

PANORAMA SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS NO BRASIL

*OVERVIEW ON CONTROL OF CONSTITUTIONAL LAW AND
REGULATORY ACTIONS IN BRAZIL*

*Daniel Guarnetti dos Santos
Procurador Federal*

*Chefe do Escritório de Representação em Bauru/SP da Procuradoria Regional
Federal da 3ª Região (Procuradoria-Geral Federal/AGU)
com pós graduação lato sensu em Direito Previdenciário pela FAAT-Londrina
pós graduação lato sensu em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP
pós graduação lato sensu em Direito Processual pela UNISUL
pós graduação lato sensu em Direito Público pela Universidade Anhanguera*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil; 2.1 Constituição de 1824; 2.2 Constituição de 1891; 2.3 Constituição de 1934; 2.4 Constituição de 1937; 2.5 Constituição de 1946; 2.6 Emenda Constitucional nº 16 de 1965; 2.7 Constituição de 1967; 2.8 Emenda Constitucional nº 1 de 1969; 2.9 Emenda Constitucional nº 7 de 1977; 2.10 Constituição de 1988; 2.11 Emenda Constitucional nº 3 de 1993; 2.12 Lei nº 9.868 de 1999; 2.13 Lei nº 9.882 de 1999; 2.14 Emenda Constitucional nº 45 de 2004; 3 Análise comparada do controle de constitucionalidade; 3.1 Modelo de controle norte-americano; 3.2 Modelo de controle austríaco; 3.3 Modelo de controle francês; 3.4 Modelo de controle inglês; 4 Requisitos de constitucionalidade das espécies normativas; 4.1 Requisitos formais; 4.1.1 subjetivos; 4.1.2 objetivos; 4.2 requisitos materiais (ou substanciais); 5 Supremacia constitucional; 5.1 Importância do controle de constitucionalidade; 5.2 Rigidez e forma escrita da Constituição; 5.3 Possibilidade do controle sobre emendas constitucionais; 6 Espécies de controle de constitucionalidade; 6.1 Quanto ao momento; 6.1.1 Preventivo; 6.1.2 Repressivo; 6.2 Quanto ao órgão que exerce o controle de constitucionalidade; 6.2.1 Político; 6.2.2 Jurisdicional; 6.2.3 Misto; 6.3 Quanto a forma; 6.3.1 Abstrato; 6.3.2 Concreto; 6.3.2.1 Tendência de abstrativização do controle concreto; 6.4 Quanto a competência; 6.4.1 Controle difuso (ou por via de exceção); 6.4.1.1 Cláusula de reserva de Plenário; 6.4.1.2 Controle difuso e Senado Federal (art. 52, X, CF); 6.4.2 Sistema concentrado (abstrato); 6.4.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade; 6.4.2.1.1 Genérica; 6.4.2.1.2 Por omissão; 6.4.2.1.3 Interventiva; 6.4.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade; 6.4.2.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental; 7 Conclusão; 8 Referências.

RESUMO: O objeto do presente estudo é propiciar uma visão sobre o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos no Brasil para proteção da norma fundamental, desde a primeira Constituição “Imperial” de 1824 até a atual de 1988, com a análise das emendas constitucionais e legislação correlata. Para tanto, cotejou-se o controle brasileiro com o direito comparado dos principais modelos mundiais existentes, em especial o norte-americano, o austríaco e o francês, apontando-se a influência desses modelos sobre o nosso sistema de controle de constitucionalidade que assimilou aspectos de ordenamentos jurídicos distintos para a construção de uma estrutura própria de controle, um sistema híbrido. Também buscou-se a análise

dos requisitos de constitucionalidade das espécies normativas, dando-se ênfase à importância e necessidade do controle de constitucionalidade em razão da supremacia constitucional, abarcando-se também as espécies de controle com suas peculiares características.

PALAVRAS-CHAVES: controle de constitucionalidade no Brasil; sistemas de controle; requisitos; supremacia constitucional.

ABSTRACT: The object of this study is to provide an insight into the control of constitutionality of laws and normative acts in Brazil to protect the fundamental norm since the first Constitution “Imperial” from 1824 until the present 1988, with the analysis of constitutional amendments and legislations related. For this, collated to the Brazilian control compared with the right of the main existing global models, especially the American, Austrian and French, pointing to the influence of these models on our system of constitutional control which assimilated aspects of different jurisdictions to build a structure of control, a hybrid system. Also sought to analyze the requirements of constitutionality of normative species, giving emphasis to the importance and necessity of judicial review on grounds of constitutional supremacy, covering also the kinds of control with their peculiar characteristics.

KEYWORDS: control of constitutionality in Brazil; control systems; requirements; constitutional supremacy.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, em uma perspectiva positivista, pode ser definido como um sistema de normas jurídicas, hierarquicamente escalonadas, e conforme Kelsen¹, “uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figuramente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior”, o que vale dizer que validade de uma norma encontra-se em outra, superior, e assim sucessivamente até uma norma fundamental que dê validade ao sistema.

E essa norma fundamental é a Constituição que encontra-se no topo da pirâmide normativa, com a qual todas as normas jurídicas devem estar em harmonia para serem válidas.

Ao indagar-se pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental dessa ordem jurídica, ou

¹ KELSEN, Hans (trad. João Baptista Machado). *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. (3ª tiragem). São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 135.

seja, “na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental”, como também asseverado por Kelsen².

E em razão da sua supremacia, todas as demais normas devem compatibilizar-se com a Constituição, o que depende de um efetivo controle de constitucionalidade da legislação infraconstitucional, pois de nada adiantaria a existência de uma lei superior sem um eficiente sistema de defesa para que ela sempre prevalecesse.

Em havendo uma norma em contradição com o texto constitucional, por ação ou omissão, de forma repressiva ou, em certos âmbitos, preventiva, deverá essa norma ser objeto de controle a fim de ser declarada sua inconstitucionalidade.

E para defesa da supremacia do texto constitucional, surgiu o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, através de sucessivas evoluções teóricas, conforme as circunstâncias da época, adaptado a própria realidade do momento histórico.

Assim surgiram basicamente três modelos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos: (i) o norte-americano, que privilegia a supremacia do Poder Judiciário, responsável final pelo controle da constitucionalidade das leis; (ii) o controle austríaco, no qual o poder de controlar a constitucionalidade está nas mãos de Cortes especiais; e (iii) o francês, caracterizado basicamente por ser um controle prévio ao ato legal e não posterior, com o Brasil optando pelo sistema norte-americano a partir da sua primeira Constituição republicana em 1891, por influência do jurista Rui Barbosa, muito embora com a evolução do direito constitucional, criou um sistema híbrido próprio, atualmente vigente.

