata-se de uma garantia que, por muitos, já é considerada como um importante, se não necessário, coroamento do Estado de direito e que, contraposta à concepção do estado absoluto, representa um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo⁴.

Sendo assim, é preciso o atendimento dos requisitos citados, sendo estes, a existência de Constituição rígida – a qual é a norma suprema do

² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 2010. p. 195.

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2009. p. 262.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 1992, p. 129.

ordenamento jurídico –, bem como a atribuição de competência a algum órgão, para solução da questão constitucional.⁵

Inicialmente, podemos destacar o surgimento de dois sistemas de controle de constitucionalidade, sendo que, após a evolução destes, começaram a surgir sistemas híbridos ou mistos, com características próprias de ambos os sistemas iniciais.

1.1 ORIGEM DO SISTEMA AMERICANO (*JUDICIAL REVIEW*)

É certo que, o surgimento do controle de constitucionalidade não se deu especificamente em um determinado momento, e sim, dentre uma constante evolução da sociedade e do próprio direito. Num primeiro momento, aponta-se a elaboração da Constituição Federal dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, na qual se previu a supremacia das normas constitucionais, nos seguintes termos⁶:

Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados deverão obedecer, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário.⁷

Essa imperatividade da supremacia da Constituição Americana passou ser reconhecida, sendo muito difundida e fortalecida pelo emblemático caso *Madison v. Marbury*, julgado pela *Supreme Court* em 1803, por seu *Chief Justice* John Marshall.

⁵ LENZA, Pedro. *op. cit.* 2010. p. 195.

⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op. cit.* 2009, p. 269.

⁷ ESTADOS UNIDOS. *A Constituição do Estados Unidos da América*, de 17 de setembro de 1787.

Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>. Acesso em: 27 de setembro de 2010.

O *leading case* *Madison v. Marbury* teve cunho político⁸, envolvendo o resultado das eleições presidências de 1800 dos Estados Unidos, haja vista a problemática ser oriunda desta. Essa disputa presidencial foi travada entre o presidente Federalista, John Adams, e o vice-presidente Republicano, Thomas Jefferson, sendo que este saiu vitorioso naquele pleito.

Aconteceu que, diante de sua derrota, o presidente John Adams nomeou diversos Juízes de paz instantes antes de encerrar seu mandato, visando exercer certa influência no governo de Jefferson. Contudo, seu Secretário de estado, até então, John Marshall, tendo em vista o acúmulo de expedientes, não efetivou todas as comissões, restando tal incumbência ao seu sucessor, o Secretário Madison.

Inteirado do episódio, o presidente sucessor Jefferson efetivou apenas 25 atos, determinando a sustação de todos os restantes, sendo que, dentre os atos sustados estava a nomeação de Willian Marbury a juiz de paz do condado de

⁸ Raul Machado Orta narra: “O caso *Marbury v. Madison*, de 1803, favoreceu, finalmente os desígnios de Marshall. Tratava-se de assunto de pequena importância, com origem na recusa dos republicanos de Jefferson de empossar modestos juízes de paz nomeados pelos Federalistas de Adams. É conhecido o episódio histórico. Adams, nos últimos instantes de seu mandato presidencial, nomeou algumas dezenas de juízes de paz. No aqodamento das providências finais, que antecederam à transmissão do cargo a Jefferson, eleito por partido adverso, o Secretário competente, na época o próprio Marshall, esqueceu-se, ou não teve tempo de providenciar o expediente necessário, deixando na mesa de trabalho os atos de nomeação. Ali os foi encontrar o Secretário Madison, sucessor de Marshall. Inteirado dos fatos, Jefferson ordenou que expedissem apenas 25 atos, inutilizando os demais. Entre os prejudicados, figuram Marbury e os três companheiros que recorreram à Suprema Corte, em 1801 (William Marbury, Denis Ramsay, Robert Townsend Hooe e William Harper), pleiteando um *writ of mandamus* contra o secretário Madison, para empossá-los nos cargos. Marshall admitiu a justiça da pretensão. Preocupava-o, entretanto, a resistência do Executivo à decisão favorável da Suprema Corte. O caso, que não envolvia interesse material de monta, colocou mais à vontade o ‘Chief Justice’ para firmar decisões de profundas consequências políticas. Entrando no exame do caso, Marshall invoca a inconstitucionalidade do artigo 13, da lei de 1.789, no qual se basearam os recorrentes; artigo esse que deferia à Suprema Corte a faculdade de expedir, diretamente, *writ of mandamus*, em desacordo com o artigo III, seção II, do texto constitucional, que lhe conferiu, em princípio, jurisdição de apelação, contemplando expressa e excepcionalmente os casos de jurisdição ordinária. Inicialmente, os interessados deveriam postular seu direito perante uma das Cortes de Distrito, para, em grau de recurso, se cabível, submeter o caso à apreciação da Suprema Corte. Lançado o princípio, Marshall realiza uma saída estratégica, no bom sentido militar, invocando a incompetência da Corte Suprema para decidir o caso concreto. Obra de arte política, a sentença reconhecia o princípio do controle judiciário da constitucionalidade das leis, sem conferir efeitos práticos imediatos à declaração de inconstitucionalidade. O que interessava fundamentalmente a Marshall era aquele reconhecimento, que servia a dois objetivos de longo alcance: o de neutralizar possível reação desfavorável do Governo federal e firmar valioso precedente jurisprudencial para impedir, se necessário, as transformações esperadas em virtude dos resultados do pleito de 1801. (HORTA, Raul Machado. *O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar*. 1953. p. 54).

Washington. Irresignado com a situação, Marbury ingressou com *writ of mandamus*, junto à Suprema Corte, contra o secretário Madison, com escopo em forçar seu apossamento no cargo.

Objetivando assegurar o cumprimento de sua decisão, bem como implantar sua doutrina do *judicial review of legislation* de forma substancial, o *chief justice* Marshall solucionou estrategicamente o caso, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei de 1789, no qual previa a competência originária da Suprema Corte para o conhecimento do *writ of mandamus*, contrapondo a Constituição de 1787, haja vista a falta de previsão no mesmo sentido.

Assim, Marshall assegurava o cumprimento de sua decisão pelo presidente Jefferson, pois favorável ao seu interesse, fortalecia o sistema *judicial review*, bem como deixava de apreciar o mérito da questão propriamente dito, tendo em vista que reconheceu a incompetência da Suprema Corte para o caso.

O *leading case* *Madison v. Marbury* foi um dos marcos iniciais do controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos. Surge então, o **sistema americano** de controle. Sistema este **judicial**, por ser realizado pelo poder judiciário; **difuso**, por ser conferido a qualquer juiz ou órgão jurisdicional efetua-lo; **incidental**, por ser a questão constitucional apenas fundamento do direito pleiteado e; **concreto**, tendo em vista ser possível apenas dentro de processo que visa à solução de controvérsia real.

Destaca-se ainda, a importância do princípio do *stare decisis*, sendo este conhecido como a força dos precedentes, no qual as decisões têm grande relevância e influência no direito, principalmente nos países em que o direito é desenvolvido por meio do *common law*.

Sendo assim, apesar de o controle de constitucionalidade ser efetuado em questão concreta, da qual a decisão vincularia apenas as partes litigiosas (efeitos *inter partes*), com base no *stare decisis*, as decisões oriundas das Cortes

Superiores produzem eficácia *erga omnes*, por conseguinte, vinculam-se todos, inclusive os órgãos jurisdicionais inferiores.

Tendo em vista o efeito vinculativo decorrente do *stare decisis*, ressalta-se ainda, a existência da figura do *amicus curiae*, cuja essência se caracteriza na possibilidade de participação de terceiros interessados, estranhos à lide *stricto sensu*, podendo estes trazer fundamentos novos, técnicos, visando esclarecer o debate em questão, haja vista a decisão final alcançar todos que estejam em situação idêntica à resolvida.

Por se tratar de direito desenvolvido propriamente em decisões judiciais, é fundamental sua estabilização, evitando-se, portanto, a insegurança jurídica. Assim, criou-se o instituto *writ of certiorari*, no qual se estabelece, excepcionalmente, que as questões já decididas somente sejam revista se presente fundamento de grande relevância que a justifique. O sistema americano adotou, inicialmente, a teoria da nulidade absoluta, cujo qual era “ato declaratório que reconhece uma situação pretérita, qual seja, o “vício congênito”, de “nascimento” do ato normativo”⁹, por conseguinte, afetava o plano de validade da norma, produzindo efeitos *ex tunc* (retroativos).

Com o passar do tempo, percebeu-se que a adoção da teoria da nulidade absoluta poderia causar problemática incomensurável, por exemplo, a declaração da inconstitucionalidade *ab origine* de alguma norma vigente durante anos, pois afetaria lapso temporal muito extenso, afrontando as relações jurídicas como um todo.

Assim, em meados dos anos 60, a Suprema Corte começa admitir a modulação dos efeitos da decisão, ao julgar o caso *Likletter v. Walker*, consignando que “o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei que permitia certo sistema de colheita de provas não retroagiria para invalidar decisões já tomadas com base naquele sistema”¹⁰.

Por ser controle de constitucionalidade concreto e incidental, houve diversas simulações de litígios, visando provocar a análise judicial de validade de

⁹ LENZA, Pedro. *op. cit.* 2010. p. 196.

¹⁰ *Ibidem*. p. 198-199.

determinados atos normativos, o que, conseqüentemente, flexibilizou o sistema, levando o modelo americano admitir ações declaratórias, a qual era imprescindível “a caracterização de um *case or controversy* hábil a ser deslindado judicialmente”¹¹, na década de 30.

Esse modelo judicial de controle de constitucionalidade expandiu-se pelo mundo, sendo adotado – por determinado tempo ou, até mesmo ainda existente – e exercendo influência em diversos sistemas, tais como países do continente americano, Canadá, Austrália, Noruega, Suíça, Índia, Portugal, Alemanha, Itália, dentre outros países.

Destarte, essas são as características, em linhas gerais, do primeiro modelo de constitucionalidade, conhecido como *modelo americano*, sendo que este inspirou o surgimento de outros modelos.

1.2 ORIGEM DO SISTEMA AUSTRIACO

Até o início do Século XX, somente o sistema americano de controle de constitucionalidade era conhecido. Contudo, a partir do final da “I Guerra Mundial”, o continente Europeu passa por grandes modificações, dentre estas, o reconhecimento da jurisdição constitucional. Tendo suas teorias difundidas pelo continente europeu, Kelsen recebe a incumbência de elaborar a Constituição da Áustria, a qual restou promulgada em 1º de outubro de 1920.

Inspirado em Hans Kelsen, o qual dispensava várias críticas em relação ao modelo americano, por este ter “natureza fortemente objetiva”¹², surge um novo sistema de controle de constitucionalidade das normas, conhecido como sistema austríaco, europeu ou kelseniano, rompendo completamente a ideia adotada pelo modelo americano.

¹¹ MENDES. Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5_gilmar_ferreira_mendes.pdf. Acesso em: 29.09.2010.

¹² MENDES. Gilmar Ferreira. et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2008. p. 1008.

Inicialmente, Kelsen introduz o modelo concentrado de controle, com características próprias, no qual confere, exclusivamente, a um órgão específico, conhecido como Tribunal Constitucional, a tarefa de realizar o controle de constitucionalidade das normas, impedindo qualquer outro órgão o conhecimento da controvérsia constitucional, e ainda, por meio de uma ação principal e especial competida a alguns legitimados.

Para Kelsen, a controvérsia constitucional seria submetida ao Tribunal Constitucional de forma abstrata (da lei em tese), não havendo qualquer vinculação com casos ou situações concretas a respeito. E ainda, apesar de ter organização jurisdicional, o Tribunal Constitucional não fazia parte do poder judiciário.

Vários países deixaram de adotar o sistema americano, haja vista a exteriorização de seu direito decorrer do *civil law*, destituído do princípio *stare decisis*, pois “levaria à indesejável consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes, porque julgada inconstitucional e, inversamente, aplicada por outros que a reputassem constitucional”¹³. Assim, com a criação do Tribunal Constitucional, este se manifestaria abstratamente sobre a controvérsia constitucional, cuja decisão se revestiria de efeitos *erga omnes* (oponível a todos).

Outro aspecto relevante é que, para Kelsen, a decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional tinha natureza constitutiva e eficácia *ex nunc* (prospectivos), ou seja, produziria efeitos somente a partir daquele momento (teoria da anulabilidade), por consequência, todos os atos praticados anteriormente seriam considerados válidos, inclusive a própria norma declarada inconstitucional, pelo “fato de o Tribunal Constitucional não ser, de fato, um Tribunal, e sim Órgão especial com a função de *legislador negativo*”¹⁴, assemelhando-se a revogação da norma.