Todavia, para todos os modelos devem ser fixados dois pressupostos essenciais para a existência do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, quais sejam, um órgão específico com atribuição precípua de exercer o controle; e uma Constituição com supremacia normativa, localizada no ápice do sistema de normas, a norma fundamental.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos tem se revelado, segundo Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes³, uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno, considerando, ainda, que a adoção de formas variadas

² KELSEN, op. cit., p. 139.

³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Comentários à Lei 9.868, de 10/11/1999. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 18-19.

nos diversos sistemas constitucionais mostra a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.

E no Brasil não foi diferente, pois desde a nossa primeira Constituição em 1824 até a atual, encontramos alguma forma de controle de constitucionalidade.

2.1 CONSTITUIÇÃO DE 1824

Segundo Oswaldo Palu⁴, a nossa primeira Carta, a Imperial de 1824, também chamada “Constituição Política do Império do Brasil”, promulgada, na verdade, oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador em 25/03/1824, não foi contemplada com o controle judicial de constitucionalidade de leis ou atos normativos, sendo que o único controle de constitucionalidade inserido na Constituição imperial era político, atribuído formalmente ao Poder Legislativo, o qual, além de interpretar e revogar as leis, devia, conforme previsão do seu artigo 15, inciso IX, “*velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação*”.

Assevera o mesmo autor⁵, em prosseguimento, que ainda havia na Constituição de 1824 o “Poder Moderador”, delegado privativamente ao Imperador como Chefe Supremo da Nação, a quem competia o zelo pela independência, equilíbrio e harmonia dos outros três poderes que não poderiam interferir entre si, mas que encontravam-se sob o manto do Poder Moderador que poderia intervir nos mesmos, com muito mais intensidade no Poder Legislativo, conforme a dicção do artigo 101 dessa Constituição, avocando para si, por conseguinte, a competência para controlar a constitucionalidade das leis, traduzindo-se em quimera, portanto, qualquer possibilidade de atribuir-se a órgão ou outro Poder a competência para controlar a constitucionalidade das leis.

2.2 CONSTITUIÇÃO DE 1891

Para Ives Gandra Martins⁶, o regime republicano inaugurou uma nova concepção sob a influência do direito norte-americano com a promulgação em 24/02/1891 da primeira Constituição da era republicana, inserindo em seu texto o controle judicial da constitucionalidade das leis, anteriormente consagrado na chamada Constituição Provisória de 1890 (Decreto nº 510, de 22/06/1890).

E foi o jurista Rui Barbosa o responsável por esse novo *status*, tomando como modelo a Constituição norte-americana, com a preconização

4 PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, Sistemas e Efeitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 120.

5 *Ibidem*, p.120-121.

6 MARTINS, op. cit., p. 21.

da tripartição de poderes e sem a existência do Poder Moderador da Carta anterior, admitindo-se a interferência de um poder em outro, sem a exclusividade da guarda da Constituição e das leis pelo Poder Legislativo.

Nessa Constituição foi conferido ao Supremo Tribunal Federal (art. 59, § 1º), dentre outras, a competência para julgar recursos em que era contestada a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados-membros em face da Constituição ou das leis federais, desde que a decisão do tribunal do Estado considerasse válidas as leis ou os atos impugnados. Nesse sentido, a Lei nº 221, de 20/11/1894, ao tratar da organização da Justiça Federal, preconizou expressamente em seu art. 13, § 10, a possibilidade dos juízes e tribunais afastarem leis e decretos incompatíveis com a Constituição.

2.3 CONSTITUIÇÃO DE 1934

Esta Constituição inovou na questão do controle de constitucionalidade ao estabelecer em seu art. 179 que somente por maioria absoluta dos membros do tribunal poderia ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, quorum esse até então inexistente na Constituição de 1891 e na Reforma de 1926, que segundo Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes⁷, tinha a finalidade de evitar a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais, com a manutenção da “reserva de Plenário” nas Constituições que a sucederam, atualmente prevista no art. 97 do Texto Fundamental..

O constituinte de 1934 preocupou-se também em proporcionar meios de suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, a fim de que esta decisão produzisse efeitos *erga omnes*, atribuindo-se tal competência ao Senado Federal (art. 91, IV), também repetida nas constituições seguintes — exceto na de 1937, como lembrado por Osvaldo Palu⁸ —, inclusive na na atual Constituição (art. 52, X).

Ainda com relação ao controle de constitucionalidade, a Carta de 1934 instituiu a representação interventiva, autorizando o Procurador-Geral da República a ajuizá-la diretamente no STF quando os Estados-membros inobservassem princípios de cumprimento obrigatório, “sensíveis”, conforme denominação doutrinária.

2.4 CONSTITUIÇÃO DE 1937

Na busca da legitimação de um Estado totalitário — o “Estado Novo” da ditadura de Getúlio Vargas —, foi outorgada a Constituição

7 MARTINS; op. cit., p. 23.

8 MARTINS; MENDES, op. cit., p. 124.

de 1937 concentrando competências no Poder Executivo, retornando o controle de constitucionalidade basicamente aos moldes estabelecidos pela Lei Maior de 1891, mantendo-se apenas, da Carta de 1934, a exigência de maioria absoluta pelos Tribunais para fins de declaração de inconstitucionalidade, não cuidando, entretanto, da suspensão do ato normativo declarado inconstitucional e tampouco da representação interventiva de inconstitucionalidade.

Através da Constituição de 1937 pretendeu-se atenuar o papel do Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade, permitindo-se ao Presidente da República, por motivos políticos, se entendesse que a lei impugnada “fosse necessária ao bem-estar do Povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta” como registra Oswaldo Palu⁹, sujeitar as declarações da Corte Suprema reconhecedoras de inconstitucionalidade ao crivo do Parlamento, numa clara intervenção desses dois poderes no Judiciário.

2.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946

Reencontrando-se o País com a democracia com o fim do Estado Novo em 1945, a Constituição de 1946 devolveu ao Poder Judiciário a função de dar a derradeira palavra nas questões de natureza constitucional, mantido o modelo instaurado com a Constituição de 1934, permitindo ao Senado suspender os efeitos de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela Suprema Corte, com o Senado voltando a ser, nas palavras de Oswaldo Palu¹⁰, “um órgão do Poder Legislativo, despido da característica de proceder a “coordenação dos poderes” e ser quase um quarto poder, status que lhe tinha atribuído o Constituinte de 1934.”

A Carta de 1946 contemplou ainda a legitimidade do Procurador-Geral da República para o ajuizamento da representação e a competência do Supremo Tribunal Federal para seu exame.

2.6 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 16 DE 1965

De acordo com o esposado por Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes¹¹, a Emenda nº 16/65 “instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais”, possibilitando assim a análise de lei ou ato normativo em face da Constituição independentemente de um caso concreto *sub examem*.

Essa Emenda permitiu que os Tribunais de Justiça, quando da análise dos preceitos das constituições estaduais respectivas, também

9 MARTINS; MENDES, op. cit., p.128/129.

10 MARTINS; MENDES, op. cit., p.129-130.

11 MARTINS; MENDES, op. cit, p. 40.

pudessem declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em conflitos com as Constituições Estaduais.

2.7 CONSTITUIÇÃO DE 1967

Mantendo o sistema então vigente, a Constituição de 1967, elaborada pelo Congresso Nacional que não dispunha de mandado popular para tal mister, “não incorporou a disposição da Emenda nº 16, que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou atos do município que contrariassem as Constituições dos Estados”, conforme assinalado por Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes¹².

Essa Constituição durou apenas dois anos, tendo em vista a outorga de emenda constitucional em 1969 pelos Ministros da Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica que exerciam a atividade da Presidência da República em razão do Ato Institucional nº 12, de 1º de setembro de 1969.

2.8 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 DE 1969

Quanto as inovações dessa Carta no tocante ao controle de constitucionalidade, Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes¹³ relatam que “a Emenda nº 1, de 1969, previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município (art. 15, § 3º, d)”.

2.9 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7 DE 1977

Essa emenda instituiu a competência do Supremo Tribunal Federal para a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, com efeito vinculante, posteriormente abolido pela Constituição de 1988.

Ainda, na seara do controle de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 7/77 consagrou o cabimento de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade solicitadas pelo Procurador-Geral da República.

2.10 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A atual Constituição manteve o sistema inaugurado com a Carta de 1891 com as inovações advindas com a Lei Suprema de 1934, e nesse contexto qualquer juiz ou tribunal, no exame de um caso concreto

12 MARTINS; MENDES, op. cit., p.44.

13 Ibidem, p. 44.

envolvendo interesses subjetivos em conflito, pode proferir *decisum* resolvendo uma questão constitucional que valerá apenas para os litigantes (*intra partes*), salvo se após a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal o Senado, através de resolução, suspender o ato normativo considerado inconstitucional, quando a partir de então passará a produzir efeito *erga omnes*.

Manteve a Carta de 1988 a inovação trazida pela Emenda nº 16/65, com a ação direta de inconstitucionalidade (ADI ou ADIN) substituindo a antiga representação de inconstitucionalidade, ampliando ainda a legitimação ativa para a propositura da ADI genérica, antes permitida apenas ao Procurador-Geral da República, preconizando também a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção para suprir omissão inconstitucional. Todavia, com relação à Emenda nº 7/77, a atual Constituição não manteve a interpretação vinculante, mas continuou a aceitar o ingresso de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Ainda, de forma salutar, a Constituição de 1988 revigorou o controle de constitucionalidade a ser exercido no âmbito estadual pelos Tribunais de Justiça mediante provocação dos órgãos enumerados nas Constituições estaduais, mantendo a representação interventiva que passou a ser denominada “ação direta de inconstitucionalidade interventiva” visando a solução de conflitos entre Estados, Distrito Federal e União, e também de Municípios que violarem os princípios enumerados na Constituição do respectivo Estado-membro, contemplando a criação da ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que “graças à latitude que lhe emprestou o STF, veio a completar o sistema de controle de perfil relativamente concentrado construído por essa corte”, consoante Gilmar Mendes¹⁴.

2.11 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 3 DE 1993

Como assinala Pedro Lenza¹⁵, a Emenda Constitucional nº 3/93 estabeleceu a ação declaratória de constitucionalidade e reenumerou o parágrafo único do art. 102 da CF/88, transformando-o em § 1º, mantendo a redação original da previsão da ADPF, visando assim afastar o estado de incerteza decorrente de manifestações judiciais conflitantes sobre a validade de lei ou ato normativo federal.

A ação declaratória de constitucionalidade é processada e julgada perante o Supremo Tribunal Federal, com rol exíguo de legitimados ativos,

¹⁴ MARTINS; MENDES, op. cit., p. 208.

¹⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 127.

com eficácia contra todos e dotada de efeito vinculante em seu julgamento final relativamente aos demais órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo.

2.12 LEI Nº 9.868 DE 1999

Em razão da inexistência sistematizada em um texto único de regulamentação da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), bem como a necessidade de legislação própria para regulamentar a ação declaratória de constitucionalidade (ADC ou ADECON), foi editada a Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 regulamentando de forma clara ambas as ações.

A Lei 9.868/99 relacionou em seu art. 2º os legitimados para a propositura da ADI genérica, e por omissão e ADC no art. 12-A; possibilitando a concessão de medida cautelar (art. 10 e 12-F); com eficácia contra todos, e efeito *ex tunc* salvo expressa manifestação em contrário (art. 11, § 2º); não sujeita a ação rescisória (art. 26).

Registre-se, ainda, que a Lei 9.868/99 prevê em seu art. 27 a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 de seus membros, atendendo razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da decisão da ação direta de inconstitucionalidade ou fixar a sua eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento.

2.13 LEI Nº 9.882 DE 1999

A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, regulamentou o § 1º do art. 102 da Constituição referente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que tem por objeto qualquer ato do poder público, normativo ou não, federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à própria Constituição, proposta perante o Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que a Lei 9.882/99 confere legitimidade ativa para propor a ação de descumprimento de preceito fundamental os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 2º, I); com possibilidade de concessão de liminar (art. 5º) e efeito vinculante à decisão proferida pela Excelsa Corte (art. 10, § 3º); decisão essa irrecurável e não sujeita à ação rescisória (art. 12); conferindo também à ADPF a modulação dos efeitos de sua decisão (art. 11).