De início, o controle europeu operava de forma concentrada, abstrata, por via principal, natureza constitutiva, cuja decisão tinha efeitos *erga omnes* e eficácia *ex nunc*. Com o passar do tempo, esse sistema de controle de constitucionalidade

¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op. cit.* 2009. p. 282.

¹⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de. *A constituição como norma e o Tribunal Constitucional*. 2006. p. 63.

também recebeu críticas, motivo este que ensejou algumas modificações, a iniciar na Emenda Constitucional em 1929.

Dentre as modificações, houve a ampliação do rol dos legitimados a provocar o controle pelo Tribunal Constitucional, passando a ser legitimado o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça Administrativa.

Contudo, há uma particularidade para esses dois casos, pois, somente diante “do julgamento de uma demanda concreta em curso perante eles mesmos, e para decisão da qual seja necessária e relevante apreciação de uma lei”¹⁵ arguida como inconstitucional, é que poderiam efetivar a provocação do Tribunal Constitucional.

Houve ainda, a relativização da teoria da anulabilidade, sendo que para os casos concretos, em que o controle se opera *incidenter tantum*, a decisão produzirá eficácia *ex tunc*, alcançando fatos pretéritos a ela.

Tendo em vista a possibilidade de existência de “normas inatingíveis” pelo controle, foi contemplado um recurso “contra a violação de direitos constitucionalmente garantidos, por ato da administração, e contra aplicação de um regulamento ilegal, ou de uma lei ou tratado inconstitucional (art. 144, 1ª parte)”¹⁶, desde que exaurida todas as instâncias ordinárias.

Em 1975, houve a inclusão do *recurso individual*, para os casos em que houvesse violação de algum direito constitucional, desde que não haja via judicial adequada para a defesa deste¹⁷.

Por ser considerado mais amplo que o sistema americano, o sistema austríaco passa a ser adotado em diversos países europeu, tais como a Itália (1948) e Alemanha (1949), e em alguns, passou a substituir aquele, inclusive. É certo ainda que houve o “aperfeiçoamento” do sistema pela Itália e Alemanha, dentre o qual possibilitava qualquer juiz ou tribunal a provocação da Corte Constitucional

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op. cit.* 2009. p. 286.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5_gilmar_ferreira_mendes.pdf. Acesso em: 29.09.2010.

¹⁷ Ibidem.

(*incidenter tantum*), bem como a ampliação do rol legitimado para propor a ação direta (*principaliter*), por exemplo.

Desse modo, esses foram os dois sistemas principais de controle de constitucionalidade, sendo que, em tempos atuais, o modelo europeu passou ser o predominante, tendo em vista sua amplitude, possibilitando a efetivação do controle praticamente de todos os atos normativos.

Somente a título de curiosidade, a França segue sistema diverso de ambos os expostos, adotando um Conselho Constitucional, em 1958, o qual lhe cabe o controle preventivo das normas.

Após o surgimento e expansão dos modelos americano e europeu de controle, diversos países buscam a adequação a sua realidade, passando a jungir esses dois controles, conseqüentemente, surgindo o controle híbrido ou misto, destacando-se o modelo de Portugal e do Brasil, sendo que deste, passaremos expor sua origem e evolução.

1.3 ORIGEM DO SISTEMA BRASILEIRO

Feitas as considerações preliminares sobre os sistemas iniciais de controle judicial de constitucionalidade das leis, passaremos a discorrer sobre o seu surgimento e evolução dentro do direito brasileiro.

No Brasil, o surgimento da primeira constituição, intitulada “Constituição Política do Império do Brasil” (de 25 de março de 1824), se deu ainda na época imperial, sendo que esta perdurou desde a declaração da independência (7 de setembro de 1822) até a proclamação da república (15 de novembro de 1889).

Contudo, não houve a previsão do controle das normas pelo poder judiciário, apenas existia a possibilidade do controle político das normas, incumbido

à Assembleia Geral e ao próprio Imperador, o qual era investido do Poder Moderador¹⁸.

Assim sendo, ainda sob fortes influências do direito francês e inglês, consagrou-se o dogma da soberania do Parlamento, segundo Gilmar Ferreira Mendes, inexistindo, até então, qualquer controle jurisdicional de constitucionalidade das leis¹⁹. Observa-se ainda que o “controle” existente era um tanto quanto mitigado, haja vista que a “inconstitucionalidade” ou “ilegalidade” do ato era constatada diante da vontade pessoal do Imperador, sua íntima convicção, não recaindo propriamente na formalidade do ato ou seu conteúdo material.

É certo que a fase final do período imperial no Brasil foi conturbada, agravada pela grande instabilidade econômica e financeira existente à época. Sob influência do direito norte-americano, Rui Barbosa elabora o projeto do texto constitucional, introduzindo o controle judicial de constitucionalidade no Brasil.

Inicialmente, adotou-se o modelo tipicamente americano. Sua introdução no direito brasileiro ocorreu pelo Decreto 510, de 22 de junho de 1890 (Constituição Provisória), sendo ratificado pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890 (organiza Justiça Federal)²⁰, cuja previsão repetiu-se no texto constitucional de 1891.

Tratava-se de controle incidental, cuja controvérsia constitucional se conhecia como fundamento do direito e não como questão principal do processo.

¹⁸ Art. 15. É da atribuição da Assembleia Geral

VIII. Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las.

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 1999. p. 234.

²⁰ Art. 9º Compete ao Tribunal:

Parágrafo único. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos Estados:

a) quando a decisão houver sido contrária à validade de um tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;

b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato;

c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária, à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado do preceito ou cláusula.

Era possível a conclusão de que caberia somente ao Supremo Tribunal Federal, em sede recursal, a análise da controvérsia constitucional, ideia esta afastada pela interpretação de Rui Barbosa, mentor de sua implantação. *In verbis*:

A redação é claríssima. Nela se conhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a falar das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões da nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplica-las ou desaplicá-las, segundo esse critério²¹.

Corroborando o exposto acima, o parágrafo 10 do artigo 13 da Lei 221, de 30 de novembro de 1894 (Completa a organização da Justiça Federal), preconiza que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”²², dispositivo este reafirmado no art. 60, “a” da Constituição de 1891, após a reforma ocorrida em 1926.

Superada a questão, foi ainda na vigência da Constituição de 1891 que começam a surgir as primeiras ideias motivadoras das mudanças posteriores significativas, diante ainda das instabilidades vividas, o receio do retorno da Monarquia, bem como o número elevado de intervenções da União nos Estados federados.

Dentre as alterações trazidas com a reforma de 1926, podemos citar a limitação do *Habeas Corpus*, antes utilizado amplamente para proteger qualquer direito constitucional violado, passando proteger apenas o direito de liberdade de locomoção. E ainda, alteração de suma de importância foi a criação dos chamados

²¹ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. 1932. p. 133.

²² BRASIL. *Completa a Organização da Justiça Federal da República*, de 30 de novembro de 1894. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm. Acesso em: 29/09/2010.

“princípios sensíveis”²³, visando extirpar as arbitrariedades, ocorridas habitualmente nas diversas intervenções da União nos Estados.

Desse modo, foi sob o comando constitucional de 1891 que houve a consagração do controle judicial de constitucionalidade. Contudo, importante lembrar que havia uma problemática, pois o Brasil não adotava a doutrina do *stare decisis*, haja vista ser um país vinculado ao sistema *civil law*, logo, havia muitas divergências nos posicionamentos adotados pelos juízes e tribunais.

Com o advento do texto constitucional de 1934, diversas foram as alterações introduzidas no controle de constitucionalidade, diga-se de passagem, vigentes atualmente. Analisando o contexto vivido à época, é certo que a Constituição de 1934 visava solucionar a problemática decorrida da ausência da adoção do princípio *stare decisis*, em que causava várias interpretações conflitantes a respeito da mesma controvérsia constitucional, bem como concretizar uma forma de repelir as constantes intervenções arbitrárias.

Assim, o texto constitucional trouxe a chamada “fórmula do Senado”, a qual conferia ao Senado Federal a possibilidade de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”²⁴, fazendo a decisão de inconstitucionalidade ter efeitos *erga omnes* (oponível a todos). Tendo a Corte Suprema declarado a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo, o Procurador-Geral da República deveria comunicar ao Senado Federal para que o mesmo efetivasse (ou não) a sustação do ato normativo (art. 96).

Outro aspecto relevante introduzido foi a “cláusula de reserva de plenário”, na qual previa que o tribunal, somente por maioria absoluta dos seus

²³ Art. 6º - O Governo federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo:

1º) para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro;

2º) para manter a forma republicana federativa;

3º) para restabelecer a ordem e a tranquilidade nos Estados, à requisição dos respectivos Governos;

4º) para assegurar a execução das leis e sentenças federais.

²⁴ Art. 91 - Compete ao Senado Federal:

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

juízes, poderia declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público (art. 179).

Ambas as alterações citadas foram importantes para a evolução do controle brasileiro, no entanto, a principal foi a inserção da ação direta de inconstitucionalidade interventiva. O texto constitucional determinou que a União somente pudesse intervir nos Estados por meio de decretação por lei federal (art. 12, § 1º e 2º), a qual seria submetida, pelo Procurador-Geral da República, à Suprema Corte, para análise de sua constitucionalidade. Sopesando as alterações advindas, José Afonso da Silva alegava que “aos poucos, o sistema se afastara do puro critério difuso com a adoção de aspectos do *método concentrado*, sem, no entanto, aproximar-se do europeu”²⁵.

Destaca-se ainda, com a limitação do *Habeas Corpus* em 1926, ficou vácuo quanto à proteção das garantias constitucionais, problema este resolvido com a inclusão do Mandado de Segurança (art. 113, item 33), cabível para defesa dos direitos constitucionais ameaçados ou violados por ato inconstitucional.

A Constituição de 1934 vigorou apenas até 1937, quando da outorga de nova “carta constitucional”, caracterizada pelo forte autoritarismo. Ocorre que, em contraposição com aquela, esta estabeleceu norma que mitigava o controle de constitucionalidade, na qual conferia ao Presidente da República a prerrogativa de submeter, ao Parlamento, a lei declarada inconstitucional, podendo este tornar sem efeito a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (art. 96, parágrafo único).

Porém, apesar da previsão da instituição do Parlamento Nacional, este não chegou a existir, sendo adjudicado seus poderes ao Presidente Getúlio Vargas, que os exercia exclusivamente. E ainda, a Constituição de 1937 estabelecia que houvesse plebiscito nacional a fim de referendar o texto constitucional, o que de fato, nunca aconteceu. E assim, o Presidente, visando “o bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta” poderia tornar sem efeito essa decisão, haja vista a ausência do Parlamento.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 2005. p. 50.

Num primeiro momento, houve poucas divergências a respeito do preceito. Contudo, com a edição do Decreto-Lei 1.564 de 1939, que confirmou “textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a reação nos meios judiciários foi intensa”²⁶. Ao Presidente era dado o poder de cassar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja atitude se revestia de caráter intimamente de emenda constitucional.

Buscando a redemocratização do país, o Presidente Eurico Gaspar Dutra convoca Assembleia Nacional Constituinte, elaborando a Constituição de 1946. A nova ordem constitucional busca resgatar o método de controle de constitucionalidade introduzido pela Constituição de 1934, trazendo em seu texto a “fórmula do senado” (art. 64), a “cláusula de reserva de plenário” (art. 200) e a representação interventiva (art. 8º, parágrafo único).

Todavia, em relação à representação interventiva houve alteração, sendo que, a partir de 1946, o Procurador-Geral de República passaria a submeter o ato supostamente inconstitucional praticado pelo Estado e, não mais, a lei federal que decretava a intervenção federal. Percebe-se assim, o surgimento, singelo ainda, de “uma peculiar modalidade de composição de conflito entre a União e os Estados”²⁷.

Passo significativo para a evolução do controle de constitucionalidade ocorreu com o advento da Emenda n. 16 de 1965, a qual introduziu o controle concentrado, da lei em tese, federal ou estadual, mediante provocação pelo Procurador-Geral da República (alterou art. 101, inciso I, alínea k). Por meio da referida emenda, também foi introduzido a possibilidade, por meio de lei, de estabelecer competência ao Tribunal de Justiça para conhecer do pedido de inconstitucionalidade de lei ou ato do município em face da constituição estadual.

Denota-se, portanto, que nesse período iniciou a miscigenação dos sistemas americano e europeu de controle de constitucionalidade dos atos normativos, ao passo que, havia possibilidade da declaração por qualquer juiz ou tribunal competente para a lide (modelo difuso), bem como a possibilidade de

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.* 2008. p. 1039.

²⁷ *Ibidem.* p. 1040.

qualquer lei em tese, seja federal ou estadual, ser questionada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal (modelo concentrado).

A Constituição de 1967/69 não trouxe grandes alterações em relação ao controle de constitucionalidade. Dentre as poucas alterações, podemos destacar a alteração da competência para suspender ato normativo estadual inconstitucional, antes do Supremo Tribunal Federal, passa a ser do Presidente (art. 11, § 2º).

Acrescenta à representação interventiva, de competência do Procurador-Geral da República, além da observância dos princípios constitucionais sensíveis, prover a execução de lei federal (art. 10, inciso VI, 1ª parte). Permanece inalterada a possibilidade de efetivação do controle abstrato das normas.

Em 1967, a possibilidade de criação de lei atribuindo competência aos tribunais para declarar inconstitucional ato normativo municipal não foi repetida. No entanto, com a Emenda n. 1 de 1969, previu-se a possibilidade, para fins de intervenção, de o Estado efetuar o controle de constitucionalidade de lei municipal (art. 15, § 3º, d).

No final da década de 60, início da década de 70, surge a indagação sobre a obrigatoriedade de o Procurador-Geral submeter as questões, que lhe eram remetidas por terceiros, para análise do Supremo Tribunal Federal. Essa indagação gerou a divisão da doutrina e do próprio tribunal, a qual ganhou grande relevância no julgamento da Reclamação n. 849²⁸, restando esta assim ementada:

Reclamação. Desprezada a preliminar do seu não conhecimento, por maioria de votos deu-se, no mérito, pela sua improcedência, ainda por maioria, visto caber ao Dr. Procurador-Geral da República a iniciativa de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal a representação de inconstitucionalidade. Jurisprudência do STF, que se harmoniza com esse entendimento.

No entanto, a decisão exposta acima recebeu críticas severas, inclusive do Ministro Adauto Lúcio Cardoso, que consignou em seu voto a obrigatoriedade de o Procurador levar a questão ao Supremo, sendo que, neste caso, deveria arguir a constitucionalidade da norma questionada. Diante da instabilidade gerada, o

²⁸ STF, Tribunal Pleno, Rcl. n. 849-DF, rel. Min. Adalício Nogueira, j. 10/03/1971, DJ de 13/12/1971, p. 7096.

Supremo Tribunal Federal começou admitir a representação de inconstitucionalidade com parecer contrário do Procurador-Geral, a qual fortaleceu o entendimento da obrigatoriedade de submissão da controvérsia constitucional ao Supremo. Sobre a questão, Gilmar Mendes Ferreira explica:

A identificação da natureza dúplice do instituto retiraria um dos fortes argumentos do Procurador-Geral, que se referia à sua condição de titular da ação para fazer atuar a jurisdição constitucional com o escopo de ver declarada a inconstitucionalidade da norma. A possibilidade de pedir a declaração de constitucionalidade deixaria por terra essa assertiva, convertendo o pretense "**direito**" de propor a ação de inconstitucionalidade num "**poder-dever**" de submeter a questão constitucional relevante ao Supremo, sob a forma de representação de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade.

Essa discussão foi fundamental para o aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade no Brasil, surtindo seus efeitos até os dias de hoje. Apesar de o texto constitucional de 1967/69 não ter trazido mudanças substanciais, com a Emenda n. 7 de 1977, houve a ampliação da representação interventiva, podendo o Procurador-Geral da República provocar o Supremo Tribunal Federal a fim de "interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual" (art. 119, inciso I, alínea I, da Emenda n. 1 de 1969), bem como a previsão da possibilidade de concessão de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República (art. 119, inciso I, alínea p, da Emenda n. 1 de 1969).

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, diversas foram as modificações visando extinguir a problemática de a representação ser apresentada ou não. E ainda, houve o aperfeiçoamento do sistema brasileiro de controle, o qual passou a se aproximar mais do sistema austríaco de controle.

Inicialmente, cumpre destacar que a Constituição de 1988 manteve a previsão da cláusula de reserva de plenário (art. 97), a fórmula do senado (art. 52, x), alterou a denominação de "representação" para ação de inconstitucionalidade, ampliando o rol de legitimados ativos consideravelmente, resolvendo parcialmente a questão sobre a titularidade exclusiva do Procurador-Geral da República. Com a amplitude do rol de legitimados, que passou de um para nove, a controvérsia constitucional seria levada à análise praticamente em todas as ocasiões.

Introduziu ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, até então desconhecida por todos, a qual restou regulamentada pela Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e que ganha relevância atualmente.

Outra novidade trazida pela Constituição de 1988, visando suprir as omissões legislativas, foi a criação da ação de inconstitucionalidade por omissão (controle *concentrado*), seguindo as mesmas características da ação de inconstitucionalidade por ação, bem como a previsão do mandado de injunção (controle *difuso*), oponível por todos quando a omissão constitucional prejudicar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. E ainda, resgatou a possibilidade de os Estados-membros instituir Justiça competente para a solução da controvérsia de lei ou atos normativos estaduais ou municipais diante da Constituição Estadual.

A Emenda n. 3, de 17 de março de 1993, instituiu a ação declaratória de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculante. Contudo, o rol de legitimados era restrito ao Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

Com a reforma do judiciário, originada pela Emenda n. 45, de 30 de dezembro de 2004, houve a equiparação entre a *ação direta de inconstitucionalidade* e a *ação direta de constitucionalidade*, sendo que ambas passaram ter os mesmos legitimados, eficácia *erga omnes* e efeitos vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Importante lembrar que, objetivando diminuir as decisões conflitantes, criou-se a *súmula vinculante* (art. 103-A), em que o Supremo Tribunal Federal, mediante voto de dois terços de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, firmaria precedente, vinculando todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, assemelhando-se ao princípio americano do *stare decisis*.

Sobre as alterações trazidas pela Emenda n. 45 de 2004, citamos ainda, a criação do instituto da *repercussão geral*, requisito fundamental para o conhecimento do recurso extraordinário, em que sua essência aproxima-se do princípio americano *writ of certiorari*. Com brilhantismo, José Afonso da Silva elenca comentários em relação ao sistema brasileiro de constitucionalidade, observemos:

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também agora timidamente a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a, e III, e 103). A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades.²⁹

Sendo assim, são essas as considerações históricas em relação ao controle de constitucionalidade no direito comparado e no direito pátrio, sendo que neste, houve a miscigenação entre os sistemas americano e austríaco, havendo certa prevalência deste, entretanto, não deixando de existir o sistema difuso de controle.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *op. cit.* 2005. p. 558-559.



2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1 IDEIAS PRELIMINARES

Primeiramente, é de extrema importância conceituar controle de constitucionalidade, sendo que este é a verificação da compatibilidade vertical entre a lei ou ato normativo (hierarquicamente inferior) e a Constituição Federal (hierarquicamente superior). Assim, é a constatação de que o ato está em conformidade com a norma maior.

Contudo, há de estabelecer limitação de quais atos normativos poderão ser objeto de análise de controle de constitucionalidade, bem como estabelecer o paradigma de confrontação com o qual o ato será analisado, por conseguinte, fixando o padrão de cotejo, possibilitando a efetivação do controle de constitucionalidade.

Em relação ao paradigma de confronto, há de estabelecer o núcleo intangível que será o parâmetro para confrontação das normas derivadas, conhecido na doutrina como “**bloco de constitucionalidade**”³⁰.

³⁰ Pedro Lenza explica que “este conceito deve ser ampliado diante do conceito de **bloco de constitucionalidade**, por meio do qual o parâmetro é constituído não só pela Constituição escrita e posta, como também pelas leis com valor constitucional formal (emendas à Constituição e, nos termos do art. 5.º, § 3.º (EC 45/2004), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros); pelo conjunto de preceitos e princípios decorrentes da Constituição, inclusive os implícitos (não escritos)”. (LENZA, Pedro. *op. cit.* 2010. p. 206)

A respeito deste, há duas correntes sobre sua abrangência, sendo a primeira *ampliativa*, em que estaria inclusa as normas formalmente constitucionais (texto constitucional) e, ainda, as decorrentes de sua transcendência, abrangendo a ordem constitucional global, podendo, inclusive, compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que utilizadas para efetivar a plenitude das normas constitucionais formais. A segunda corrente é *restritiva*, a qual considera apenas normas e princípios expressos da constituição escrita e positivada³¹.

Podemos afirmar que, o Brasil não adotou expressamente a corrente restritiva, porém, a jurisprudência tem apontado seu entendimento para esta. Julgamentos importantes pertinentes à matéria foram as ações diretas de inconstitucionalidade n. 595-ES e n. 514-PI (informativo STF 258 e 499, respectivamente), as quais elucidam as duas correntes.

Seguindo o raciocínio exposto acima, podemos trazer à baila os ensinamentos de Pedro Lenza, o qual aduz:

A tendência ampliativa parece-nos **tímida** na jurisprudência brasileira, que adotou, do ponto de vista jurídico, a ideia de **supremacia formal**, apoiada no conceito de **rigidez constitucional** e na consequente obediência aos **princípios e preceitos decorrentes da Constituição**.

Portanto, o bloco de constitucionalidade adotado no Brasil tende recair o “parâmetro direto de controle – que aqui poderia ser chamado de *bloco de constitucionalidade em sentido estrito* – às normas contidas, ainda que não expressas, em texto constitucional (normas formalmente constitucionais)”³².

Destaca-se ainda, com o advento da Emenda n. 45 de 2004, houve a ampliação do bloco de constitucionalidade, acrescentando-se a este os tratados e convenções internacionais aprovados conforme regra contida no § 3º, art. 5º da Constituição de 1988.

Estabelecido o paradigma de confronto ou delimitado o parâmetro de cotejo, passaremos a expor as espécies de inconstitucionalidades.

³¹ LENZA, Pedro. *op. cit.* 2010. p. 254.

³² BERNARDES. Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade*. 2004. p. 134.

2.2 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADES

Hodiernamente, a doutrina tem apontado várias espécies de inconstitucionalidades, destacando-se as inconstitucionalidades por *ação* ou *omissão*, *formal* ou *material*, *originária* ou *superveniente* e, de *normas constitucionais*.

A *inconstitucionalidade por ação* consiste no ato comisso do poder público em elaborar atos normativos incompatíveis com a Constituição. Com a adoção do princípio da supremacia da constituição, todos os demais atos devem guardar sintonia com esta, sendo que, havendo contrariedade com a norma superior, estaremos diante de um ato inconstitucional.

A inconstitucionalidade por ação é mais fácil de ser percebida, haja vista a necessidade de haver uma ação legislativa positiva, da qual resulta um ato normativo que não guarda congruência com a Constituição e, portanto, “pressupõe a existência de normas inconstitucionais”³³.

Já a *inconstitucionalidade por omissão*, essa é mais difícil de ser constatada. Este tipo de inconstitucionalidade ganhou relevância quando do fortalecimento da constitucionalização do direito, bem como a evolução do neoconstitucionalismo.

Inicialmente, as normas constitucionais visavam apenas a limitação do poder do Estado, protegendo a sociedade das arbitrariedades cometidas constantemente. Contudo, com a evolução do direito, as normas constitucionais passaram conter comandos a serem obedecidos pelo Estado. Assim, o Estado passou a ter o dever de legislar, de promover com eficácia os preceitos constitucionais.

Com o fortalecimento do constitucionalismo, certas omissões estatais passaram a ser consideradas como inconstitucionalidades, haja vista o Estado estar

³³ CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 1993. p. 982.

incumbido do dever de adotar certas providências, visando assegurar a plena efetividade dos direitos fundamentais e normas constitucionais.

Sendo assim, a inconstitucionalidade por omissão consiste em “razão da inércia do poder público diante de uma norma constitucional que determina um agir”³⁴. Em geral, são constatadas nas normas de eficácia limitada (que dependem de lei infraconstitucional para concretização de seus preceitos) e nas normas programáticas (as quais estabelecem metas a ser alcançadas).

Seguindo, nos deparamos com a *inconstitucionalidade formal*, ou nomodinâmica, quando houver violação em algum requisito formal ou procedimental do ato. Este tipo de inconstitucionalidade é subdividido pela doutrina em **orgânica**, **formal propriamente dita** e **por violação a pressupostos objetivos do ato**.

Quanto à *inconstitucionalidade formal orgânica*, impende salientar que a Constituição traz a competência legislativa para cada matéria, cabendo a cada ente (União, Estados e Distrito Federal e Municípios) legislar sobre a matéria de sua competência.

Havendo transgressão desse comando, o ato normativo estará eivado de vício de inconstitucionalidade formal orgânico. Há vários exemplos pertinentes, tais como a súmula vinculante n. 2/2007³⁵ (originada da ADI 2.847), leis municipais que disciplinem o uso de cinto de segurança (RE 227.384-SP e RE 215.325-RS), dentre outros. Conclui-se, portanto, que o vício formal orgânico recai sobre o ente competente (União, Estados/Distrito Federal e Municípios) para legislar sobre determinada matéria.