2.14 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

A Emenda Constitucional nº 45/2004 ampliou a legitimação ativa para o ajuizamento da ADC (ação declaratória de constitucionalidade), igualando os legitimados da ADI (ação direta de inconstitucionalidade)

alinhados no art. 103 da Constituição, e com relação ao efeito vinculante, que até então “que era previsto de maneira expressa somente para a ADC, agora, também (apesar do que já dizia o art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99 e da jurisprudência do STF), para a ADI”, como lembrado por Pedro Lenza¹⁶.

3 ANÁLISE COMPARADA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Analisando os modelos de controle de constitucionalidade, Alexandre de Moraes¹⁷ ressalta que:

Apesar da diversidade de modelos, historicamente é possível identificar três grandes modelos de justiça constitucional, com base nos sistemas jurídicos adotados pelos diversos ordenamentos para garantia da supremacia da Constituição: modelo norte-americano, modelo austríaco e modelo francês.

Também de todo peculiar o sistema inglês, no qual não há uma constituição dogmática mas sim calcada em costumes e documentos históricos, observando-se que, dentre todos, o sistema brasileiro foi especialmente influenciado pelo sistema norte-americano, adotado a partir da Constituição Republicana de 1891.

3.1 MODELO DE CONTROLE NORTE-AMERICANO

Nos Estados Unidos o Poder Judiciário possui competência para declarar nulos os atos normativos contrários à Constituição, com o controle de constitucionalidade podendo ser praticado por qualquer juiz ou tribunal.

Esclarece Paulo Bonavides¹⁸ que a base desse controle tem o seu princípio na decisão no caso *Marbury versus Madison*, com o célebre raciocínio do Juiz Marshall sobre a natureza das Constituições escritas, que sustentava a “irrefutável tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária, ao declarar, na espécie julgada, que todo ato do Congresso contrário à Constituição Federal deveria ser tido por nulo, inválido e ineficaz (“null and void and of no effect”).

Conforme esposado por Oswaldo Palu¹⁹, o sistema norte-americano é difuso pois todos os juízes e tribunais podem apreciar a constitucionalidade das leis a pedido das partes litigantes ou *ex officio*, poder esse inerente a todos os magistrados, e a lei não é anulada, mas sim considerada nula, sem qualquer manifestação do Congresso

16 LENZA, op. cit., p. 127.

17 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 704.

18 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 281.

19 PALU, op. cit., p. 119.

norte-americano no tocante, entendendo-se que a lei nunca foi votada, especialmente em virtude do *stare decisis*, ou seja, a eficácia vinculante de suas decisões, conferindo assim funcionalidade ao sistema.

3.2 MODELO DE CONTROLE AUSTRÍACO

Até 1920 o parlamento austríaco possuía relativa supremacia, sem a possibilidade de questionamento de seus atos pelos órgãos estatais, nem mesmo pelo Poder Judiciário.

Posteriormente, a Constituição de 1920 criou um tribunal exclusivo para o controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, “em oposição ao sistema adotado pelos Estados Unidos, pois não se pretendia a resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionas”, como assevera Alexandre de Moraes²⁰.

3.3 MODELO DE CONTROLE FRANCÊS

Quanto ao controle francês, Oswaldo Palu²¹ ressalta que “a Constituição de 1958 rompeu com o dogma da soberania da lei (que seria incompatível com o controle da constitucionalidade)”, sendo que “o controle, quase sempre preventivo, é feito por um Conselho Constitucional”, e até então a soberania do parlamento era incontestável, confirmando a ideia de Jean-Jacques Rousseau no sentido de que a lei constitui expressão da vontade geral.

Destarte, verifica-se que na França o controle de constitucionalidade não é exercido por um órgão ordinário do Poder Judiciário, mas apenas por um órgão marcadamente político.

3.4 MODELO DE CONTROLE INGLÊS

Na Inglaterra a Constituição é assentada em costumes e documentos históricos que, por conseguinte, ensejaram uma Constituição histórica, e por essa razão o Estado de direito inglês possui um direito alicerçado em bases costumeiras (direito consuetudinário – *common law*), não havendo distinção entre leis constitucionais e leis ordinárias.

Assinala Oswaldo Palu²² que na teoria corrente do direito constitucional “o Parlamento é quem exercita o poder supremo e, por conseguinte, se também os seus atos vão de encontro à Constituição continuam válidos e valem como modificações ou emendas a ela.” Todavia,

²⁰ Op. cit., p. 704.

²¹ Op. cit., p. 109.

²² PALU, op. cit., p. 107.

a soberania do parlamento não lhe permite cometer abusos, sendo a *common law*, os documentos históricos e o direito natural seus limites.

4 REQUISITOS DE CONSTITUCIONALIDADE DAS ESPÉCIES NORMATIVAS

Para Alexandre de Moraes²³, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

4.1 REQUISITOS FORMAIS

Traduzem-se os requisitos formais em regras do processo legislativo constitucional que devem ser obrigatoriamente atendidas, pois “a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido”, de acordo com Alexandre de Moraes²⁴.

Esses requisitos dividem-se em subjetivos e objetivos.

4.1.1 SUBJETIVOS

Quanto aos requisitos formais subjetivos, estes devem estar presentes desde a fase introdutória do processo legislativo, ou seja, quando o projeto de lei é encaminhado ao Congresso Nacional para análise quando poderá ser identificado algum tipo de inobservância à Constituição, que em ocorrendo, representará vício de inconstitucionalidade.

4.1.2 OBJETIVOS

Por sua vez, os requisitos formais objetivos referem-se as outras duas fases do processo legislativo, a constitutiva e a complementar, e dessa forma, assim como na fase introdutória, nestas também poderá ser verificado a incompatibilidade do projeto de lei com a Constituição.

4.2 REQUISITOS MATERIAIS (OU SUBSTANCIAIS)

Conforme Alexandre de Moraes²⁵, tratam-se esses requisitos “da verificação material da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal”, ou seja, se há desconformidade

²³ PALU; op. cit., p. 701.

²⁴ Ibidem

²⁵ MORAES, op.cit., p. 702.

de normas inferiores com a norma superior gerando uma contrariedade vertical, pois de acordo com a supremacia constitucional, todas as normas inferiores têm de estar em plena conformidade com os vetores da Constituição, que está situada no ápice da imaginária pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico.