O *vício formal propriamente dito*, por sua vez, subdivide-se em **subjetivo** e **objetivo**. No entanto, primordial para sua compreensão é esclarecer o processo legislativo, sendo que este é composto pela fase inicial (propositura do projeto do ato normativo), a constitutiva (deliberação executiva ou parlamentar) e a complementar (composta por promulgação e publicação).

³⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op. cit.* 2009. p. 327.

³⁵ Súmula Vinculante n.2/2007-STF: É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Recaindo o vício na fase inicial, estaremos diante de vício formal subjetivo. A Constituição elenca competências exclusivas de algumas pessoas ou órgãos, sendo que, caso não obedecido essa regra, o ato normativo estará viciado pela inconstitucionalidade.

Cabe ressaltar ainda que, nem mesmo a ratificação posterior do ato, por quem seria o competente para dar início, é capaz de afastar a inconstitucionalidade, havendo necessidade de o ato iniciar-se novamente. Exemplificando o caso, é de competência privativa do Presidente as leis que fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas (art. 61, § 1º da CF/88), sendo que, havendo projeto de lei a respeito, proposto por Senador, esse será inconstitucional.

Já o vício formal objetivo, este recai sobre as fases posteriores à inicial (constitutiva e complementar). A Constituição determina o *quórum* mínimo exigido para instalação (art. 47, CF/88), bem como o quórum mínimo para deliberação de determinados atos normativos.

Sendo assim, caso o quórum não seja respeitado, o ato normativo será inconstitucional. Exemplificando o caso, prevê o art. 69 que as leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta, sendo que, caso haja alguma lei complementar considerada aprovada não tendo alcançado esse quórum, esta será considerada inconstitucional.

Outra possibilidade de ocorrer esse tipo de inconstitucionalidade é quando não respeitado o princípio do bicameralismo federativo, por exemplo, caso uma projeto de lei seja aprovado pela Casa iniciadora e remetido à Casa revisora para análise, esta efetuando alterações substanciais, é obrigatório o retorno à casa iniciadora para nova deliberação, caso contrário, acarretará a inconstitucionalidade.

Por fim, o vício formal por violação a pressupostos objetivos do ato consiste na afronta aos requisitos objetivos externos do ato. A respeito desse tipo de vício, podemos citar “a edição de medida provisória sem a observância dos

requisitos da relevância e urgência (art. 62, *caput*) ou a criação de Municípios por lei estadual sem observância dos requisitos do art. 18, § 4º³⁶.

Quanto à *inconstitucionalidade material*, ou nomoestática, leva-se em consideração a substância do ato, sendo “materialmente inconstitucional todo ato normativo que não se ajusta ao conteúdo dos princípios e regras da Constituição”³⁷.

Sendo assim, este tipo de inconstitucionalidade está diretamente ligado com a essência do ato normativo, podendo ser facilmente constatada, por exemplo, caso haja a elaboração de ato normativo em que seu conteúdo estabelece a possibilidade de prisão civil por dívida, situação esta expressamente vedada pela Constituição.

Somente a título de curiosidade, Pedro Lenza cita ainda o *vício de decoro parlamentar*, visando alcançar os atos oriundos de escândalos de corrupção (conhecido como mensalão e mensalinho), tendo em vista que tais atos não compadecem de vício formal ou material, porém, “sem dúvida, trata-se de inconstitucionalidade, pois maculada a essência do voto e o conceito de representatividade popular”³⁸.

Seguindo com a classificação das espécies de inconstitucionalidades, podemos citar a *inconstitucionalidade originária*, quando o ato tiver sido atingido pela inconstitucionalidade desde sua elaboração, de seu nascimento, “por violar a norma constitucional em vigor”³⁹. Já a *inconstitucionalidade superveniente*, se caracteriza pelo advento de nova ordem constitucional e com esta o ato normativo passa ser incompatível.

Importante lembrar que, conforme já mencionado, no Brasil há a adoção do princípio da recepção, o que dificulta a caracterização desse tipo de inconstitucionalidade, senão impossibilita. Contudo, podemos aludir ainda, a *inconstitucionalidade superveniente formal e material*, sendo a primeira relativa à forma ou procedimento do ato, e a segunda com seu conteúdo.

³⁶ LENZA, Pedro. *op. cit.* 2010. p. 209.

³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op. cit.* 2009. p. 331.

³⁸ LENZA, Pedro. *op. cit.* 2010. p. 211.

³⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op. cit.* 2009. p. 332.

Podemos citar o Código Tributário Nacional, o qual obedeceu ao procedimento estabelecido à época (Lei ordinária), contudo, a nova ordem constitucional determinou que este se desse por meio de Lei complementar. Ressalta-se que neste caso, apesar de incompatível formalmente com a Constituição, não é considerado como ato normativo inconstitucional, tendo em vista o princípio do *tempus regit actum*, o que acarreta a análise formal do ato sob a égide do direito vigente à época de sua elaboração.

Já em relação à *inconstitucionalidade superveniente material*, com o advento de nova ordem constitucional incompatível, haveria apenas a revogação tácita do ato viciado. E nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende não ser possível o controle abstrato de normas pré-constitucionais, conforme exposto por Gilmar Mendes em seus ensinamentos, vejamos:

Observa-se, ainda, que, ao apreciar a ADI 3.833, que impugnou o Decreto Legislativo n. 444/2003 em face da EC n. 41/2003, o Tribunal houve por bem afirmar que, a despeito de se cuidar de direito pré-constitucional, poderia a Corte reexaminar incidentalmente, em controle abstrato, a revogação ou não-recepção, do direito anterior.

Trata-se de uma reorientação jurisprudencial quanto ao tema.

O tema, porém, perde a relevância prática, com o advento da Lei n. 9.982/99, que, ao regulamentar a ADPF, admitiu o exame direto da legitimidade do direito pré-constitucional em face de norma constitucional superveniente.⁴⁰

Portanto, a inconstitucionalidade material superveniente não restará configurada por decorrência do princípio da recepção, que ocasionará a revogação da norma questionada.

A *inconstitucionalidade de normas constitucionais* recai sobre as emendas constitucionais, decorrente do descumprimento dos limites impostos pelo poder constituinte originário, que, conforme observamos anteriormente, podem ser limites *circunstanciais*, *formais* ou *procedimentais*, *temporais* ou *materiais*.

Crucial ressaltar que, há ainda diversas espécies de inconstitucionalidades citadas pelos doutrinadores, tais como a *total* (quando todo ato padecer de vício) ou *parcial* (quando apenas parte do ato padecer de vício),

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.* 2008. p. 1020.

antecedente (quanto o vício estiver no próprio ato normativo) ou *consequente* (quando presente não propriamente no ato, e sim, atingir norma de que ele dependa), dentre outras.

2.3 MOMENTOS DE CONTROLE

Quanto ao momento em que o controle de constitucionalidade incide, podemos citar a existência de dois tipos de controle, sendo o primeiro preventivo ou *a priori*, o qual é aferido quando o projeto de lei ainda está em trâmite, e o segundo repressivo ou *a posteriori*, o qual recai sobre o ato normativo já integrante do ordenamento jurídico.

Ressalta-se ainda que, o controle será *político* quando o órgão incumbido de realizá-lo não integrar o Poder Judiciário, e será *jurisdicional* quando exercido por órgão pertencente à estrutura do Poder Judiciário.

No Brasil, via de regra, o controle de constitucionalidade é realizado judicialmente, de forma repressiva. Contudo, há casos excepcionais possibilitando o controle preventivo, por órgãos não integrantes do Poder Judiciário (político) e, até mesmo, exceções quanto ao controle repressivo.

O controle preventivo poderá ser realizado pelo Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário. Na esfera legislativa, o controle será realizado por meio da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (art. 32, IV do Regimento Interno da Câmara dos Deputados) e da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (art. 72, III do Regimento Interno do Senado Federal).

Sendo assim, iniciada a tramitação do projeto de lei, este deverá ser submetido à análise pelas comissões citadas, para que possam analisar os requisitos intrínsecos e extrínsecos do projeto de lei, dentre os quais, a constitucionalidade.

Contudo, há de ressaltar que se trata de sistema falho, pois nem todos os projetos de lei são analisados, haja vista a grande quantidade, nem todas as espécies normativas se submetem (exemplo: medida provisória), bem como há enorme deficiência técnica, caso contrário, não iria haver tantos questionamentos pela via repressiva.

O controle preventivo poderá ser exercido pelo chefe do Poder Executivo, quando considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional, evitando assim, que o ato normativo produza seus efeitos. Essa prerrogativa é conhecida como veto jurídico, e é imprescindível sua justificação.

Mais raro ainda é a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade por meio do Poder Judiciário, o qual somente é possível mediante impetração de mandado de segurança por algum parlamentar, em que será apreciado pelo controle difuso, por via incidental.

O fundamento legal para a impetração do mandado de segurança seria o direito subjetivo dos parlamentares participarem de processo legislativo hígido, e portanto, não podem ser “obrigados” a deliberar sobre projetos cuja essência seja flagrantemente inconstitucional. Nesse sentido, o Supremo Tribunal já se manifestou (informativo STF n. 30), vejamos:

Por maioria de votos, o Tribunal conheceu em parte de mandado de segurança impetrado por Deputados Federais contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que determinara o processamento de proposta de emenda constitucional em alegada violação a normas do Regimento Interno daquela casa legislativa e ao art. 60, § 5º, da CF (“A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”). Reconhecendo a existência, em tese, de direito subjetivo dos impetrantes-parlamentares a não serem compelidos a participar de processo legislativo que se tenha por contrário à Constituição, o Tribunal afastou a preliminar de carência de ação suscitada nas informações da autoridade apontada como coatora. Prevaleceu, de outra parte, o entendimento de que as questões regimentais levantadas pelos impetrantes estariam imunes ao controle judicial, por estarem compreendidas, em princípio, no conceito de *interna corporis*. Contra os votos dos Ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Celso de Mello - que dele conheciam integralmente -, e dos Ministros Carlos Velloso e Octavio Gallotti - que dele não conheciam -, o mandado de segurança foi conhecido em parte, nos limites do fundamento constitucional. Precedentes citados: MS 20257 (RTJ 99/1031); MS 21754 (AgRg) (Pleno, 07.10.93); MS 21648 (Pleno, 05.05.93); MS 22183 (Pleno, 05.04.95). MS 22.503-DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio; rel. p/ ac. Min. Maurício Corrêa, 08.05.96.

Impende salientar que, a legitimidade para a impetração de mandado de segurança é cabível apenas para parlamentares, pois a estes é conferido o direito subjetivo do devido processo legislativo, não podendo terceiros provocar o referido controle (nesse sentido RTJ 136/25-26, rel. min. Celso de Mello).

Seguindo em frente, como mencionado anteriormente, o controle repressivo será exercido pelo Poder Judiciário, em regra. Porém, esse tipo de controle poderá ser exercido pelo legislativo, pelo executivo (parte da doutrina entende ser possível) e pelo Tribunal de Contas da União, inclusive.

Quanto ao Poder Legislativo, este poderá efetivar o controle repressivo quando: **a-** sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar; **b-** sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem dos limites de delegação legislativa e; **c-** entender ser a Medida Provisória inconstitucional, por falta de algum requisito (urgência e relevância).

Essas possibilidades estão elencadas no art. 49, inciso V e art. 62, ambos da Constituição. Parte da doutrina defende que nas hipóteses “a” e “b”, citadas acima, não seria controle de constitucionalidade e, sim, controle de legalidade.

Quanto da realização do controle repressivo por parte do executivo, parte da doutrina entende ser possível, sendo que, houve poucos casos levados à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Baseando-se no princípio da supremacia da constituição e na regra de que a aplicação de lei inconstitucional é o mesmo que a negativa de aplicação da própria constituição, seria possível extrair a interpretação de que o chefe do poder executivo poderia determinar o não cumprimento de ato ou lei que considerasse inconstitucional⁴¹. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre a questão, a qual restou ementada assim:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CHEFE DE EXECUTIVO QUE SUSPENDE O CUMPRIMENTO DE CERTAS NORMAS INTERNAS DE TCE POR CONSIDERÁ-LAS INCONSTITUCIONAIS. POSSIBILIDADE. VINCULAÇÃO SUBSEQUENTE DE TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ELE DIRIGIDA. CHEFE DA POLÍCIA CIVIL QUE DEIXA DE CUMPRIR

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2004. p. 71.

AS NORMAS DA CORTE DE CONTAS EM RAZÃO DA DECISÃO DO GOVERNADOR DO ESTADO. CONDUTA ILEGAL NÃO-CONFIGURADA.

(...)

4. **Os Chefes dos Poderes Executivos federal, estaduais, distrital e municipais, por tomarem posse com o compromisso de guardar especial observância à Constituição da República** (arts. 78 da CR/88 e 139 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro), **podem deixar de cumprir lei que entendam por inconstitucional**, ainda que sem manifestação do Judiciário a respeito, decisão esta que vincula toda a Administração Pública a eles subordinada e que importa na assunção dos riscos que decorrem de suas escolhas político-jurídicas. Precedente do STF.⁴²

Portanto, em casos excepcionais, é possível que o chefe do Poder Executivo determine a não aplicação de atos normativos que entenda ser inconstitucional, independente da manifestação do Poder Judiciário, pois está incumbido do compromisso de defender e cumprir a Constituição (art. 78, CF/88).

Ainda quanto à possibilidade do controle repressivo, este também é passível de realização pelo Tribunal de Contas da União que, quando o chefe do executivo, poderá de deixar de aplicar atos normativos inconstitucionais.

Sobre essa possibilidade, o Supremo Tribunal Federal editou súmula (n. 347) no sentido de que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”⁴³, “bem como sustar outros atos praticados com base em leis vulneradoras da Constituição (art. 71, X)”⁴⁴.

Finalmente, tendo sido expostos os casos excepcionais, tanto no controle preventivo, quanto no controle repressivo, passaremos a apreciar o controle judicial repressivo, o qual é regra em nosso sistema, podendo ser averiguado por meio *difuso* ou *concentrado*.

⁴² STJ, 2ª Turma, RMS. n. 24675/RJ, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. 13/10/2009, DJe 23/10/2009.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 347.

⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 2000. p. 815.



3 SISTEMAS DE CONTROLE, MÉTODOS DE PROVOCAÇÃO E SEUS EFEITOS

Impende salientar que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade dos atos normativos tem caráter híbrido, haja vista ter incorporado tanto regras do sistema americano, quanto do sistema europeu. Assim sendo, o sistema brasileiro de controle pode ser suscitado de forma difusa, perante qualquer juiz ou órgão de jurisdição, bem como de forma concentrada, suscitado junto ao Supremo Tribunal Federal, que muito se assemelha ao Tribunal Constitucional, senão o é.

Há de destacar que, no sistema americano o controle por via incidental coincide com o controle difuso, assim como no sistema europeu, que o controle por via principal coincide com o controle concentrado, em regra. No entanto, o próprio sistema europeu tem exceção, na qual, mesmo em se tratando de controle concentrado, poderá ser suscitado pela via incidental (ex. Alemanha, Áustria e Itália).

Conclui-se, portanto, controle difuso não se confunde à via incidental, assim como controle concentrado não se confunde à via principal, pois a primeira característica está ligada à competência para conhecimento da questão constitucional (difuso e concentrado) e, a segunda, é a relação da controvérsia constitucional com o processo (principal e incidental).

No sistema brasileiro, o controle difuso é suscitado de modo incidental, em caso concreto, no qual serve como fundamento para a questão principal. Já o controle concentrado, este é suscitado de modo principal, em abstrato, em regra, o qual há apenas alguns legitimados para suscitação junto ao Supremo Tribunal Federal, conforme veremos a seguir.

3.1 CONTROLE DIFUSO

De acordo com o exposto anteriormente, o primeiro sistema adotado pelo Brasil foi o sistema difuso de controle de constitucionalidade, o qual foi introduzido em 1891 e, desde então se encontra incorporado no sistema brasileiro. Trata-se de controle difuso de constitucionalidade por não haver um órgão específico para o conhecimento da questão constitucional. Assim, a questão constitucional poderá ser conhecida por qualquer juiz ou tribunal, seja em qualquer área (civil, penal, trabalho) e, em qualquer grau de jurisdição.

Para que haja a provocação do controle difuso, basta que haja uma controvérsia concreta, em que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo seja o fundamento deste pedido. Assim, a declaração de inconstitucionalidade será a causa de pedir, conhecida incidentalmente, previamente e indispensável ao julgamento do mérito. Além disso, o controle de constitucionalidade difuso poderá ser suscitado pelo autor, independente do processo ou procedimento (conhecimento, execução e cautelar), pelo réu, em todas as suas modalidades de respostas ou manifestação (incidentes), bem como todos que intervirem no processo (Ministério Público, Juiz).

Impende salientar, somente, em relação ao poder de agir do juiz, há certa restrição quanto à possibilidade do reconhecimento de ofício, de inconstitucionalidade incidentemente, em sede de recurso extraordinário. Primeiramente, havia o entendimento da impossibilidade (RE 117805-PR, AGR

155188), contudo, em caso mais recente de que os citados, cumpre expor parte do julgado, vejamos:

EMENTA: Proventos: revisão para assegurar paridade com a remuneração dos servidores em atividade, aumentada por força de vantagem genericamente outorgada à categoria posteriormente à aposentada: pressupostos do direito à revisão.

III. **Controle de constitucionalidade: possibilidade de declaração de ofício, no julgamento do mérito de RE**, da inconstitucionalidade de ato normativo que o Tribunal teria de aplicar para decidir a causa, posto não prequestionada a sua invalidez.

1. A incidência do art. 40, § 4º (redação original) da Constituição pressupõe a validade da lei instituidora da vantagem para os servidores em atividade, que, em razão da regra constitucional de paridade, se teria de aplicar por extensão aos inativos.

2. Em hipóteses que tais, até ao STJ, na instância do recurso especial, seria dado declarar incidentalmente, e de ofício, a inconstitucionalidade da lei ordinária que, se válida, teria de aplicar: **seria paradoxal que, em situação similar, não o pudesse fazer o Supremo Tribunal, "guarda da Constituição", porque não prequestionada a sua invalidez.**⁴⁵

Sendo assim, a possibilidade de provocação do controle de constitucionalidade incidentalmente é conferida a todos os integrantes ou intervenientes da lide, em concreto, podendo ser suscitada de ofício, inclusive, pelos tribunais superiores e o próprio Supremo Tribunal Federal, “guardião da constituição”.

Quanto ao procedimento, suscitada a inconstitucionalidade de algum ato normativo perante o juiz singular, de primeiro grau, este há necessidade apenas de fundamentar sua decisão, de acordo com o art. 93, IX da Constituição. No entanto, há particularidades quando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo for suscitada junto a tribunal, de competência originária ou recursal, que deverá obedecer ao procedimento elencado no art. 480 a 482 do Código de Processo Civil.

E ainda, há de ser respeitado o art. 97 da Constituição, conhecido como “cláusula de reserva de plenário” – a qual determina 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” –, tanto nas causas que a declaração de inconstitucionalidade resulte em não-aplicação da

⁴⁵ STF, Tribunal Pleno, RE n. 264289/CE, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 03/10/2001, DJ 14/12/2001, p. 87.

norma, como nas causas que resulte interpretação diversa (inconstitucionalidade sem redução de texto). Baseado no princípio da economia e celeridade processual, a norma do art. 97 da Constituição poderá ser mitigada, quando o tribunal pleno ou órgão especial já tiver decidido a questão anteriormente, bem como caso haja decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito.

Nos casos citados, o órgão fracionário está dispensado de submeter a questão novamente ao plenário, respeitando o decidido anteriormente. Entretanto, para haver a modificação do posicionamento do tribunal, a cláusula de reserva de plenário deverá ser respeitada.

Por ser um trâmite burocrático, os tribunais evitavam enfrentar as questões constitucionais, simplesmente afastando a aplicação da norma sem, contudo, declarar sua constitucionalidade ou não. Diversos foram os recursos que fizeram essa situação chegar ao Supremo Tribunal, o que levou este a editar a súmula vinculante n. 10, com o seguinte teor:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.⁴⁶

Importante ressaltar que, a aplicabilidade da referida súmula é restrita aos casos em que ainda não houve manifestação do Supremo Tribunal Federal ou do plenário ou órgão especial do respectivo tribunal, haja vista a dispensa de remessa do processo nestes casos.

Dando prosseguimento ao procedimento, sendo arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o órgão fracionário, de competência originária ou recursal, irá fazer a primeira análise. Entendendo constitucional a norma, prosseguirá o julgamento. Caso haja manifestação da maioria do órgão fracionário, no sentido da inconstitucionalidade da norma, será lavrado o respectivo acórdão, submetendo o processo ao tribunal pleno ou órgão especial⁴⁷.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 10.

⁴⁷ Nos termos do art. 93, inciso XI da Constituição, nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído **órgão especial**, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e

O referido acórdão será encaminhado ao presidente do tribunal que designará a sessão de julgamento, oportunizando ao Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, as pessoas enumeradas no art. 103 da CF, bem como, caso o relator entenda necessário devido à relevância da matéria, admitir manifestação de órgãos e entidades.

Neste último caso, se trata do *amicus curiae*, “que é um instituto do direito norte-americano acolhido para conferir um caráter democrático e pluralista ao processo incidental de controle de constitucionalidade”⁴⁸. Assim, serve o referido instituto para elucidação do tribunal a respeito da questão, principalmente quando envolver questões técnicas adversas da área do direito, tais como da área da medicina, bioquímica, dentre outras.

Em regra, a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa se restringe às partes (*inter partes*), retroagindo à data em que o ato normativo foi editado (*ex tunc*). Conclui-se, assim, a adoção da teoria da nulidade absoluta, a qual o provimento judicial apenas “declara” uma situação preexistente, qual seja, a nulidade do ato normativo inconstitucional, por consequência, a invalidação *ab initio*.

Atualmente, algumas são as questões que causam divisão na doutrina e na jurisprudência quanto ao controle de constitucionalidade difuso. Estas são a “fórmula do senado”, a teoria da transcendência dos motivos determinantes e modulação dos efeitos da decisão proferida por via difusa.

Como vimos anteriormente, a declaração de inconstitucionalidade por via difusa tem efeitos retroativos, restringindo-se às partes. Contudo, repetindo previsão introduzida pela Constituição de 1934, a Constituição de 1988 incorporou a chamada “fórmula do senado” (art. 52, X, CF/88). A referida norma foi prevista para emprestar efeitos *erga omnes* para as decisões proferidas, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade incidental. No entanto, há entendimento no

cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op. cit.* 2009. p. 312.

sentido de ter havido mutação constitucional da referida norma, haja vista a evolução do controle judicial.

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal tem a função precípua de guardião da constituição, o que poderia causar certa incongruência entre os efeitos de sua decisão de acordo com o instrumento de avaliação. Ou seja, no caso de análise de constitucionalidade por meio de recurso extraordinário, o efeito seria apenas para as partes. Em sendo pronunciada a inconstitucionalidade por meio de controle concentrado, os efeitos da decisão alcançariam todos.

Pode-se afirmar que, em 1934, quando da introdução da norma no direito pátrio, não se cogitava a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, o que de fato, é realidade nos dias de hoje. Impende salientar, neste caso não há a necessidade de “remessa” ao senado, sendo que a decisão proferida pelo Supremo vale por si própria.

Há ainda destacar diversas alterações introduzidas no ordenamento jurídico que levam à conclusão do efeito vinculante da decisão do Supremo, em controle difuso, sendo estas introduzidas pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998. A norma citada dispensou a submissão da questão constitucional ao tribunal pleno ou órgão especial quando a mesma já tiver sido apreciada pelo Supremo.

E ainda, alterou o art. 557, e seu parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, permitindo o julgamento monocrático, a fim de negar seguimento ou dar provimento ao recurso, caso este esteja em desconformidade com a orientação dominante do Supremo. Com muita propriedade, o ministro Gilmar Mendes Ferreira traz em seus ensinamentos:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes — hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo

Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica.⁴⁹

Para o ministro Gilmar Mendes, defensor da mutação constitucional do art. 52, X, CF, o ato do senado de suspender norma declarada inconstitucional estaria restrito aos casos de declaração de inconstitucionalidade propriamente dita, levando a acreditar que o mesmo restou ultrapassado. Assim, o papel do senado seria apenas o de publicizar a decisão do Supremo Tribunal Federal, a quem caberia a última palavra quanto à constitucionalidade das normas, seja em controle difuso, seja em controle concentrado.

A controvérsia pertinente ao art. 52, X, CF, chegou a ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Reclamação 4.335/AC, a qual foi ajuizada com o fundamento de que a decisão proferida no *Habeas Corpus* n. 82.959/SP teria efeitos *erga omnes*, e que o Tribunal do Estado do Acre estaria descumprindo decisão proferida pelo Supremo.