5 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Esclarece Walter Ceneviva²⁶ que o conjunto normativo da Constituição consubstancia-se em regras ou princípios que objetivam a organização do Estado e define as competências dos órgãos supremos que o compõem, e sob tal significado, Constituição corresponde a um complexo de normas jurídicas fundamentais.

E como não poderia deixar de ser, esse conjunto de normas fundamentais tem um valor normativo hierárquico superior a quaisquer outras normas. Nesse sentido, J.J. Canotilho²⁷:

Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se à constituição como *lex superior*, quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*) quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (*superlegalidade material*).

Salutar ainda trazer à baila, sobre o assunto, o magistério e José Afonso da Silva²⁸:

Para defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades, a própria Constituição estabelece técnica especial, que a teoria do Direito Constitucional denomina *controle de constitucionalidade das leis*, que, na verdade, hoje, é apenas um aspecto relevante da *Jurisdição Constitucional*.

5.1 IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A compreensão da Constituição como lei fundamental implica no reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, oportunizando mecanismos suficientes e eficientes para protegê-la contra quaisquer agressões. Portanto, para assegurar essa supremacia faz-se necessário o devido controle sobre a leis e atos normativos, o chamado controle de constitucionalidade.

26 CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 14.

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 884.

28 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009. p. 49.

Entende Alexandre de Moraes²⁹ que “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

A verificação de compatibilidade das normas de um determinado ordenamento jurídico com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente (forma, procedimento e conteúdo), visa, portanto, retirar do sistema jurídico (nulificando ou anulando) aquelas que forem incompatíveis com a Constituição.

5.2 RIGIDEZ E FORMA ESCRITA DA CONSTITUIÇÃO

A supremacia da Constituição é garantida pela sua rigidez e forma escrita, lembrando Gilmar Mendes³⁰ que “as Constituições escritas são apanágio do Estado Moderno”.

José Afonso da Silva³¹ assevera que “a rigidez e, portanto, a supremacia da constituição repousam na técnica de sua reforma (ou emenda), que importa em estruturar um procedimento mais dificultoso, para modificá-la”.

Quanto às constituições rígidas, Paulo Bonavides³² entende que:

As constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquelas que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontrastável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento.

David Araujo³³ assinala que considera-se rígida:

A Constituição que exige para sua alteração, qualquer processo mais solene, tendo em vista o critério da lei ordinária. Exemplo de Constituição rígida é a brasileira. Essa rigidez pode ser verificada pelo contraste entre o processo legislativo da lei ordinária e o da emenda constitucional. Enquanto aquela se submete às regras da iniciativa geral (art. 61 da CF) e à aprovação por maioria simples, a outra reclama iniciativa restrita (art. 60 da CF) e aprovação por maioria qualificada de três quintos.

²⁹ Op. cit., p. 701.

³⁰ Idem, p. 1049.

³¹ Op. cit., p. 63.

³² Op.cit., p. 267.

³³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4.

Verifica-se, portanto, que nossa *Lex Magna*, além de formalmente escrita, é rígida, gozando de supremacia perante todo o ordenamento jurídico.

5.3. POSSIBILIDADE DO CONTROLE SOBRE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Conforme entendimento manifestado por Gilmar Mendes³⁴, o STF “não admite a existência de hierarquia entre normas constitucionais originárias e, conseqüentemente, a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras”, o que não contradiz a assertiva de que “o controle de constitucionalidade contempla o próprio direito de revisão reconhecido ao poder constituinte derivado³⁵.”

Deveras, pois há limitação imposta pela própria Constituição ao Poder Reformador, conforme previsto no § 4º do art. 60 do Texto Fundamental:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, afirma Alexandre de Moraes³⁶ que nada obsta o controle de constitucionalidade sobre emendas constitucionais “a fim de verificar sua constitucionalidade ou não, com base na análise do respeito aos parâmetros fixados no art. 60 da Constituição Federal para alteação constitucional”.

Esse também é o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, ou seja, de que é juridicamente possível o controle abstrato de constitucionalidade que tenha objeto emenda à Constituição Federal quando se alega a violação das cláusulas pétreas inscritas no art. 60, § 4º, da CF, conforme ADIN nº 1.946-5/DF.

6 ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Considerando que as leis e atos normativos devem harmonizar-se com a Constituição, torna-se imperioso o controle de constitucionalidade

34 Op.cit., p. 128.

35 Ibidem, p. 1078.

36 op. cit., p. 1108.

da legislação infraconstitucional cotejando-a com a Lei Maior, que pode e deve ocorrer de diversas formas e oportunidades.

6.1 QUANTO AO MOMENTO

O controle de constitucionalidade, quanto ao seu momento, divide-se em preventivo e repressivo.

6.1.1 PREVENTIVO

É aquele tomado antes da entrada em vigor da norma, ainda na fase de formação do ato legal, do estudo e discussão do projeto de lei, sendo exercido no Brasil tanto pelo Parlamento através de suas Comissões Permanentes (art. 58 da Constituição Federal), quanto pelo Poder Executivo, através do poder de veto do Presidente da República, *ex vi* do § 1º do art. 66 do Excelso Diploma.

6.1.2 REPRESSIVO

Ocorre após a conclusão do ato, da publicação da lei, com o fito de retirar do ordenamento jurídico a norma dita inconstitucional.

No Brasil, é exercido principalmente pelo Poder Judiciário na função jurisdicional, e pelo Poder Legislativo, como p.e., quando da rejeição de medidas provisórias em face da inconstitucionalidade das mesmas.

6.2 QUANTO AO ÓRGÃO QUE EXERCE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Essa forma de controle de inconstitucionalidade divide-se em três vertentes: político, jurisdicional e misto.

6.2.1 POLÍTICO

O controle político de constitucionalidade “ocorre em Estados onde o órgão que garante a supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico é distinto dos demais Poderes do Estado”, como assinala Alexandre de Moraes³⁷.

6.2.2 JURISDICIONAL

O controle jurisdicional (ou judicial review) é exercido pelos órgãos do Poder Judiciário, no Brasil legitimados pela própria Constituição,

37 op. cit., p. 703.

podendo somente o Juiz ou o Tribunal apreciar a constitucionalidade da lei sob o aspecto jurisdicional, sendo a regra no Brasil.

6.2.3 MISTO

É uma junção dos controles político e judiciário, ocorrendo quando o ordenamento jurídico atribui competência para a realização do controle tanto pelos órgãos políticos quanto judiciais.