Ocorreu que, os ministros Gilmar Mendes Ferreira e Eros Grau votaram no sentido de julgar procedente a reclamação, baseando-se na mutação constitucional do art. 52, X, CF. Em contrapartida, os ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa votaram no sentido de não conhecer a reclamação, concedendo *Habeas Corpus* de ofício. Acontece que a matéria ainda não foi resolvida, sendo que a reclamação n. 4.335/AC ainda está pendente de julgamento. Após o julgamento desta, saberemos qual a posição dominante no Supremo Tribunal Federal.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, bem como da Lei 11.417, de 2006, a qual regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal, houve a possibilidade de edição de Súmula Vinculante pelo Supremo, a qual vincularia todos os órgãos, de todas as esferas.

Para parte da doutrina e da jurisprudência, seria mais prudente a edição de súmula vinculante do que apenas adotar a eficácia *erga omnes* no controle

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2009. p. 1131.

difuso, pois neste é preciso a maioria absoluta (6 ministros), e naquele é preciso 2/3 de seus membros (8 ministros). Nesse sentido, Pedro Lenza expõe:

Por fim, sustentamos (já que não nos filiamos à teoria da abstrativização) a possibilidade de se conseguir o objetivo pretendido mediante a edição de **súmula vinculante**, o que, em nosso entender, seria muito mais legítimo e eficaz, além de respeitar a segurança jurídica, evitando o casuísmo.⁵⁰

Outro tema que causa desconforto na doutrina e na jurisprudência é a chamada *teoria da transcendência dos motivos determinantes*, a qual os motivos determinantes da sentença ultrapassam (transcendem) sua eficácia natural, alcançando o julgamento de outros processos. Dois são os exemplos clássicos em que foi adotada a teoria citada, são estes o *Habeas Corpus* n. 82.959/SP (progressão de regime nos crimes hediondos) e RE n. 197.917/SP (redução número de vereadores da cidade de Mira Estrela), os quais os motivos das decisões serviram para a análise de diversas ações e recursos posteriores.

No primeiro caso, diversos foram os pedidos de progressão de regime, em todo país, deferidos com base no julgamento do Habeas Corpus 82.959/SP. No referido caso, a transcendência dos motivos determinantes foi tão marcante que ensejou até mesmo Reclamação (n. 4.335/AC), visando assegurar a autoridade da decisão proferida naquele processo.

No segundo caso, após o julgamento do RE n. 197.917, o Tribunal Superior Eleitoral editou resolução (n. 21.701/2004), cujo teor identificava com os motivos da decisão proferida pelo Supremo. Assim, houve a abstrativização do controle difuso. Aquela decisão em caso concreto alcançou efeitos *erga omnes*.

Dentre as alterações que ensejaram a objetivação dos julgados proferidos pelo Supremo, está a adoção do instituto da repercussão geral, o qual se assemelha ao *writ of certiorari* norte-americano, fazendo com que apenas as questões que extrapolam os interesses subjetivos das partes sejam conhecidas pelo Supremo, justificando-se a transcendência da autoridade de seus julgados.

⁵⁰ LENZA, Pedro. *op. cit.* 2010. p. 235.

Com a evolução do poder judiciário, cada vez mais o recurso extraordinário se afasta de simples interesses das partes, ou até mesmo revisão de julgados das instâncias inferiores, e passa a ter conotação fortemente de controle dos atos normativos em face da Constituição.

Instituto de grande valia que vem sendo adotado também em sede de controle difuso é a modulação dos efeitos da decisão. Referido instituto é aplicado por analogia ao art. 27 da Lei 9.868, de 1999, visando a segurança jurídica e interesse social, mesmo em controle difuso. Caso vertente que podemos exemplificar o exposto acima foi o julgamento do RE 197.917, que reduziu o número de vereadores do município de Mira Estrela-SP. Contudo, caso fosse aplicado efeitos retroativos, certamente causaria insegurança jurídica, haja vista que todos os atos legislativos produzidos à época deveriam ser revistos.

Diante de tudo que foi exposto, percebe-se a aproximação do controle de constitucionalidade difuso com o concentrado, evidenciando ainda mais o *status* de Suprema Corte ao STF. A seguir, explanaremos sobre os métodos de provocação do controle concentrado.

3.2 CONTROLE CONCENTRADO

Conforme visto anteriormente, a primeira ação do controle concentrado foi introduzida pela Constituição de 1934, a chamada representação interventiva. Ainda sob a égide da Constituição de 1946, surge a ação direta de inconstitucionalidade. Já em 1988, houve a evidenciação do controle concentrado no Brasil, sendo que este poderia ser provocado mediante ação direta de inconstitucionalidade (genérica, por omissão e interventiva), ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito legal.

É denominado controle concentrado pelo fato de haver apenas um órgão incumbido de conhecer da controvérsia constitucional, o qual é provocado mediante

ação específica, de modo principal, visando exclusivamente a análise da constitucionalidade da norma em questão.

De início, é necessário identificar quais atos normativos poderão ser objeto de análise de controle de constitucionalidade. Importante destacar que, somente é possível realizar o controle de normas que ainda estão em vigência, sendo que, caso a norma já tenha sido revogada ou fosse de eficácia exaurida, não há de se falar em controle de constitucionalidade.

Outro aspecto relevante a considerar é que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que as normas pré-constitucionais (anteriores à CF/88) não são passíveis de controle abstrato, tendo em vista a adoção do princípio da recepção, consistente no “fenômeno pelo qual a Constituição nova recebe a ordem normativa infraconstitucional anterior, surgida sob a égide das Constituições precedentes, se com ela tais normas forem substancialmente compatíveis”⁵¹.

Assim sendo, as normas anteriores a nova ordem constitucional, não compatíveis, serão consideradas não recepcionadas, ou seja, revogadas, e portanto, impossibilitando o controle de constitucionalidade. Impende salientar que as normas pré-constitucionais estão podendo ser questionadas por via da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Crucial expor que, as normas constitucionais originárias também não podem ser submetidas à análise, tendo em vista que o poder constituinte originário é incondicional, ilimitado, autônomo e soberano, o que de fato impossibilita tal controle.

Entretanto, há possibilidade de controle de normas constitucionais decorrentes do poder constituinte derivado reformador (emendas constitucionais), pois a este existem limitações quando da atividade legiferante, sendo limitações *circunstanciais* – tais como o período de intervenção federal, estado de sítio e de defesa –, *formais* ou *procedimentais* – relacionadas com a fase introdutória (iniciativa), constitutiva e complementar do processo legislativo –, *temporais* – que

⁵¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op. cit.* 2009. p. 258.

vedam a alteração da constituição por determinado prazo – e, *materiais* – relacionadas com o conteúdo da norma, impossibilitando a alteração das chamadas cláusulas pétreas.

Ao se falar em controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, estes têm que ser compreendidos de maneira *lato sensu*, abrangendo todas as espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal de 1988 (emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções), bem como qualquer ato “revestido de indiscutível caráter normativo”⁵², tais como regimento interno de tribunais, resoluções administrativas.

Importante ressaltar que as normas objeto de controle tem que ter caráter geral, abstrato e impessoal. Contudo, o Supremo Tribunal Federal abriu precedente recentemente no sentido da possibilidade do controle de lei de efeito concreto, na qual o Ministro Gilmar Mendes Ferreira consignou:

A extensão da jurisprudência, desenvolvida para afastar do controle de constitucionalidade abstrato de normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis.

Não se discute que os atos do poder público sem o caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração.

Ademais, não fosse assim, haveria uma superposição entre típica jurisdição constitucional e jurisdição ordinária.

Outra há de ser, todavia, a interpretação, se se cuida de atos editados sob a forma da lei. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma da lei (v.g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública).

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 da lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que

⁵² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 1999. p. 558.

muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária.⁵³

Quanto aos tratados internacionais é perfeitamente possível o controle de constitucionalidade, após a sua incorporação no direito pátrio. Já os regulamentos, a jurisprudência tem apontado para a possibilidade de controle apenas pela via incidental.

Em relação às súmulas, não é possível recair o controle de constitucionalidade em abstrato, haja vista a mesma não ser revestida de caráter normativo, sendo apenas a consolidação da jurisprudência. Há, no entanto, divergências quando se tratar de súmula vinculante, pois apesar de ter caráter próprio de espécie normativa, o que de fato possibilitaria o controle, há previsão legal de instrumento hábil para efetuar sua edição, revisão ou cancelamento (Lei n. 11.417/2006).

3.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADIN)

A ação direta de inconstitucionalidade, conhecida como “ADIN”, está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 103, bem como é regulada pela Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, do art. 2º ao art. 12.

Trata-se de ação específica visando expurgar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a Constituição. Crucial que a lei ou ato normativo seja marcada pelas características da generalidade, impessoalidade e abstração, pois se trata de controle de lei em tese, abstrato⁵⁴.

A ação direta terá como objeto toda espécie normativa, conforme citado anteriormente, bem como atos normativos em sentido *lato sensu*. Trata-se de método de questionamento dos atos comissivos do poder legislativo, ou seja, haverá uma lei ou ato normativo propriamente dito em desconformidade com a Constituição.

⁵³ STF, Tribunal Pleno, ADI 4048 MC/DF, rel. min. Gilmar Mendes Ferreira, j. 14/05/2008, DJe 21/08/2008, p. 55.

⁵⁴ LENZA, Pedro. *op. cit.* 2010. p. 237.

A legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade é do:

I – Presidente da República, II – Mesa do Senado Federal, III – Mesa da Câmara dos Deputados, IV – Mesa da Assembleia ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, V – Governador de Estado ou DF, VI – Procurador-Geral da República, VII – Conselho Federal da OAB, VIII – partido político com representação no Congresso Nacional, IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Importante ressaltar que, em relação aos legitimados IV, V e IX, estes precisam demonstrar a pertinência temática com sua finalidade institucional. Assim, o objeto da ação deve estar ligado ao seu interesse⁵⁵. E ainda, em relação ao partido político, a representação no Congresso Nacional é aferida no momento da propositura, sendo que, a perda dessa qualidade após o ajuizamento da ação não descaracteriza sua legitimação⁵⁶.

Destaca-se ainda, somente os legitimados VIII e IX necessitam de representação por meio de advogado, com procuração específica indicando objetivamente a lei ou ato normativa a ser impugnado, já que os demais legitimados possuem capacidade postulatória plena conferida pela própria Constituição Federal, podendo ingressar em juízo sem representação por advogado⁵⁷.

A competência para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade será do Supremo Tribunal Federal quando a lei ou ato normativo que contrariar a

⁵⁵ A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembleias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. Precedentes do STF: ADI 305 (RTJ 153/428); ADI 1.151 (DJ de 19-5-95); ADI 1.096 (LEX-JSTF, 211/54); ADI 1.519 julgamento em 6-11-96; ADI 1.464, DJ 13-12-96. Inocorrência, no caso, de pertinência das normas impugnadas com os objetivos da entidade de classe autora da ação direta. (ADI 1.507-MC-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 3-2-97, DJ de 6-6-97). No mesmo sentido: ADI 1.307-MC, Rel. Min. Francisco Resek, julgamento em 19-12-95, DJ de 24-5-96. E ainda, ADI 2.747, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/05/07, DJ 17/08/07.

⁵⁶ Nesse sentido: STF, ADI 2.159 AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.

⁵⁷ Governador de estado. Capacidade postulatória reconhecida. O Governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. (ADI 127-MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-11-89, de DJ de 4-12-92). No mesmo sentido: ADI 120, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 20-3-96, DJ de 26-4-96.

Constituição for federal ou estadual (art. 102, I, “a”, CF/88), bem como no caso de ser lei ou ato normativo distrital de natureza estadual. Inexiste o controle por meio da ação direta de lei ou ato normativo municipal (inclusive distrital de natureza municipal) contrário à Constituição, sendo que, neste caso, o controle poderá ocorrer pela via difusa ou por arguição de descumprimento de preceito legal.

Em se tratando de lei ou ato normativo estadual ou municipal contrário à Constituição Estadual, a competência para o conhecimento da questão será do Tribunal de Justiça do Estado. Quando houve contrariedade entre lei ou ato normativo municipal em face da Lei Orgânica do município, não haverá controle de constitucionalidade, apenas, controle de legalidade.

Os requisitos da petição inicial estão consignados no art. 3º da Lei 9.868/99, a qual, estando apta, será devidamente processada. Em seguida, o relator requisitará informações à autoridade de onde a lei ou ato normativo foi emanado. Após, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República.

Posteriormente, relatará o processo e remeterá cópia a todos os Ministros, determinando o dia do julgamento. Conforme redação do parágrafo 3º do art. 103 da Constituição, o Advogado-Geral da União será citado a fim de defender o ato impugnado, entretanto, a Suprema Corte já se manifestou em sentido contrário.⁵⁸

Importante ressaltar que, uma vez proposta a ação direta de inconstitucionalidade, não é admissível a desistência, tendo em vista o princípio da indisponibilidade. Outro aspecto relevante é a impossibilidade de intervenção de terceiros, visando evitar o atravancamento do processo.