6.3 QUANTO A FORMA

Segundo a forma de controle, Daniel Sarmento³⁸ destaca que “o controle por via incidental, ou *incidenter tantum*, ou por via de exceção, ou ainda por via de defesa, é aquele exercido na apreciação de casos concretos, enquanto o controle por via principal ou por ação direta é o controle exercido em tese”.

Assim, com relação à forma, o controle de constitucionalidade divide-se em concreto e abstrato.

6.3.1 ABSTRATO

Com relação ao controle abstrato, o constitucionalista português J. J. Canotilho³⁹ pontifica que:

O controlo abstracto significa que a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controlo abstracto de normas não é um processo contraditório das partes: é, sim, um processo que visa sobretudo a “defesa da constituição” e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de actos normativos contrários à constituição.

Ao comentar o controle abstrato ou por via de ação, Paulo Bonavides⁴⁰ ensina que:

O sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao contrário da via de exceção, de um controle direto. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá

38 SARMENTO, Daniel (org). CÂMARA, Alexandre Freitas. (et. al.). *Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen, 2002. p. 244.

39 op. cit., p. 894.

40 op. cit., p. 277.

perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes* (com relação a todos).

6.3.2 CONCRETO

E quanto ao controle concreto, leciona Paulo Bonavides⁴¹ que:

O controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar.

Prossegue ainda o autor⁴² afirmando que “sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em Juízo”.

Esse controle de constitucionalidade é feito de forma incidental, e na síntese de Marcelo Novelino⁴³ “a decisão judicial sobre a (im) procedência do pedido (consequente) irá depender do juízo formulado acerca da constitucionalidade discutida incidentalmente (antecedente)”.

6.3.2.1 TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO

Salienta Marcelo Novelino⁴⁴ que a tendência da abstrativização consiste na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto de constitucionalidade, atribuindo a essa decisão efeito *erga omnes*, típico do controle abstrato.

Com efeito, a interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgados possui especial relevância face sua função de “guardião da Constituição” (art. 102, *caput*, CF), e dessa forma a decisão da Suprema Corte, em especial acerca da fixação do alcance das normas constitucionais, evita que interpretações divergentes acabem por enfraquecer a força normativa da Constituição.

A título exemplificativo, pode-se citar o julgamento pelo STF do *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, no qual, embora tratando-se de um controle concreto, a Corte Suprema houve por bem conferir-lhe aparentemente efeito *erga omnes*, característica do controle abstrato, com a observação do Ministro Nelson Jobim advertindo que o Tribunal não estava

41 BONAVIDES, op. cit., p. 272.

42 Ibidem, p. 272

43 NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 109.

44 Ibidem, p. 110.

apenas decidindo aquele caso, mas a constitucionalidade da vedação da progressão do regime a condenados pela prática de crimes hediondos.

6.4 QUANTO A COMPETÊNCIA

Quanto a competência para o controle judicial, esclarece Alexandre de Moraes⁴⁵ que “no Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa.”

José Afonso da Silva⁴⁶, ao comentar os controles difuso e concentrado, assevera que “verifica-se o primeiro quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o segundo, se só for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial”.

6.4.1 CONTROLE DIFUSO (OU POR VIA DE EXCEÇÃO)

Conforme assinala José Afonso da Silva⁴⁷, no Brasil o atual sistema de controle “é o jurisdicional instituído com a Constituição de 1891 que, sob a influência do constitucionalismo norte-americano, acolheu o critério de controle difuso por via de exceção, que perdurou nas constituições sucessivas até a vigente”.

Sobre o sistema difuso ou por via de exceção, J.J. Canotilho⁴⁸ afirma que “a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido a apreciação judicial.”

E ainda, sistema difuso “é aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência”, segundo afirmado por Mauro Cappelletti⁴⁹.

Para a existência do controle difuso ou incidental, inicialmente pressupõe-se a existência de um caso concreto, de uma ação judicial para ser exercido, pois o mesmo é realizado durante o exercício normal da jurisdição do juiz ou do tribunal, que poderá deixar de aplicar uma lei a um caso concreto se considerá-la inconstitucional.

45 Op. cit., p. 708.

46 Op. cit., p. 50.

47 Ibidem, p. 50/51.

48 Op. cit., p. 891.

49 CAPPELLETTI, Mauro (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. (reimpressão). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 67.

Ademais, “a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento da lide”, como lembra Alexandre de Moraes⁵⁰.

Essa decisão produz efeito apenas entre os litigantes (*intra partes*), pois em princípio o processo vincula somente as partes envolvidas.

Para Daniel Sarmento⁵¹ a decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei no caso concreto não faz coisa julgada, apenas vincula o objeto do pedido, sendo a constitucionalidade uma questão prejudicial, e que essa manifestação, constitucionalidade ou não da lei, é o fundamento da decisão, a motivação, e conforme o art. 469, I, do Código de Processo Civil, “não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance a parte dispositiva da sentença”, bem como que a regra estatuída no art. 469 do mesmo diploma legal de que “a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente no processo” não faz coisa julgada.

6.4.1.1 CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

O artigo 97 da Constituição consagra a cláusula de reserva de plenário que trata da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por tribunal, a qual deve ser feita através da maioria absoluta da totalidade dos seus membros, sob pena de nulidade da decisão. Nesse aspecto, Alexandre de Moraes⁵² pontifica que:

A inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art.97 da Constituição Federal.

O entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, caso não seja respeitada a cláusula de reserva de Plenário, a decisão colegiada proferida pelo tribunal é absolutamente nula. Porém, a 1ª Turma do Excelso Pretório entende que não haverá nulidade desde que já exista anterior pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou ato pelo Plenário do STF, e ainda, a existência no tribunal *a quo* de decisão plenária que já apreciou a controvérsia constitucional, mesmo que sem o formal reconhecimento

⁵⁰ op. cit., p. 709.

⁵¹ op. cit., p. 248.

⁵² op. cit., p. 712.

da inconstitucionalidade questionada. Nesse sentido, o Recurso Extraordinário nº 190.725/PR.

6.4.1.2 CONTROLE DIFUSO E SENADO FEDERAL (ART. 52, X, CF)

Há previsão constitucional de que a decisão proferida em um caso concreto tenha a sua abrangência ampliada, passando a ser oponente contra todos (eficácia *erga omnes*).

Conforme disposto no art. 52, X, da *Lex Major*, o Senado Federal pode suspender a execução de lei (municipal, estadual ou federal), declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Tal atribuição permite, a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade originária de casos concretos (via difusa).

A suspensão da execução será procedida por meio de resolução do Senado Federal, que é provocado pelo STF, cujos efeitos vincularão a todos apenas após a publicação da resolução. Nesses casos o efeito é irretroativo, pois é para terceiros, ou seja, possui efeitos *ex nunc*.

Todavia, como bem esclarecido por Alexandre de Moraes⁵³, tanto o STF quanto o Senado Federal entendem que não há obrigatoriedade da Casa Legislativa a proceder a edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade foi declarada *in concreto* pela Suprema Corte em caráter irrecorrível, sendo pois ato discricionário do Senado Federal, classificado como deliberação essencialmente política.

6.4.2 SISTEMA CONCENTRADO (ABSTRATO)

Esclarece Paulo Bonavides⁵⁴ que “o sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade formalmente prevista no texto constitucional”, contrariamente à via de exceção, de controle direto, que em sendo declarada inconstitucional, é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível.

No caso, as ações diretas no sistema concentrado tem por mérito a questão da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos federais e estaduais.

Pontifica J. J. Canotilho⁵⁵ que “chama-se sistema concentrado porque a competência para julgar definitivamente acerca da

53 MORAES, op. cit., p. 714.

54 op. cit., p. 277.

55 op. cit., p. 892.

constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com, exclusão de quaisquer outros”.

E ainda quanto a esse sistema, Alexandre de Moraes⁵⁶ frisa que através do mesmo “procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando a invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas”.

Não se discute no controle concentrado interesse subjetivo por não haver partes litigantes envolvidas no processo. Assim, ao contrário do sistema difuso, o sistema concentrado possui natureza objetiva, visando discutir a constitucionalidade da lei e a manutenção da supremacia constitucional.

Somente podem propor a inconstitucionalidade quem detém legitimidade para tanto, conforme rol previsto no art. 103 da Constituição Federal, ou seja, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Todavia, não há previsão para o controle de constitucionalidade por via ação quando tratar-se de leis anteriores a atual Constituição, propondo-se apenas em casos de leis contemporâneas à atual Constituição. Contudo, é permitida a análise em cada caso concreto da compatibilidade ou não da norma editada antes da atual Constituição com seu texto face o fenômeno da recepção que dá nova roupagem formal a lei até então existente que está sendo absorvida pela nova ordem constitucional. Também não há autorização constitucional para o controle concentrado contra atos administrativos ou materiais, bem como contra leis municipais.

Ressalta Alexandre de Moraes⁵⁷ que o STF não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha exaurido-se, como, p.e., medida provisória não convertida em lei, por perda do objeto, bem como de lei ou ato normativo impugnados mas que venham a ser revogados antes do julgamento final da ADI.

Insta observar que a Constituição Federal contempla as seguintes espécies de controle concentrado: ação direta de inconstitucionalidade

⁵⁶ op. cit., p. 730.

⁵⁷ MORAES, op. cit., p. 731.

(genérica: art. 102, I, *a*; interventiva: art. 35, III; por omissão: art. 103, §§ 2º); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, *in fine*; EC nº 03/93); e argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

6.4.2.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Como visto alhures, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) divide-se em genérica, por omissão e interventiva.

6.4.2.1.1 GENÉRICA

Assevera Pedro Lenza⁵⁸ que a ADI genérica busca “o controle de constitucionalidade de ato normativo em tese, abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração”.

Visa, portanto, a retirada do ordenamento jurídico de lei contemporânea estadual ou federal incompatível com a Constituição, invalidando-a, ficando a cargo do STF processar e julgar originariamente a ADI de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Para alguns legitimados do art. 103 da Constituição, o STF exige a presença da chamada “pertinência temática”, que nada mais é do que a demonstração da utilidade na propositura daquela ação, interesse, utilidade e legitimidade para propô-la, necessária nos casos em que os legitimados não são universais, que estão elencados no artigo 103, incisos IV, V e IX da Lei Maior.

A propositura de uma ação desse tipo não está sujeita a nenhum prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, pois sendo o vício imprescritível, os atos constitucionais não se invalidam com o passar do tempo, devendo seguir o rito prescrito na Lei nº 9.868/99.

Com a declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pela ADI, a decisão (i) terá efeitos *ex tunc*, retroativo como consequência do dogma da nulidade, que por ser inconstitucional, torna-se nula, por isso perde seus efeitos jurídicos; (ii) *erga omnes*, sendo assim oponível contra todos; (iii) vinculante, para os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, e também para o legislador que não mais poderá editar nova norma com preceito igual ao declarado inconstitucional; e (iv) repressinatório, pois em princípio irá restaurar a lei revogada pela norma declarada inconstitucional.

58 op. cit., p. 158.

6.4.2.1.2 POR OMISSÃO

Para Alexandre de Moraes⁵⁹, pretendeu o constituinte de 1988, com a previsão da ADI por omissão, “conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional”, e assim sendo, a essa ação tem cabimento quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu.

Assim, se o Poder Público deixar de regulamentar ou criar uma nova lei ou ato normativo, estará ocorrendo uma inconstitucionalidade por omissão, e essa conduta é tida como negativa, e essa incompatibilidade (conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder público omissor) resulta na chamada inconstitucionalidade por omissão.

Ressalte-se que o mandado de injunção deve ser usado na via difusa para evitar a inércia do Poder Público, cabendo na via concentrada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Os legitimados para a ADI por omissão são os mesmos da genérica, devendo ser seguido o mesmo procedimento, e caso declarada a ADI por omissão, o STF dará ciência ao Poder ou órgão competente para, se for um órgão administrativo, adotar as providências necessárias em 30 dias, e caso seja o Poder Legislativo, também lhe dará ciência dessa decisão, mas sem estabelecer prazo preestabelecido.

Ainda, registre-se que a ADI por omissão possui efeitos retroativos (*ex tunc*) e *erga omnes*, não sendo cabível a concessão de liminar.

6.4.2.1.3 INTERVENTIVA

Já a ADI interventiva é uma medida excepcionalíssima, e encontra-se prevista no art. 34, VII da Constituição Federal.