Entretanto, o parágrafo 2º do art. 7º da lei 9.868/99 previu a adoção do instituto denominado *amicus curiae*⁵⁹, o qual visa “admitir a manifestação de pessoa

⁵⁸ O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. (ADI 1.616, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 24-5-01, DJ de 24-8-01).

⁵⁹ Processo objetivo de controle normativo abstrato. Possibilidade de intervenção do *amicus curiae*: um fator de pluralização e de legitimação do debate constitucional. (ADI 2.321-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-10-00, DJ de 10-6-05)

física ou jurídica”, “desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da ação direta”⁶⁰.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal mudou seu posicionamento quanto ao momento oportuno para o ingresso do *amicus curiae*, restando esse no sentido da possibilidade de ingresso até a liberação do processo para a pauta.

Impende salientar ainda que, é possível a sustentação oral de quem intervir no processo de controle concentrado (*amicus curiae*), nos termos do art. 131, § 3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Em sede de ação direta de inconstitucionalidade é cabível a concessão de medida cautelar (art. 10 e 11 da Lei 9.868/99), a qual será deferida estando presente os requisitos do *fumus boni iuris* (inconstitucionalidade *prima facie*) e *periculum in mora*, dotada de eficácia *erga omnes* e efeitos *ex nunc*, em regra, pois é possível a concessão de efeitos retroativos (art. 11, § 1º, Lei 9.868/99).

Para que a ação direta seja julgada, há a necessidade da presença de 8 Ministros, sendo que a ação será julgada procedente se atingir 6 votos favoráveis a ela. Ocorrendo a falta de número suficiente de Ministros capazes de reverter a votação, está será suspensa até o comparecimento de votos suficientes para ratificar a decisão.

A decisão prolatada na ação direta de inconstitucionalidade terá eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc*, em regra. Ocorre que, o art. 27 da Lei 9.868/99 trouxe a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, visando a segurança jurídica e o interesse social⁶¹.

⁶⁰ NERY JÚNIOR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada*. 2009. p. 896.

⁶¹ A norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social - se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor

Assim sendo, sendo julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade, após 10 dias do trânsito em julgado da sentença, o Supremo Tribunal Federal a publicará no Diário da Justiça e Diário Oficial da União, momento em que a decisão passará a vincular todos os órgãos do Poder Judiciário e Poder Executivo.

Caso haja o descumprimento da decisão proferida na ação direta, é possível o ajuizamento de reclamação, por quem tenha sido prejudicado por decisão contrária a do Supremo, visando assegurar a autoridade do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal⁶².

3.2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)

Ao contrário da ação direta de inconstitucionalidade genérica, a ação direta por omissão é medida que visa “tornar efetiva a norma constitucional”⁶³. Assim, ela recai sobre a omissão do legislador que, devendo elaborar lei para efetivar a norma constitucional, permanece inerte.

Importante destacar que, o controle de inconstitucionalidade por omissão recai apenas sobre as normas de eficácia limitada (depende de legislação integrativa infraconstitucional para produção de todos seus efeitos). Tendo sido prevista desde a promulgação da Constituição de 1988, só veio a ser devidamente regulada em 2009, por meio da Lei 12.063, que acrescentou dispositivos à Lei 9.868/99.

Inicialmente, cumpre destacar a possibilidade de omissão total ou absoluta, ou parcial, sendo que, no primeiro caso, o legislador deixa de cumprir o dever de legislar (ex. art. 37, VII, CF/88 – direito de greve), enquanto no segundo, o

constitucional materializável sob a forma de interesse social. (AI 474.708-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 17-3-08, DJE de 18-4-08).

⁶² Nesse sentido: STF. Rcl (Agr-QO) 1.880-SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 06/11/2002, DJ 19/03/2004.

⁶³ LENZA, Pedro. *op. cit.* 2010. p. 306.

legislador elabora a lei ou ato normativo de forma ineficaz (ex. salário mínimo – há lei, contudo, valor abaixo do mínimo existencial).

Após o julgamento da ADO n. 3.682-MT, o Supremo Tribunal passou entender não ser caso de perda de objeto o fato de estar em tramitação projeto de lei sobre a matéria impugnada, bem como caso haja a deflagração do processo legislativo após sua propositura.

A competência para seu julgamento é do Supremo Tribunal Federal, e os legitimados são os mesmos para a ADIN genérica, assim como o procedimento adotado. Ocorre que, a oitiva do Advogado-Geral da União não é obrigatória. É possível o deferimento de medida cautelar, visando suspender a aplicação da lei (caso de omissão parcial) ou, no caso de omissão total, adotar outras medidas.

Sendo julgada procedente a ação, será dada ciência ao Poder competente para sanar a omissão, não havendo prazo específico. Contudo, em sendo competência de órgão administrativo, esse deverá sanar o vício em 30 dias ou outro prazo razoável determinado pelo Tribunal excepcionalmente, haja vista a impossibilidade de o Supremo legislar (afronta tripartição dos Poderes).

Há grande desconforto na doutrina e jurisprudência quanto à decisão proferida pelo Supremo, haja vista o princípio da tripartição dos Poderes. Assim, a discussão recai sobre a possibilidade de o Supremo determinar (sentença mandamental) ao Poder Legislativo a elaboração da lei.

Sopesando o risco a própria ordem constitucional, causado pela *inertia deliberandi* das Casas Legislativas, Pedro Lenza acredita ser possível a fixação de prazo para o Poder Legislativo e, não sendo este respeitado, aplicar-se-á o disposto no art. 64 e seus parágrafos, por analogia, podendo, inclusive, o próprio Supremo suprir a omissão⁶⁴. Nos parece, *data venia*, ser o entendimento mais razoável e proporcional, caso contrário, haveria a própria afronta ao § 2º do art. 103 da Constituição Federal.

⁶⁴ LENZA, Pedro. *op. cit.* 2010. p. 312-13.

3.2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI interventiva)

De acordo com o art. 18, *caput* da Constituição de 1988, a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios são autônomos. Assim, a atividade político-administrativa de cada ente não sofrerá intervenção de outro. Entretanto, a própria Constituição Federal previu exceções, previstas em seus arts. 34, 35 e 36.

Na situação do art. 36, inciso III, CF/88, é denominada de ação direta interventiva federal. O objeto de análise desta ação será a lei ou ato normativo, ou omissão, do governo estadual que desrespeitem os princípios sensíveis, previstos no art. 34, VII da CF/88. A competência para o julgada é do Supremo Tribunal Federal, cuja ação é de legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República.

Assim, a medida visa “um controle da ordem constitucional tendo em vista o caso concreto que lhe é submetido à análise”⁶⁵. Julgada procedente a ação, o Supremo requisitará ao Presidente a decretação de intervenção. Contudo, sendo suficiente para o restabelecimento da normalidade, o decreto presidencial se resumirá à suspensão do ato impugnado.

Impende salientar que o decreto de intervenção especificará a amplitude, prazo e condições de execução, nomeando interventor, o qual será apreciado pelo Congresso Nacional. Cessado os motivos da intervenção, as autoridades afastadas retornarão a seus cargos, salvo impedimento legal.

3.2.4 Ação Direta de Constitucionalidade (ADC)

A ação direta de constitucionalidade foi introduzida no direito brasileiro por meio da Emenda Constitucional n. 3, de 17/03/1993. Com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, houve alteração nos legitimados para sua propositura,

⁶⁵ Ibidem. p. 314.

equiparando à ação direta de inconstitucionalidade. A ação direta de constitucionalidade também é regida pela Lei 9.868/99.

Como é sabido, toda lei tem presunção relativa de constitucionalidade, sendo que, a ação direta de constitucionalidade (ADC) tem o objetivo de tornar essa presunção em absoluta. Assim, a ADC visa a estabilidade nas decisões em que haja dúvida quanto à constitucionalidade da norma impugnada.

A ação direta de constitucionalidade é praticamente idêntica à ação direta de inconstitucionalidade, em sentido contrário, haja vista o objetivo de buscar a declaração de constitucionalidade do ato impugnado. Impende salientar ainda que, o objeto da referida ação é restrito à lei ou ato normativo federal.

A competência para seu julgamento é do Supremo Tribunal Federal, cuja petição inicial deve obedecer ao art. 14 da Lei 9.868/99, não podendo haver desistência posteriormente. O procedimento é semelhante ao da ação direta de inconstitucionalidade, contudo, o parágrafo que previa a possibilidade da intervenção do *amicus curiae* foi vetado. Entretanto, com a evolução jurisprudencial, há a permissão de intervenção do *amicus curiae*⁶⁶.

A doutrina e a jurisprudência já se manifestou no sentido de que as ações direta de inconstitucionalidade e a de constitucionalidade são ambivalentes. Assim, a procedência de uma consequentemente levaria a improcedência da outra⁶⁷.

⁶⁶ Não há razão lógico-jurídica plausível para afastar a aplicação da regra prevista no § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99, específico das ações diretas de inconstitucionalidade, às ações declaratórias de constitucionalidade. Nesse sentido, este Supremo Tribunal Federal já admitiu o ingresso e a sustentação oral de *amicus curiae* em ação declaratória de constitucionalidade, atendidos os requisitos constantes do § 2º do art. 7º referido (ADC n. 12, j. 20-8-08, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 17-12-09). (ADC 24, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. 17-3-10, DJE de 24-3-10).

⁶⁷ Aceita a ideia de que a ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade seria dotada de efeitos ou consequências diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade. Argumenta-se que, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei federal, estabeleceu o constituinte que a decisão definitiva de mérito nela proferida – incluída aqui, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada – ‘produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo’ (Art. 102, § 2º da Constituição Federal de 1988). Portanto, sempre se me afigurou correta a posição de vozes autorizadas do Supremo Tribunal Federal, como a de Sepúlveda Pertence, segundo a qual, ‘quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser

Também não há a participação do Advogado-Geral da União, haja vista que se busca a declaração de constitucionalidade, todavia, por se tratar de ação ambivalente, conseqüentemente, sua improcedência levaria a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado, é possível a oitiva do Advogado-Geral da União.

Para o julgamento da ADC é necessária a presença de no mínimo 8 Ministros, sendo que, será procedente caso 6 Ministros votem a seu favor. Há a possibilidade do deferimento de medida cautelar, da qual decorrerá a suspensão dos processos que envolvam a aplicação do ato objeto da ação⁶⁸.

O quórum para apreciação da medida cautelar é o mesmo que para o seu julgamento. A decisão proferida em sede da ação direta de constitucionalidade tem eficácia *erga omnes*, vinculando todos os órgãos do Poder Judiciário e Executivo. Da mesma forma, caso haja o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal, é possível o ajuizamento de reclamação pelas pessoas prejudicadas pela decisão desconforme. Importante dizer que a decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é irrecorrível, cabendo apenas a oposição de embargos declaratórios. E ainda, é possível a modulação dos efeitos apenas no caso de improcedência da ação direta de constitucionalidade, por analogia.

Conclui-se, portanto, cada vez mais a aproximação da ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de constitucionalidade, havendo diferença

atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade. (Rcl 2.256, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11-9-03, DJ de 30-4-04).

⁶⁸ No quadro de evolução da nossa jurisdição constitucional, parece difícil aceitar o efeito vinculante em relação à cautelar na ação declaratória de constitucionalidade e deixar de admiti-lo em relação à liminar na ação direta de inconstitucionalidade. Na primeira hipótese, tal como resulta do art. 21 da Lei n. 9.868/99, tem-se a suspensão do julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação declaratória até seu término; na segunda, tem-se a suspensão de vigência da lei questionada na ação direta e, por isso, do julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação da lei discutida. Assim, o sobrestamento dos processos, ou pelo menos das decisões ou julgamentos que envolvam a aplicação da lei que teve a sua vigência suspensa em sede de ação direta de inconstitucionalidade, haverá de ser uma das conseqüências inevitáveis da liminar em ação direta. Em outras palavras, a suspensão cautelar da norma afeta sua vigência provisória, o que impede que os tribunais, a administração e outros órgãos estatais apliquem a disposição que restou suspensa. (Rcl 2.256, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11-9-03, DJ de 30-4-04)

apenas no objeto, pois a primeira abrange lei ou ato normativo estadual, o que não é possível na segunda.

3.2.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi introduzida no direito brasileiro pela Constituição de 1988. Contudo, somente em 1999 houve a elaboração da lei regulamentadora, a Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999⁶⁹.

Tem objetivo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, evitando a prática do ato pelo Poder Público, ou reparando os danos do ato já praticado. Trata-se de ação de caráter subsidiário⁷⁰, haja vista a possibilidade de seu ajuizamento apenas quando não houver possibilidade de sanar a lesividade de outra maneira. Assim, é possível o conhecimento da ADPF como ação direta de inconstitucionalidade.