No caso, em havendo violação pelo Poder Público no exercício de suas funções de um dos princípios do inciso VII do art. 34 da Constituição Federal, os denominados princípios sensíveis, “a requisição exsurgirá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República”, como esclarece David Araujo⁶⁰, que limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

Nessa espécie de ADIN descabe a possibilidade de controle político, pois a Constituição Federal exclui a necessidade de apreciação

⁵⁹ op. cit., p. 767.

⁶⁰ op. cit., p. 51.

pelo Congresso Nacional, e sua duração, bem como os limites, serão fixados no Decreto Presidencial até que ocorra o retorno da normalidade do pacto federativo.

6.4.2.2 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Salienta David Araujo⁶¹ que a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), incorporada à Constituição pela Emenda nº 3/93, posteriormente alterada pela Emenda nº 45/03, “não obstante possua regime jurídico similar ao da ação direta de inconstitucionalidade e tenha sido tratada também pela Lei nº 9.868/99, apresenta algumas diferenças fundamentais a ela”.

A ação declaratória de constitucionalidade é uma modalidade de controle por via principal, concentrado e abstrato, e tem por objetivo, conforme asseverado por Alexandre de Moraes⁶², “afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal”, buscando assim preservar a ordem jurídica constitucional, cabendo ao STF, nos termos do art. 102 da Constituição Federal, processá-la e julgá-la.

Para a propositura dessa ação (ADC), os legitimados são os mesmos que podem propor ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI), conforme “caput” do art. 103 da Magna Carta, com a nova redação dada pela EC nº 45/2004.

Para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade torna-se necessário a demonstração de controvérsia jurisprudencial a ensejar o pleito perante o STF, e “quando julgado definitivamente o mérito (o que se entende que pela procedência ou improcedência), a decisão tem efeito *erga omnes* e vinculante para os Poderes Judiciário e Executivo”, como assinalado por David Araujo⁶³.

Também uma vez proposta a ação declaratória, não caberá mais desistência e nem intervenção de terceiros. A decisão será irrecorrível em todos os casos, admitindo-se apenas interposição de embargos declaratórios.

6.4.2.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal, foi regulamentada

61 op. cit. p. 52.

62 op. cit., p. 770.

63 op. cit., p. 53.

pela Lei nº 9.882/99, que legitimou para sua propositura aos mesmos autores da ação direta de inconstitucionalidade previstos no artigo 103 do Excelso Diploma, com as observações sobre a pertinência temática da ADI genérica, sendo competente para o seu julgamento o Supremo Tribunal Federal.

Pedro Lenza⁶⁴, citando o Professor Cássio Juvenal Faria, conceitua preceitos fundamentais como sendo aquelas normas qualificadoras, que veiculam princípios e servem de vetores para a interpretação das demais normas constitucionais, por exemplo, os princípios fundamentais do Título I (arts. 1º ao 4º); os integrantes da clausula pétrea (art. 60, § 4º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VIII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170); etc.

No entender de Alexandre de Moraes⁶⁵, a lei possibilita a arguição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses: (i) para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; (ii) para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e (iii) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, como prescrito no artigo 1º e parágrafo único da Lei nº 9.882/99.

Ressalte-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) possui caráter autônomo no caso do artigo 1º da Lei nº 9.882/99 por ter como objetivo prevenir ou reprimir lesão a algum preceito fundamental, resultante de ato do poder público, tendo como pressuposto a inexistência de qualquer outro tipo de meio eficaz que possa evitar a lesividade; ou incidental se na forma prevista no inciso I do artigo em comento, essa mais restrita e exigente.

O teor do princípio da subsidiariedade, visto por muitos como uma regra, está inserido no § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99, e desse dispositivo legal depreende-se que há requisitos os quais, se ausentes, inviabilizam a propositura da ADPF.

Com isso, a subsidiariedade desse princípio deve ser invocada para casos estritamente objetivos, onde a realização jurisdicional possa ser um instrumento disponível capaz de sanar, de maneira eficaz, a lesão causada a direitos básicos, de valores essenciais e preceitos fundamentais contemplados no texto constitucional.

64 op. cit., p. 212.

65 op. cit., p. 779.

7 CONCLUSÃO

Para a manutenção da supremacia da norma fundamental, a Constituição, torna-se necessário um controle de constitucionalidade sobre as leis e atos normativos infraconstitucionais, iniciado nos Estados Unidos no julgamento do caso *Marbury versus Madison* pelo Juiz Marshall, que ao adotar a tese da supremacia da Constituição sobre a legislação infraconstitucional, considerou nulo, inválido e eficaz os atos contrários à Lei Suprema.

Surgiram também outros tipos de controle de constitucionalidade na Europa, com destaque na Áustria onde o controle é realizado por Cortes Especiais, e na França, que tem como fundamento o controle preventivo através de um Conselho Constitucional.

A atual Constituição Federal manteve o sistema híbrido de controle de constitucionalidade iniciado com a EC nº 16/65, combinando elementos desses modelos, pois embora historicamente o primeiro parâmetro de controle adotado no Brasil tenha sido o norte-americano, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro na fase atual também alberga formas concentradas e abstratas de controle, possibilitando ainda um controle prévio realizado no curso do processo legislativo, característica do sistema francês.

E na esteira do sistema norte-americano, o sistema brasileiro evoluiu para um sistema misto e peculiar, combinando o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, criando inovações com o objetivo de dar maior defesa ao texto constitucional, como p.e., procedimentos de controle contra as omissões normativas inconstitucionais, tanto em sede concreta, como o mandado de injunção, art. 5º, LXXI, CF, quanto em sede abstrata, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, art. 103, §2º, CF, prevendo, ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental no art. 102, §1º, CF.

Ainda, a Constituição de 1988 ampliou o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, facultando aos Estados-membros a instituição de ação direta para a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, como previsto no art. 125, §2º, CF.

Criou-se também através da EC nº 3/93 a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, possibilitando ao STF, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal, passando a ADC a ter os mesmos legitimados da ação direta com a EC nº 45/2004.

Verifica-se, portanto, que o heterogêneo controle brasileiro de constitucionalidade está em sintonia com a evolução dos sistemas constitucionais, regida e acentuada a uma sintonia e influência recíproca entre os diferentes paradigmas de controle, aproximando os modelos políticos e jurisdicionais e, do mesmo modo, as formas difusas e concentradas de fiscalização de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

BRASIL. Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. (reimpressão). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KELSEN, Hans (trad. João Baptista Machado). *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. (3ª tiragem). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- SARMENTO, Daniel (org). CÂMARA, Alexandre Freitas. (et. al.). *Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.