⁶⁹ “Prevista no § 1º do art. 102 da Constituição da República, a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi regulamentada pela Lei n. 9.882, de 3-12-1999, que dispõe no art. 1º: ‘Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público’. E, no art. 3º: ‘Art. 3º A petição inicial deverá conter: I – a indicação do preceito fundamental que se considera violado; II – a indicação do ato questionado; III – a prova da violação do preceito fundamental; IV – o pedido, com suas especificações; V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado’. A arguente funda o pedido em exemplos de atuação do Ministério Público Federal (fls. 23/25), mas desprovidos todos de qualquer conteúdo concreto e específico que implique descumprimento de algum preceito fundamental. Não há, pois, a rigor, objeto determinado na demanda, que apenas revela discordância com formas de atuação do Ministério Público do Trabalho, ao qual a arguente nega competência constitucional para propor ações civis públicas e sugerir assinatura de ajuste de conduta. Ainda que assim não fosse, o conhecimento da ação encontraria óbice no princípio da subsidiariedade. É que a Lei n. 9.882/99 prescreve, no art. 4º, § 1º, que se não admitirá arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Ora, no caso, é fora de dúvida que o ordenamento jurídico prevê outros remédios processuais ordinários que, postos à disposição da arguente, são aptos e eficazes para lhe satisfazer de todo a pretensão substantiva que transparece a esta demanda. É o que, aliás, já reconheceu esta Corte, em decisão do Min. Gilmar Mendes, na ADPF n. 96 (DJ de 19-10-2006), onde, em termos idênticos, se questionava atuação do Ministério Público do Trabalho.” (ADPF 94, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgamento em 18-5-07, DJ de 25-5-07).

⁷⁰ Subsidiariedade. Ante a natureza excepcional da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o cabimento pressupõe a inexistência de outro meio judicial para afastar lesão decorrente de ato do Poder Público – gênero. (ADPF 172-REF-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10-6-09, Plenário, DJe de 21-8-09.) **No mesmo sentido: ADPF 141-AgR**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12-5-2010, Plenário, DJe de 18-6-2010.

Importante conceituar a expressão “preceito fundamental”⁷¹, a qual, segundo Uadi Lammêgo Bulos “qualificam-se de *fundamentais* os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária”⁷². Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior leciona:

Pode-se conceituar preceito fundamental como toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais⁷³.

Destaca-se ainda, a possibilidade de a lei ou ato normativo municipal, bem como de ato anterior à Constituição, ser objeto da arguição de descumprimento

⁷¹ “Parâmetro de controle – É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. (...) O efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas ‘cláusulas pétreas’, parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados ‘princípios sensíveis’, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados ‘preceitos fundamentais’. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.” (ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04)

⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. *op. cit.* 2000. p. 901.

⁷³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op. cit.* 2009. p. 422.

de preceito legal. Os legitimados são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade. A competência para o julgamento é do Supremo Tribunal Federal⁷⁴.

Os requisitos da petição inicial estão no art. 3º da Lei 9.882/99. É possível a concessão de medida cautelar, por maioria absoluta dos membros do STF, no entanto, é possível o deferimento pelo relator, nos casos de extrema urgência, sendo que, tal decisão deve ser referendada pelo Tribunal Pleno.

Há a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*⁷⁵. O procedimento da ADPF se assemelha ao da ação direta de inconstitucionalidade. Para o julgamento da ação é exigido o quórum de 2/3 dos Ministros (oito), sendo julgada procedente no caso de obtenção de 6 votos favoráveis.

Sendo julgada procedente⁷⁶ a ação, a decisão será imediatamente cumprida, comunicando-se as autoridades responsáveis pela prática do ato impugnado, fixando modo e condição de interpretação.

⁷⁴ “Diante de todos esses argumentos e considerando a razoabilidade e o significado para a segurança jurídica da tese que recomenda a extensão do controle abstrato de normas também ao direito pré-constitucional, não se afiguraria despropositado cogitar da revisão da jurisprudência do STF sobre a matéria. A questão ganhou, porém, novos contornos com a aprovação da Lei n. 9.882, de 1.999, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental e estabelece, expressamente, a possibilidade de exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com norma da Constituição Federal. Assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal, anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade propor arguição de descumprimento.” (ADPF 33-MC, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04).

⁷⁵ “A admissão de terceiros, ‘órgãos ou entidades’, nos termos da lei, na condição de *amicus curiae*, configura circunstância de fundamental importância, porém de caráter excepcional, e que pressupõe, para tornar-se efetiva, a demonstração do atendimento de requisitos, dentre os quais, a relevância da matéria e a representatividade do terceiro. (...) O deferimento dos pedidos ora formulados importaria em abrir espaço para a discussão de situações de caráter individual, incabível em sede de controle abstrato, além de configurar condição que refoge à figura do *amicus curiae*.” (ADPF 134-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 22-4-08, DJE de 30-4-08).

⁷⁶ O Ministro Celso de Melo, ao examinar caso muito semelhante ao de que se trata nestes autos, diz: “[a]credito que o Plenário agiu com a devida parcimônia ao fazê-lo porque a liminar inicial paralisaria a jurisdição em centenas de milhares de ações que tramitam envolvendo os procedimentos previstos na Lei de Imprensa, criando uma suspensão em todas as ações que envolvem a proteção do bem jurídico - honra pessoal - afetada por eventuais delitos de calúnia, injúria e difamação. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei 9.882/99, permite que o Pretório Excelso se manifeste em caráter definitivo, na via concentrada. A referida decisão será dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, em todas as esferas e níveis, sendo, demais disso, irrecorrível e irrevocável, nos termos do art. 10, § 3º, e do

A sentença terá eficácia *erga omnes*, e efeitos retroativos, bem como vinculará todos os órgãos do Poder Público. Contudo, é possível a modulação dos efeitos, de acordo com o art. 11 da Lei 9.882/99, visando a segurança jurídica e interesse social. Igualmente às demais ações, caberá reclamação no caso de descumprimento da decisão proferida pelo Supremo, nos termos do art. 13 da Lei 9.882/99.

Conclui-se assim, a integração do sistema concentrado de controle de constitucionalidade, pois permite a análise de lei ou ato normativo municipal, bem como de normas pré-constitucionais (ex. Lei de imprensa – ADPF n. 130). Há de ressaltar ainda, que a ADPF trouxe “significativos avanços em matéria de controle concentrado”⁷⁷, introduzindo “significativas e requintadas alterações no sistema brasileiro”⁷⁸.

Sendo assim, dificilmente uma lei ou ato normativo, qualquer seja sua esfera, deixará de ser apreciado pelo controle concentrado de constitucionalidade, haja vista a ampla gama de ações lhe possibilitando.

art. 12, ambos da Lei 9.882/99. A decisão na arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá ter, segundo a nova previsão legal, efeitos *erga omnes*, efeito vinculante, efeito *ex tunc* ou *ex nunc*, e efeito repristinatório. Justamente em virtude desse caráter repristinatório, em caso de acolhimento da ação, com a invalidação da Lei de Imprensa, importará na aplicação da legislação anterior que havia sido revogada pela norma impugnada, notadamente porque o bem jurídico - honra objetiva - é protegido pela Constituição Federal existindo norma geral, no caso, o Código Penal, para a sua proteção’ [RcL 6.064/MC, DJ de 29.5.08]. As decisões, desta Corte, que resultam dos julgamentos das arguições de descumprimento de preceitos fundamentais são dotadas de efeitos *erga omnes* e caráter vinculante. Assim, dispensam a comunicação aos demais órgãos do Poder Judiciário, bastando a simples publicação do resultado do julgamento na Imprensa Oficial. (RcL 6.465, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, julgamento em 26-8-08, DJE de 1º-9-08).

⁷⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op. cit.* 2009. p. 415.

⁷⁸ *Ibidem*.

CONCLUSÃO

A exposição neste trabalho visou apontar as características gerais do controle de constitucionalidade no Brasil, apontando a evolução no entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito.

Percebe-se, de início, o controle de constitucionalidade está em constante evolução, surgindo novas espécies de inconstitucionalidades, tais como o vício de decoro parlamentar, apontado pela doutrina contemporânea.

Denota-se ainda que, o Supremo Tribunal Federal vem sendo alcançado por essa evolução, tornando-se, cada vez mais, um Tribunal Constitucional, responsável pela guarda da Constituição, concomitantemente, propiciando a máxima efetividade das normas constitucionais.

Em breve análise de sistemas do direito comparado, pode-se afirmar que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é um dos mais completos, haja vista a grande gama de mecanismos aptos a provoca-lo. Em decorrência disso, é possível a submissão de todas as leis ou atos normativos ao controle de constitucionalidade.

Em relação ao controle difuso, foi exposta a nova tendência, qual seja, a teoria da transcendência dos motivos determinantes ou abstrativização do controle difuso, por conseguinte, expande a eficácia da decisão, que via de regra, seria *inter partes*, para *erga omnes*.

Com isso, há de se repensar no dogma anteriormente adotado, tal como, a indispensabilidade de expedição da resolução, pelo Senado Federal, para que a decisão possa surtir eficácia *erga omnes*.

Conclui-se que, o controle difuso sofreu apenas evolução doutrinária e jurisprudencial, haja vista que a legislação pertinente permanece praticamente inalterada desde sua introdução no direito pátrio.

Outro aspecto de grande valia exposto foi a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, prevista para o controle concentrado, no entanto, vem sendo utilizada no controle difuso, haja vista sua importância. Tal instituto visa assegurar a segurança jurídica e o interesse social, pois em certos casos, os efeitos naturais da decisão poderiam causar situações de difícil reparação, ou até mesmo, irreparáveis.

Com a evidência da jurisdição constitucional, a constitucionalização do direito, e o neoconstitucionalismo, o controle de constitucionalidade torna instrumento de suma importância. O aperfeiçoamento vem com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e pela própria legislação, que traduz essa evolução por meio dos institutos da súmula vinculante e repercussão geral.

O controle concentrado sofreu transformações pontuais, tais como o aumento do número de legitimados para sua propositura, a possibilidade da intervenção do *amicus curiae*, que pluraliza o debate, a modulação dos efeitos, bem como o fortalecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, utilizado amplamente para corrigir as falhas na legislação e no entendimento jurisprudencial em relação as demais ações diretas.

Finalmente, constata-se que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, tem exercido papel primordial para a busca da máxima efetividade das normas constitucionais, resguardando-as de qualquer abuso ou afronta por parte do Poder Público.



REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição Federal anotada*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed. trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. rev. atual. e amp. Salvador: Podivm, 2009.

- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *A Constituição como norma e o Tribunal Constitucional*. 4ª ed. Madri: Civitas, 2006.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- HORTA, Raul Machado. *O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar*. Belo Horizonte: UFMG, 1953.
- KELSEN, Hans. *A garantia jurisdicional da Constituição*: Jurisdição Constitucional. trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione*: La giustizia costituzionale. Milano: Giuffrè, 1981.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. 2ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André (coord.). *Temas Atuais de Direito Público*. 1ª ed. Campo Grande: UCDB, 2008.
- ROTHENBURG, Walter Claudius (coord.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*: Recurso extraordinário e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. São Paulo: Forense, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. Presidência da República. <http://www.presidencia.gov.br>, acesso em: 27/09/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br>, acesso em: 27/09/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>, acesso em 29/09/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa Jurisprudência.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>, acesso em: 29/09/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Legislação anotada.

<http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>, acesso em: 27/09/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Legislação anotada.

<http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=1>, acesso em: 27/09/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Legislação anotada.

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>, acesso em: 27/09/2010.

BRASIL. Direito Público. <http://www.direitopublico.com.br/index.asp>, acesso em: 29/09/2010.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 27/09/2010.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 27/09/2010.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 27/09/2010.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 27/09/2010.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 27/09/2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 24 de janeiro de 1967.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 27/09/2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27/09/2010.

BRASIL. Lei 221, de 30 de novembro de 1894. *Completa a organização da Justiça*

Federal da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm. Acesso em: 29/09/2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. A Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>. Acesso em: 27/09/2010.

BUENO FILHO. Edgard Silveira. *Amicus Curiae – A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade*: http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-EDGARD-SILVEIRA-BUENO-FILHO.pdf. Acesso em: 29/09/2010.

MENDES. Gilmar Ferreira. *Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5_gilmar_ferreira_mendes.pdf. Acesso em: 29/09/2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/236/arquicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>. Acesso em: 29/09/2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*. Disponível em: <http://www.professordelfino.adv.br/artigos/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-03-2001-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 29/09/2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: uma análise das Leis 9.868/99 e 9.882/99*. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf. Acesso em: 29/09/2010.